

01.2022

11. Jahrgang | Juni 2022

# Journal der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung e. V.



# WiJ

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V. - WisteV

## Redaktion:

Dr. Mayeul Hiéramente  
Hannah Milena Piel  
Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.  
Kathie Schröder

## Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

## Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann  
Friedrich Frank  
Dr. Ulrich Leimenstoll  
Norman Lenger  
Dr. André-M. Szesny, LL.M.  
Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 [www.wistev.de](http://www.wistev.de)

## Aus dem Inhalt

### AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwalt LOSTA a. D. Folker Bittmann, Köln;  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Frankfurt a. M.;  
Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck;  
Rechtsreferendar und Wiss. Mit. Dr. Aleksandar Zivanic,  
Karlsruhe/München

**Inkonsistentes Abschöpfungsrecht** ..... 3

Rechtsanwalt Dr. Yannic Hübner, Frankfurt a. M.

**„Vermögenssicherungsmaßnahmen,  
drohende Existenzvernichtung und Rechts-  
schutzmöglichkeiten“** ..... 19

### INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Sören Schomburg und Rechtsreferendarin  
Greta-Luise Müller, beide Berlin\*

**INTERPOL – Eine Fallanalyse** ..... 25

### ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwältin Christine Thürmann, Hamburg

**Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung  
häuslicher Krankenpflege, zugleich Anm. von BGH,  
4. Strafsenat, Beschluss, 11.05.2021, 4 StR 350/20** ..... 33

### VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a. M.

**Also doch Deckmantelgesetzgebung!  
„Klammheimliche“ Reform des sozial-  
versicherungsrechtlichen Statusfeststellungs-  
verfahrens in § 7a SGB IV** ..... 39

## AUFsätze UND KurZBEITräge

Rechtsanwalt LOStA a. D. Folker Bittmann, Köln;  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Frankfurt a. M.;  
Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck;  
Rechtsreferendar und Wiss. Mit. Dr. Aleksandar Zivanic,  
Karlsruhe/München

**Inkonsistentes Abschöpfungsrecht** ..... 3

Rechtsanwalt Dr. Yannic Hübner, Frankfurt a. M.  
**„Vermögenssicherungsmaßnahmen,  
drohende Existenzvernichtung und Rechts-  
schutzmöglichkeiten“** ..... 19

## INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Sören Schomburg und Rechtsreferendarin  
Greta-Luise Müller, beide Berlin\*  
**INTERPOL – Eine Fallanalyse** ..... 25

## ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwältin Christine Thürmann, Hamburg  
**Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung  
häuslicher Krankenpflege, zugleich Anm. von BGH,  
4. Strafsenat, Beschluss, 11.05.2021, 4 StR 350/20** ..... 33

Oberstaatsanwalt a. D. Raimund Weyand, St. Ingbert  
**Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts-  
und Insolvenzstrafrecht** ..... 35

## VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a. M.  
**Also doch Deckmantelgesetzgebung!  
„Klammheimliche“ Reform des sozial-  
versicherungsrechtlichen Statusfeststellungs-  
verfahrens in § 7a SGB IV** ..... 39

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a. M.  
**Update 01.06.2022: Register zum Schutz des  
Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und  
Konzessionen abrufbar!** ..... 42

Rechtsreferendar Florian Rebmann, Stuttgart  
**Veranstaltungsbericht zum Praxiskolloquium  
„Unternehmensanktionsrecht und Hinweis-  
geberschutz“** ..... 43

## REZENSIONEN

Rechtsanwältin Dr. Karolina Kessler, Köln  
**AG Medizinstrafrecht im DAV/IMR (Hrsg.),  
Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht** ..... 44

Rechtsanwältin Ana-Christina Vizcaino Diaz, LL.M., Düsseldorf  
**Sarah Bayer, Die betrugsspezifische Garant-  
stellung, Eine Analyse der Rechtsprechung zu  
§§ 263 Abs. 1, 13 StGB** ..... 46

Syndikusrechtsanwältin Franziska Stapelberg, LL.M.  
(Wirtschaftsstrafrecht), Köln  
**Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann:  
DS-GVO/BDSG – Datenschutzgrundverordnung/  
Bundesdatenschutzgesetz** ..... 48

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln  
Vertreten durch Dr. Thomas Nuzinger,  
Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel,  
Dr. Christian Rosinus, Prof. Dr. Markus Rübenstahl,  
Mag. iur.; Dr. Ricarda Schelzke; Dr. Sohre Tschakert  
Kontakt: info@wi-j.de

## Redaktion:

Dr. Mayeul Hiéramente, Hannah Milena Piel,  
Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder  
Kontakt: redaktion@wi-j.de

## Verantwortliche Schriftleitung:

Hannah Milena Piel, Kontakt: redaktion@wi-j.de

## Webmaster/Layout:

Hannah Milena Piel, Kontakt: webmaster@wi-j.de

## Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann, Friedrich Frank,  
Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger,  
Dr. André-M. Szesny, LL.M., 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 www.wistev.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

## AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln; Rechtsanwalt Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Frankfurt a. M.; Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck; Rechtsreferendar und Wiss. Mit. Dr. Aleksandar Zivanic, Karlsruhe/München

# Inkonsistentes Abschöpfungsrecht

## I. Allgemeine Einschätzung\*

Es gibt keine „Theorie der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“. Es besteht der allgemeine politische Wille zu verhindern, dass sich Verbrechen lohne. Sollte dieses Ziel ursprünglich im Wege der Festsetzung einer dem Gewinn angemessenen Geldstrafe erreicht werden, so wurde dieses Mittel mit Einführung des auf die Einkommensverhältnisse abstellenden Tagessatzsystems im Zuge der Strafrechtsreformen 1969 und 1975 untauglich. Stattdessen schuf der damalige Gesetzgeber die Möglichkeit, den Gewinn aus Straftaten für verfallen zu erklären. Um den Vorrang zivilrechtlicher Schadenswiedergutmachung zu sichern, nahm er in § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. Sachverhalte mit Ersatzansprüchen Geschädigter von dieser Möglichkeit aus. Allerdings war es verfahrensrechtlich möglich, auch Gewinne aus derartigen Straftaten strafprozessual zu sichern, § 111b Abs. 5 StPO a.F., um dem Geschädigten eine möglichst ausreichende Vollstreckungsmasse zu gewährleisten.

Im Jahr 1992 erfolgte eine Umstellung vom sog. Netto- auf das Bruttoprinzip, demzufolge nicht nur der Gewinn aus Straftaten abgeschöpft werden kann, sondern vom Abzug eigener Aufwendungen strafrechtlich abgesehen wird. 2007 schuf der Gesetzgeber die Möglichkeit, Taterträge oder deren Wert, auf welche Verletzte nicht zugegriffen hatten, im Wege des sog. Auffangrechtserwerbs in das Eigentum des Justizfiskus zu überführen. So ließ sich vermeiden, aus dunklen Quellen stammende Vermögenswerte an rechtskräftig Verurteilte zurückgeben zu müssen.

Das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung wurde also nicht in einem Schritt eingeführt und konnte deshalb auch nicht aus einem Guss bestehen. Jedoch nicht deshalb, sondern weil die forensische Praxis die als zu kompliziert empfundenen Vorschriften nur partiell anwendete und damit das Ziel, Straftaten unattraktiv zu machen, nur in unzureichendem Maße erreicht wurde, enthielt der Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode den Auftrag, die strafrechtliche Vermögensabschöpfung insgesamt neu zu gestalten. Zugleich war die EU-Richtlinie 2014/42 in das nationale Recht zu transferieren. Im Herbst 2015 nahm im damaligen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine speziell für diese Aufgabe zusammengestellte Arbeitsgruppe ihre Tätigkeit auf. Bereits im März 2016 legte das Ministerium einen Referentenentwurf vor, welcher im Juli 2016 mit ge-

wissen Modifikationen in einen Regierungsentwurf mündete.<sup>1</sup> Dieser wurde im Zuge der parlamentarischen Beratungen vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages deutlich verschärft,<sup>2</sup> in dieser Fassung verabschiedet und am 21.4.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet.<sup>3</sup> Die Neuregelung trat am 1.7.2017 in Kraft.

Begleitet wurde die Implementierung des neuen Rechts von einer beispiellosen Schulungsoffensive, die mit Unterstützung des Bundes von jedem der Bundesländer für jeden einzelnen Justizstandort in Anspruch genommen werden konnte. Angesichts dessen wurde das Gesetz von der Praxis schnell angenommen und löste schon Ende 2017 eine ungeahnte Flut von Entscheidungen der Gerichte aus.

Es ist insbesondere dem Bundesgerichtshof keineswegs abzusprechen, das neue Recht in vielerlei Hinsicht konturiert zu haben. Dies konnte ihm jedoch von vornherein nur in dem Maße gelingen, die das Gesetz als gerichtliches Arbeitsmaterial ermöglicht. Es zeigte sich schnell, dass die Neuregelung zwar einige der Streitfragen des aufgehobenen Rechts gelöst hat, allerdings nicht alle, vor allem aber weitere ungeklärte Probleme aufwarf – und das in einem zuvor nicht abgesehenen Ausmaß. Die Beseitigung der Ausnahme für den Verfall bei Bestehen zivilrechtlicher Ersatzansprüche schuf völlig neue Verbindungen zwischen Straf- und Zivilrecht, die gesetzlich zumindest nicht speziell geregelt sind. Zudem erwiesen sich etliche der neuen Vorschriften (nicht anders als zuvor) als zu wenig differenziert und erst recht nicht harmonisiert mit den Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten.

Wiewohl die Stoßrichtung der Neuregelung eindeutig war, taten und tun sich alle Rechtsanwender und sonstigen um Verständnis Bemühten aufgrund der teils wenig detaillierten und Legaldefinitionen ermangelnden Vorschriften schwer, ein der Sachlogik gerecht werdendes und widerspruchsfreies Verständnis zu finden. Nicht zuletzt aufgrund der intensiven Schulungen entstand bei Staatsanwaltschaften und Gerichten der rechtstreue Wille, nunmehr das neue Recht so umfassend anzuwenden, wie es zuvor schon geboten gewesen wäre und wie es die Neufassung zu erlauben schien. Allerdings harmonisieren das gesetzgeberische Ziel und das Gesetz nicht durchweg. Wiewohl die systematischen Grundlinien des neuen Abschöpfungsrechts überzeugen, erwies es sich in detail als mindestens genauso spröde, wenn nicht als noch komplizierter als das aufgehobene, verlangt gleichwohl umfassendere Anwendung (unter der postulierten, aber nicht durchweg konsistent möglichen Berücksichtigung der Grundsätze des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts) und stellt damit die ohnehin bereits überlastete Strafjustiz vor neue Herausforderungen, v. a. aufgrund fehlender gesetzlicher Definitionen und unklarer Systematik.

\* Der Beitrag wurde für die „Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.“ ohne inhaltliche Vorgaben verfasst.

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/9525.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/11640.

<sup>3</sup> BGBl. I 2017, 872.

Eine einheitliche Reaktion der Strafjustiz auf diese unerwartete Situation ist nicht feststellbar. Konzentration und Spezialisierung, wie sie zum Teil auf der Ebene der Staatsanwaltschaften vorgenommen wurde, ist wegen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des gesetzlichen Richters wegen rechtlich schwerer und flächendeckender Abschöpfungsnotwendigkeiten wegen quantitativ kaum möglich. Zumindest dort, wo Spezialisierung fehlt und weil den Gerichten selbst das teilweise Absehen von der Abschöpfung nicht ohne die Zustimmung der Staatsanwaltschaft möglich ist, realisierte sich zuweilen die Gefahr, das gesetzgeberische Ziel vermehrter Abschöpfung unmittelbar handlungsleitend in den Vordergrund zu rücken, ohne die gesetzlichen Kautelen erkannt oder erfasst zu haben.

Über die Legitimität einzelner Ergebnisse und Entscheidungen lässt sich immer streiten und das Ergebnis differiert nach den unterschiedlichen beruflichen Blickwinkeln.<sup>4</sup> Allerdings macht es manche Entscheidung auch grundsätzlichen Befürwortern des Abschöpfungsgedankens schwer, die Rechtslage oder zumindest die Anwendungspraxis als wirklich überzeugend zu empfinden. Es griffe zu kurz, Einzelfälle isoliert heraus- oder einzelne Handelnde persönlich anzugreifen. Vielmehr scheint es als geboten, Inkonsistenzen im Gesetz selbst zu identifizieren und damit im besten Fall eine Basis zu einer handhabbaren und vor allem zielgenauen Einsatz ermöglichenden Weiterentwicklung des Abschöpfungsrechts zu legen.

## II. Materielles Recht

### 1. § 73 Abs. 1 StGB

#### a) Abgrenzung des Erlangens „durch“ oder „für“ die Tat

aa) Die Vorschrift unterwirft zwei verschiedene Alternativen der Original-Einziehung: das vom Täter oder Teilnehmer „durch“ eine rechtswidrige Tat oder „für“ sie Erlangte. Die Abgrenzung beider Varianten ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Besondere bei unterschiedlichen (Mit-)Gewahrsamsverhältnissen mehrerer Beteiligten und deren Wandel im Zuge des Geschehens kann sich ein Zufluss vom Wortlaut unter beide Alternativen subsumieren lassen. Die forensische Praxis der Tatgerichte stützt sich gern auf die Variante eines Zuflusses „für“ die Tat, wenn es nicht oder nur schwer möglich ist, ein Erlangen „durch“ die Tat zu begründen. So nahm z. B. das Landgericht Bonn als Tatgericht im 1.Cum-Ex-Fall einen vor den Steuererstattungen feststellbaren Vermögenszufluss bei unmittelbar beteiligten Akteuren als „für“ die Taten an. Der Bundesgerichtshof legte sich nicht auf eine Rechtsgrundlage fest, sondern bestätigte die Einziehungsentscheidung ohne zumindest insoweit vertiefende Begründung.<sup>5</sup> Zuflüsse vor Eintritt in das Stadium des Versuchs sind aber nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls nicht „durch“ die Tat erlangt, und zwar selbst dann nicht, wenn sie von Anfang an Teil des Tatplans waren.<sup>6</sup>

Wird derart vor Beginn Erlangtes wie von Anfang an vorgehen an untergeordnete Beteiligte abgegeben, so können sie es ebenfalls nicht „durch“ die Tat erlangt haben, wie es

an sich im Fall der Beuteteilung der Fall ist. Bejaht man hier stattdessen die Variante „für“ die Tat, so verwandelte sie sich aus dem einen Teil eines Alternativverhältnisses unversehens zu einem (noch dazu entgrenzten) Auffangtatbestand für den Fall, dass die an sich phänomenologisch in Betracht kommende Alternative „durch“ die Tat ausscheidet. Dafür ist sie weder konzipiert noch eröffnet sie den Zugang zur Opferentschädigung gem. §§ 459h ff. StPO. Die systemkonforme Klärung des Anwendungsbereichs der Variante „für“ die Tat steht noch aus.<sup>7</sup>

bb) Für den Fall, dass ein Täter oder Teilnehmer (Mit-)Gewahrsam am Tatertrag nicht bereits im Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung erlangte, fehlt eine gesetzliche Regelung. Dies ist umso erstaunlicher, als mit § 73b StGB genau eine solche für Drittempfänger vorhanden ist und dabei zwischen originärem Erwerb aus dem Vermögen des Verletzten und Konstellationen des zwischenzeitlichen Durchgangserwerbs Dritter unterscheidet. Der BGH behilft sich für letztgenannte Fälle in Bezug auf Täter und Teilnehmer mit der Kunstfigur einer „indirekten Zuwendung“,<sup>8</sup> um diese gegenüber Drittempfängern nicht zu privilegieren. Dieses Ziel erreicht der BGH jedoch nur partiell, denn er lehnt in ständiger Rechtsprechung die Abschöpfung beim Täter oder Teilnehmer in den Fällen ab, in denen die erbrachte Zuwendung der Erfüllung eines tatunabhängigen Anspruchs diene.<sup>9</sup> Demgegenüber ist in solchen Fällen Abschöpfung bei einem Drittempfänger nur dann ausgeschlossen, wenn er gutgläubig war, § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB. Nach dessen über den der zivilrechtlichen Vorschrift des § 932 BGB hinausgehenden Wortlaut hindert (wohl) nicht erst grobe, sondern sogar einfache Fahrlässigkeit das Behaltendürfen des

<sup>4</sup> Bei einem neuen Gesetz beanspruchen die Materialien zu Recht besondere Beachtung. Das ändert aber nichts an den gesetzlichen Bestimmungen selbst und am Vorrang der konkreten Begründung vor der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzgebers.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 28.7.2021 – 1 StR 519/20, Rn. 89 ff., NJW 2022, 90.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 6.6.2019 – 1 StR 75/19, Rn. 15, wistra 2019, 411; BGH, Beschl. v. 24.2.2021 – 1 StR 127/20, Rn. 17, NZWiSt 2021, 282; BGH, Beschl. v. 30.3.2021 – 2 StR 302/19, Rn. 6-9.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ausführlich BGH, Urt. v. 29.10.2021 – 5 StR 443/19, Rn. 84-100, insbes. Rn. 96, NStZ-RR 2022, 77; s.a. BGH, Beschl. v. 14.2.2018 – 4 StR 648/17, Rn. 5 f.; BGH, Beschl. v. 27.3.2019 – 2 StR 561/18, Rn. 8, NJW 2019, 2182; BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, Rn. 32, NStZ 2022, 52; BGH, Beschl. v. 30.3.2021 – 2 StR 302/19, Rn. 6-9; BGH, Beschl. v. 1.6.2021 – 1 StR 133/21, Rn. 8, NZWiSt 2021, 392; BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 1 StR 474/21, Rn. 3; BGH, Beschl. v. 9.2.2022 – 6 StR 644/21, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 23.2.2022 – 2 StR 444/21.2, Rn. 23.

<sup>8</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 28.11.2019 – 3 StR 294/19, Rn. 22 und 32 ff., BGHSt 64, 234 – die Berufung auf die EU-Richtlinie 2014/42 geht allerdings fehl, weil dort mit „indirekten Zuwendungen“ nicht Bereicherungsketten, sondern mittelbare Vorteile gemeint sind. Auch das allgemeine Bereicherungsrecht des BGB – namentlich die Eingriffskondition (§ 812 I 1 Var. 2 BGB) – verbietet einen Durchgriff „durch eine Bereicherungskette“, vgl. zu diesen beiden Aspekten Zivanic, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen, 2. Teil, § 6, II., 4., b), cc) und dd), im Erscheinen.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 10.7.2019 – 1 StR 265/18, Rn. 71-73, wistra 2020, 154; BGH, Beschl. v. 22.10.2019 – 1 StR 199/19, Rn. 24, wistra 2020, 333; BGH, Urt. v. 14.10.2020 – 1 StR 213/19, Rn. 30, NStZ 2022, 52; BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 1 StR 474/21, Rn. 5.

Drittempfängers.<sup>10</sup> Damit ist der Erwerb seitens des tatunbeteiligten Drittempfängers rechtlich unsicherer als der Erwerb eines Tatbeteiligten. Ihn, den jedenfalls Bösgläubigen, schützt der bestehende Rechtsgrund – den Drittempfänger nicht. Eine überzeugende und dem Ziel des Abschöpfungsrechts entsprechende Begründung für diese Differenzierung gibt es nicht.

cc) Überdies bejaht der Bundesgerichtshof wortlautgetreu die Variante „für“ die Tat nur dann, wenn dem Empfänger etwas *gewährt* wurde.<sup>11</sup> Es bedarf demnach der Personenverschiedenheit von Gewährendem und Empfangendem. Das wirft die Frage auf, wie Sachverhalte rechtlich zu beurteilen sind, in denen sich ein Beteiligter seinen Anteil selbst nahm statt ihn sich gewähren zu lassen, z. B. der Hintermann absprachewidrig das Versteck mit dem Erlös aus mehreren Straftaten ausräumte, weil er den unmittelbar Handelnden misstraute. Hier mag die Konstruktion der „indirekten Zuwendung“ die Abschöpfung ermöglichen. Wie ist es aber, wenn der Transporteur bereits auf dem Weg zum Hintermann seinen Teil entnahm? Kommt es dann darauf an, ob er auf der Fahrt selbstständig agierte und damit eigenen, wenn auch nur zwischenzeitlichen Gewahrsam an der gesamten Beute einschließlich seines später entnommenen Anteils ausübte, sie also komplett „durch“ die Tat erlangt hatte oder ob er im Sinne der Kurier – Rechtsprechung<sup>12</sup> derart engen Vorgaben und der Kontrolle der Hintermänner unterlag, dass von einem eigenem Gewahrsam keine Rede sein konnte? Bei dieser Sachlage hatte er „durch“ die Tat nichts erlangt. Zweigte er seinen Anteil selbst ab, so kann selbst dieser nach vorgenannter Rechtsprechung nicht eingezogen werden, weil zwar die Erlaubnis dazu tatbedingt erteilt worden war, der Anteil aber nicht *gewährt* wurde.

### b) Maßgeblichkeit „tatsächlicher Betrachtung“?

Hier zeigt sich zudem ein wesentlicher Schwachpunkt des Gesetzes. Nach dem Verständnis des Gesetzgebers und der höchstrichterlichen Rechtsprechung beurteilt sich das Vorliegen des Merkmals des Erlangens allein in tatsächlicher Betrachtung. Dies setzt jedoch ganz verschiedene Sachverhaltsvarianten einheitlich der Abschöpfung aus. Erlangt hat danach sowohl derjenige, bei dem der Tatertrag verbleiben soll, als auch eine Person, die wie vorgesehen lediglich vorübergehenden Gewahrsam ausübte. In den Fällen falscher Polizisten genügte dem BGH dafür allein schon die Abgabe der von den Opfern platzierten und vom Ablageort entnommenen Beute an weitere Beteiligte, die in einem in der Nähe abgestellten Kraftfahrzeug warteten.<sup>13</sup>

aa) Betrachtet man § 73 Abs. 1 StGB isoliert, so ist das Thema (Mit-)Gewahrsam ohne oder zumindest nur untergeordneter Bedeutung. Die Vorschrift bezieht sich auf den Tatertrag im Original. Dieser ist in staatliches Eigentum zu überführen und erforderlichenfalls an Verletzte zurückzuleiten. Bei wem sich dieser Tatertrag im Original befindet und welches Rechtsverhältnis zwischen ihm und wem auch immer besteht, ist dafür mit einer Ausnahme irrelevant.

Diese Ausnahme normiert § 932 BGB. Gutgläubiger Erwerb ist danach nur möglich, wenn der Verletzte den unmittel-

baren Besitz am Tatertrag freiwillig aus der Hand gegeben hatte, nicht aber, wenn er ihm entzogen worden war. Nach dem reinen Wortlaut des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB nutzt dem Empfänger selbst gutgläubiger Erwerb nichts, hat er nur leicht fahrlässig in Bezug auf die Berechtigung seines Vertragspartners gehandelt.

Ungeachtet dessen, dass diese sehr weitgehende Haftung bereits deshalb nicht überzeugend ist, weil sie für den tatunbeteiligten Dritten einen schärferen Maßstab normiert als für einen Täter oder Teilnehmer,<sup>14</sup> gibt es auch keinen sachlichen Grund für das Auseinanderfallen der Regelungen für das Behaltendürfen zwischen bürgerlichem und Strafrecht. § 932 BGB ermöglicht den gutgläubigen Erwerb unabhängig davon, ob der *Veräußerer* sich strafbar gemacht hat oder nicht. Bezugspunkt ist allein die grobe Fahrlässigkeit des *Erwerbers* in Bezug auf dessen Berechtigung. Allerdings wird in den meisten Fällen des gutgläubigen Erwerbs eine Straftat vorangegangen sein. Allerdings kann sie durchaus von einem Vorveräußerer begangen worden und der Letztveräußerer ebenfalls gutgläubig gewesen sein. Darauf kommt es aber zivilrechtlich überhaupt nicht an. § 932 BGB differenziert hier nicht.

Die Vorschrift hat nicht die Seite der Veräußerer, sondern insoweit allein den Erwerber im Blick. Dem Gesetzgeber steht es selbstverständlich frei, davon abzuweichen – auch mit einer Vorschrift in einem originär strafrechtlichen Gesetz. Angesichts des Willkürverbots, Art. 3 Abs. 1 GG, bedarf es dazu jedoch eines sachlichen Grundes. Die Gesetzgebungsmaterialien schweigen. Ersichtlich ist lediglich die gegenüber dem Zivilrecht andere Wertung: Das exakt gleiche Verhalten des Erwerbers hängt nicht etwa aufgrund von in seiner Sphäre angesiedelten Umständen von einem schärferen Haftungsmaßstab ab, sondern vom zivilrechtlich irrelevanten strafbaren Verhalten des Veräußerers oder sogar noch dem eines am konkreten Geschäft gar nicht beteiligten früheren Inhabers. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung lässt sich darin nicht erkennen. Ein dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gemäßer einheitlicher Maßstab liegt unschwer, methoden- und sachgerecht in der Annahme, *lediglich* einfache Fahrlässigkeit stehe bereits de lege lata der Abschöpfung beim Dritten nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB entgegen.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Näher s.u. II 1 b aa.

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 1.6.2021 – 1 StR 133/21, Rn. 8, NZWiSt 2021, 392.

<sup>12</sup> Speziell zur Überwachung und Kontrolle BGH, Urt. v. 9.10.2019 – 1 StR 170/19, Rn. 12 f., BGHR StGB § 73 Erlangtes 30 und 31 (Gründe); BGH, Urt. v. 13.11.2019 – 5 StR 343/19, Rn. 14 f. Ein operationales Abgrenzungskriterium zwischen vorhandener und fehlender Mitverfügungsgewalt hat die Rechtsprechung nicht entwickelt; insoweit auf § 855 BGB abstellend Zivanic, NStZ 2021, 264, 266.

<sup>13</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21, NStZ 2022, 95.

<sup>14</sup> Oben II 1 a bb.

<sup>15</sup> So bereits *Rübenstahl/Weißebeck*, WiJ 2020, 90 (95); zur systematischen Herleitung dieses Ergebnisses umfassend Zivanic, oben Fn. 8, 2. Teil, § 6, III., 2., b) und c).

In allen anderen Fällen hängt die Einziehungsfähigkeit von Original-Tatertrag weder von den Gewahrsams- noch von den Eigentums- oder sonstigen Rechtsverhältnissen ab. Unterschiede gibt es lediglich hinsichtlich der in Betracht kommenden verfahrensrechtlichen Positionen als Angeklagter, Einziehungsbeteiligter oder Nebenbetroffener.

bb) Die wesentliche Funktion bejahen oder verneinen (Mit-)Gewahrsams ist demgegenüber eine von § 73 Abs. 1 StGB unabhängige. Angenommener, zumindest vorübergehender (Mit-)Gewahrsam führt selbst in Fällen der Entreichung zur Haftung nach § 73c StGB. Das gilt unabhängig davon, ob (Mit-)Gewahrsam am Tatertrag, dem ersten Surrogat, einem Gegenstand, der dem Wert des Tatertrags entsprach oder an einem sonstigen Wert von Taterträgen bestand. Verneinter (Mit-)Gewahrsam bewahrt hingegen sicher vor der Einziehung des Werts nicht mehr fortbestehender Bereicherung.

Es ist demnach von ausschlaggebender Bedeutung, unter welchen tatsächlichen Umständen von zumindest (Mit-)Gewahrsam und damit einem *Erlangen* i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB die Rede sein kann. Je geringer die tatsächlichen Voraussetzungen, desto schneller greift die Haftung. Da die Haftung des einen die Haftung des anderen nur dann und soweit ausschließt, wie er sie erfüllt hat, bedeuten geringe Anforderungen eine Vermehrung der Anzahl Haftender.

cc) Da jeder der Beteiligten auf die volle Summe haftet, über die er irgendwann einmal, und wenn auch nur kurzfristig und vorübergehend (Mit-)Gewahrsam ausübte, führt dies im Ergebnis häufig dazu, dass zwar die Hintermänner weiterhin nicht identifiziert und ihnen die Beute deswegen nicht wieder entzogen werden kann, die offen agierenden untergeordneten Beteiligten aber nicht nur bestraft, sondern gegen sie bis zu sechs- oder siebenstellige Einziehungsforderungen ausgeurteilt werden, obwohl sie von der Hand in den Mund leben und sich ihr Lebtage nicht vom Vollstreckungsdruck befreien können. Das StPO-Fortentwicklungsgesetz hat ihre Lage ab 1.7.2021 noch drastisch verschärft, weil das zuvor obligatorische Unterbleiben der Vollstreckung aufgrund von Entreichung entfallen ist und die Gesetzesbegründung Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung nur für sehr außergewöhnliche und deshalb empirisch seltene Fälle anführt.

Diese Belastung untergeordneter Beteiligten, die mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten in keiner Weise korreliert, weckt nicht nur ein Störgefühl. Zwar steht nach einem Individualdelikt<sup>16</sup> eine derartige Mithaftung auf den gesamten Betrag mit den §§ 830 und 840 BGB im Einklang. Gleichwohl ist es aber ein fundamentaler Unterschied, ob eine derartige Forderung vom Geschädigten nach zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsrecht oder von der Staatsanwaltschaft beizutreiben versucht wird. Ein Verletzter wird schon aus Gründen der Ersparnis eigener weiterer Kosten Vollstreckungsversuche dosieren. Demgegenüber besteht eine Amtspflicht des staatsanwaltschaftlichen Rechtspflegers, stets die Entwicklung der finanziellen Verhältnisse des Schuldners im Auge zu behalten und ihm alles wegzupfänden, was die Pfändungsfreigrenzen übersteigt. Die Verjährungsfrist von zehn Jahren verlängert sich im Fall gewährter Ratenzahlung quasi ad Ultimo und kann im Extremfall bis zum Lebens-

de nicht abgelaufen sein. Da eine Einziehungsentscheidung auch gegen Jugendliche zu ergehen hat, ist es denkbar, dass eine Jugendsünde mit minimalen eigenen Vorteilen im Ergebnis eine Verurteilung zu lebenslangem Sozialhilfeniveau nach sich zieht.

Zumindest in den Fällen, in denen die Straftat sich nicht gegen einen individuellen Verletzten richtete, gibt es keine Rechtfertigung einer derartigen Folge, die allein schon der Transport von Verkaufserlösen aus dem Handel mit Dopingmitteln auslösen kann. Ohne das Suchtpotenzial in Abrede zu stellen, ist nicht ersichtlich, wie das dauerhafte Herabsenken des Lebensstandards auf das Sozialhilfeniveau als angemessen angesehen werden könnte. Die desozialisierende Wirkung liegt vielmehr auf der Hand. Gerade junge Menschen wollen sich auch mal etwas leisten können. Wenn Sie dazu keine legale Aussicht haben, weckt dies Phantasien, die zum Abdriften in kriminelles Milieu führen können.

dd) Unabhängig davon ist das Ausurteilen einer Einziehungsforderung und der Versuch ihrer Durchsetzung gegen einen Entreicherten bestenfalls ausnahmsweise mit den Grundprinzipien der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vereinbar, wenn und weil das Ziel, Straftaten dürften sich nicht lohnen, mit der Entreichung erreicht ist. Die Auflehnung gegen das Gesetz wird mit Strafe geahndet. Wenn strafrechtliche Vermögensabschöpfung das Ziel hat, lediglich die gestörte Vermögenszuordnung wiederherzustellen, so kann es aufgrund der Entreichung jedenfalls in Fällen ohne individuellen Verletzten nicht mehr erreicht werden, weil es bereits erreicht ist. Die Verurteilung zu einer Einziehungsforderung ist in solchen Fällen mit dem Ansinnen verbunden, aktuell nicht vorhandenes Vermögen erst zu bilden – allerdings allein zu dem Zweck, sogleich staatsanwaltschaftlicherseits bis zu den Pfändungsfreigrenzen wieder abgeschöpft zu werden. Darin liegt jedenfalls keine Abschöpfung des aus Straftaten noch Vorhandenen.

Allerdings darf man das Ziel, Straftaten dürften sich nicht lohnen, nicht dahingehend verengen, dass sie sich allein für die *Zukunft* nicht *weiter* lohnen dürften. Es liegt damit durchaus in der Logik des strafrechtlichen Abschöpfungsrechts, auch in der Zeit zwischen der Tat und dem strafprozessualen Zugriff aufgrund des Tatertrags genossene Lebensfreude mit in die Betrachtung einzubeziehen. Wenn denn jemand des Tatertrags wegen längere Zeit den „dicken Max gemacht“ hat, so hat er anderweit erforderliche Aufwendungen erspart, die auszugleichen durchaus als legitim anzusehen ist. Der richtige Ort dafür ist die Strafzumessung. Wenn man dafür auch insoweit den Weg strafrechtlicher Vermögensabschöpfung eröffnet, so muss die Einziehung allerdings die Feststellung tatsächlichen Verprassens erfordern. Das ist in den empirisch meisten Konstellationen planmäßiger Weitergabe keineswegs der Fall und zwar weder bei an sich legalem Transport illegalen Transportguts noch umgekehrt bei illegalem Transport legalen Transportguts.

<sup>16</sup> Anders für Gemeindelikt, vgl. *Zivanic*, oben Fn. 8, 2. Teil, § 5, VII., 6., c.

Angesichts der gravierenden Unterschiede kann die Gleichbehandlung jeglichen auch nur vorübergehenden (Mit-)Gewahrsams, zu der die rein tatsächliche Betrachtung des Erlangens i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB führt, nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sein.<sup>17</sup>

## 2. § 73 Abs. 2 StGB

Nach dieser Vorschrift sind beim „Täter oder Teilnehmer Nutzungen aus dem Erlangten“ zwingend einzuziehen. Das mag für Zinsforderungen gegenständlich möglich sein, während Gebrauchsvorteile typischerweise nur wertmäßig, § 73c S. 1 StGB, eingezogen werden können. Insoweit besteht eine – für sich gesehen: unproblematische – Parallelität zu § 73 Abs. 1 StGB.

In der Praxis ist allerdings nicht nur die Einziehung des Werts von Taterträgen die statistisch deutlich überwiegende Variante, sondern es besteht auch insoweit eine zumindest teilweise Parallele zu § 73 Abs. 2 StGB. Diese Bestimmung gestattet jedoch allein die Einziehung von Nutzungen des Originals. Da auch im Übrigen eine Vorschrift fehlt, welche die Einziehung (des Werts) von Nutzungen des Werts von Taterträgen gestattet, fehlt es an einer entsprechenden Rechtsgrundlage.

Darin liegt nicht etwa ein Redaktionsversehen, sondern die Rechtslage ist jedenfalls insoweit systemgerecht, wie die Rechtsprechung den Wert von Taterträgen auch dann allein zu dem Zeitpunkt bemisst, zu dem die Einziehung im Original nicht mehr möglich ist, wenn der Betroffene eine werthaltige Gegenleistung für den Original-Tatertrag erhalten hat.<sup>18</sup> Demgemäß darf er Steigerungen des Werts von Taterträgen ebenso wie deren Nutzungen behalten.

## 3. § 73 Abs. 3 StGB

Das, was für Nutzungen und Wertsteigerungen gilt, kann allerdings in den Sonderfällen des § 73 Abs. 3 StGB keine Parallele finden, obwohl es sich bei dem dort geregelten ersten Surrogat des Tatertrags gerade nicht um dessen Original, sondern um seinen inzwischen in eben diesem Ersatzgegenstand verkörperten Wert handelt. Da § 73 Abs. 3 StGB dessen gegenständliche Einziehung gestattet, fallen darunter auch etwaige Wertsteigerungen. Einen Ausgleich wie für Wertverluste in § 73c S. 2 StGB zugunsten des Justizfiskus gibt es umgekehrt für Wertsteigerungen zugunsten des Empfängers nicht. Entsprechende Vorsorge wie gegen Minderungen des Einziehungsanspruchs des Justizfiskus verweigert das Gesetz dem Empfänger nicht nur, sondern legt ihm zusätzlich auch noch eine Haftung für Wertdifferenzen auf, während er Wertsteigerungen bei ihm abschöpft – und dies selbst bei Gemeindelikten, aus denen die öffentliche Hand keinen tatbedingten Vermögensverlust erlitten hatte.

Diese auf gegensätzlicher Wertung beruhende Ungleichbehandlung ist eine Quelle „bösen Blutes“ und trägt nicht zum Rechtsfrieden bei. Überdies ist nicht ersichtlich, warum Wertsteigerungen im Original und ersten Surrogaten der Abschöpfung unterliegen, dies aber beim bloßen Wert der Taterträge, und sei er in einem Folgesurrogat verkörpert, nicht

so ist. Überzeugend ist diese gegensätzliche Handhabung jedenfalls nicht.

## 4. § 73a StGB

Ob z. B. eine einfache Körperverletzung ein ausreichender Anlass dafür ist, das Vermögen des Verdächtigen nach inkorporierten kontaminierten Gegenständen zu überprüfen, ist eine Grundfrage vorgesehener erweiterter Einziehung als solcher, die vorliegend nicht thematisiert werden soll. Festzuhalten gilt es allerdings, dass sich § 73a StGB allein auf Tatertrag im Original bezieht. Manifestiert sich dessen Wert hingegen in anderen Vermögensgegenständen, so bietet § 73a StGB für sich keine ausreichende Abschöpfungsgrundlage. Insoweit bedarf es des ergänzenden Rückgriffs auf § 73c S. 1 StGB.<sup>19</sup>

## 5. § 73b StGB

Die Vorschrift über die Möglichkeiten der Einziehung beim Drittempfänger birgt eine Fülle von Auslegungs- und Verständnisschwierigkeiten. Davon sei hier nur folgendes herausgegriffen:

### a) § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

aa) Dass nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ein Dritter für erlangten Tatertrag nur dann haftet, wenn der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat, führt zu Unklarheiten unter verschiedenen Gesichtspunkten. Nach der Rechtsprechung kommt es nicht auf das Wissen oder gar ein Verschulden des Drittempfängers an. Eine subjektive Begünstigungstendenz des Tatbeteiligten oder ein rein faktisches Näheverhältnis genügt,<sup>20</sup> ohne dass es irgendeines Rechtsverhältnisses bedürfte, kraft dessen der Dritte die Wahrnehmung eigener Aufgaben auf den Dritten übertragen hätte. Laut BGH ist *maßgeblich, ob an der Tat zumindest ein Täter oder Teilnehmer mitgewirkt hat, der in einem Zurechnungsverhältnis zur juristischen Person steht*,<sup>21</sup> allgemein zum Dritten.

Illegitime Zuflüsse werden ihm daher selbst dann entzogen, wenn ihn am kriminellen Hintergrund kein Vorwurf trifft oder er davon nichts wusste. Dies steht einerseits durchaus im Einklang mit dem Grundgedanken, dass sich Straftaten nicht, damit auch nicht für lediglich faktisch be-

<sup>17</sup> Einen ausbaufähigen Ansatz liefert die Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH zum Steuerstrafrecht, z. B. BGH, Leitsatz-Urt. v. 11.7.2019 – 1 StR 620/18, Rn. 15-21, BGHSt 64, 146. Er schöpft „ersparte Steueraufwendungen“ nur ab, wenn sich der Vorteil im Vermögen des Täters spiegelt, und bewahrt auf diese Weise wirtschaftlich Nicht-Berechtigte vor Einziehungsanordnungen gegen sie, BGH, vgl. *Bittmann/Tschakert*, wistra 2019, 433 und NZWiSt 2020, 40.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 6.6.2017 – 4 StR 569/17, NJW 2018, 3325; BGH, Urt. v. 18.12.2018 – 1 StR 36/17, NJW 2019, 867.

<sup>19</sup> Die damit zusammenhängenden Abgrenzungsfragen gleichen denen, die sich im Verhältnis zwischen § 73 Abs. 1 und § 73c S. 1 stellen, s. unten II 6 a-c.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 28.7.2021 – 1 StR 519/20, Rn. 119, NJW 2022, 90, 97.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 28.7.2021 – 1 StR 519/20, NJW 2022, 90, 96 f.

günstigte Dritte lohnen sollen. Andererseits kann ein genau solcher Dritter den Ertrag insgesamt behalten, fiel er bei ihm an, ohne dass „für ihn“ gehandelt worden wäre<sup>22</sup> und liegt § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB eine andere Wertung zu Grunde, denn in Erfüllungsfällen scheidet die Abschöpfung gegen den Empfänger im Fall von dessen Gutgläubigkeit aus. Das strenge Verständnis im vom Gesetz erfassten Vertretungsfall kann beim Drittempfänger, der im Glauben und Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit von Zuflüssen Dispositionen getroffen hat, die für sich gesehen rechtmäßig und beanstandungsfrei waren und sind, folglich Vertrauensschutz verdienen, zu Folgewirkungen bis hin zur Existenzvernichtung führen. Zwar droht ihm insoweit meist lediglich eine Abschöpfung nach dem Nettoprinzip, weil er seine Aufwendungen nicht bewusst in rechtswidrige Handlungen investiert hat und Entreichung bereits im Erkenntnisverfahren zu berücksichtigen ist, § 73e Abs. 2 StGB. Ihm wird aber zumindest das Wissen eines ihn vertretungsberechtigten Organs oder eines bestimmte Aufgaben mit Außenwirkung eigenverantwortlich wahrnehmenden Angestellten als Täter oder Teilnehmer und damit auch dessen Bösgläubigkeit zugerechnet, § 166 BGB (analog). Da die Abschöpfung 30 Jahre lang möglich ist, kann sie den Dritten, insbesondere ein Unternehmen, zu einem Zeitpunkt treffen, zu dem er seine finanziellen Spielräume bereits ausgeschöpft hat und ihn zusätzliche Belastungen in die Insolvenz führen.

Der Vertrauensschutz eines für sich gesehen rechtmäßig handelnden Dritten verlangt demzufolge nach größerer Rücksichtnahme als bisher – und zwar sowohl bei der Einziehungsentscheidung als auch und erst recht bei vorläufigen Maßnahmen, die zwangsläufig nur auf sehr unsicherer Tatsachenbasis angeordnet werden können. Jedenfalls ist ihre Vollziehung dann unverhältnismäßig, wenn sie den gutgläubigen Dritten existenziellen Gefahren aussetzt. Das kann zwar dazu führen, dass eine etwaige spätere Einziehungsentscheidung nicht, nur teilweise oder unter erschwerten Umständen vollstreckt werden kann, muss aber aufgrund der Gutgläubigkeit des Drittempfängers und dessen ihm von Gesetzes wegen gebührenden Vertrauensschutzes wegen hingenommen werden und kann es umso mehr, wenn der Ertrag aus Taten ohne individuellen Verletzten generiert wurde.

bb) Die jetzige von Gesetzes wegen sehr weite Inanspruchnahme eines Drittempfängers, für den ein Täter oder Teilnehmer sogar ohne Zutun des Dritten und ggf. weit außerhalb von dessen Herrschaftsbereich gehandelt hat, kontrastiert auffällig mit der gesetzlichen Abstinenz für Vermögenszuwächse, die bei Dritten eingetreten sind, ohne dass der Täter oder Teilnehmer für diesen gehandelt hat. Das ist beispielsweise in Korruptionsfällen durchaus möglich. Hat der Täter mithilfe korruptiver Zuwendungen erreicht, dass die Gegend, in welchem sein Wiesengrundstück gelegen ist, zu Bauland umgewidmet wird, so kann die damit einhergehende Wertsteigerung dieses Grundstücks beim Täter abgeschöpft werden. Die Wertsteigerungen der sonstigen umgewidmete Grundstücke verbleiben hingegen deren Eigentümern, obwohl auch diese Zuwächse strafatbedingt sind. Hatte der Bestechende für sich und seine Familienangehörigen mit eigenen im betroffenen Gebiet belegenen Grundstücken gehandelt und waren ihm die Wertsteigerungen aller ande-

ren durchaus recht, so mag er sogar den beim verfeindeten Nachbarn eintretenden vermögenssteigernden Effekt mit geballter Faust in Kauf genommen haben. Doch hat er auch für diesen gehandelt? Oder wird umgekehrt die Wertsteigerung nur dem Feind des Täters belassen?

Es bedarf sicherlich vertiefter Prüfung, in welchen Fällen es legitim ist, Taterträge, die bei Dritten ohne deren eigenes Zutun angefallen sind, abzuschöpfen. Die jetzige Rechtslage, die Dritte im Fall eines Handelns für sie in sehr weitgehendem Umfang in Anspruch nimmt, bei Fehlen dieses Umstands aber in Gänze schont, ist jedoch alles andere als in sich schlüssig und überzeugend.

#### **b) Strukturdifferenzen zwischen § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a und lit. b**

Nicht ersichtlich ist ferner der Grund für die Differenzierung innerhalb von § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB: Lit. a) bezieht sich allein auf das Erlangte im Original, während lit. b) erweiternd genügen lässt, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat *herrührt*, es also ausreicht, dass der empfangene Gegenstand wertmäßig auf Tatertrag im Original zurückgeführt werden kann, ohne Original-Tatertrag sein zu müssen.

Diese Differenzierungen setzen sich fort: Für den Wert einem Dritten unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund Zugewendetes, das nicht mehr vorhanden ist, haftet dieser nur dann, wenn er Tatertrag im Original erlangt hatte. Ebenso wie im Fall der Nutzungen, § 73 Abs. 2 StGB, bezieht sich § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a StGB nicht auch auf zugewendete Werte von Taterträgen, weshalb § 73c S. 1 StGB insoweit keine Anwendung findet. Demgegenüber beziehen sich die – kriminologisch weniger bedeutsamen – Erfüllungsfälle des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB über das Merkmal *herrühren* auch auf erlangte Werte von Taterträgen. Sind diese nicht mehr im selben Aggregatzustand wie zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden, so ist damit der Weg zur Einziehung ihres Werts gemäß § 73c S. 1 StGB ohne weiteres eröffnet.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass in den schwereren Fällen der unentgeltlichen oder rechtsgrundlosen Übertragung die ersatzweise Einziehung ihres Wertes nur dann uneingeschränkt eröffnet ist, wenn der Dritte Original-Tatertrag erlangt hatte. Kam ihm hingegen nur der Wert von Taterträgen zugute, so kann er nur unter den Voraussetzungen des § 73b Abs. 2 StGB in Anspruch genommen werden. Die Vorschrift beschränkt sich jedoch auf die Fälle, in denen dem Dritten der Wert der Taterträge gegenständlich zugeflossen ist. Das kann nach dem Zweck der Vorschrift auch gar nicht anders sein. Sie ermöglicht die gegenständliche Einziehung, obwohl an sich allein die ersatzweise Einziehung des Werts von Taterträgen vorgesehen ist. Wo die Einziehung des Werts aber nicht möglich ist wie in den Fällen des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a StGB, erlaubt nur und erst § 73b Abs. 2 StGB die Einziehung. Da es sich in allen von § 73b Abs. 2 StGB erfassten Sachverhalten um gegenständliche Einziehung handelt, er-

<sup>22</sup>Näher sogleich zu II 5 a bb.



streckt sie sich (ebensowenig wie § 73a Abs. 1 StGB) auf ersparte Aufwendungen.

Das führt, wenngleich empirisch selten, zu wenig überzeugenden Ergebnissen, wie folgendes Beispiel belegt: Schenkt der Bankräuber erbeutete 100.000 € einem Steuerhinterzieher, damit dieser auf für ihn erträgliche Weise sein Strafverfahren beenden kann, ist es möglich, beim Steuerhinterzieher den Wert der nicht mehr vorhandenen 100.000 € einzuziehen. Zahlt hingegen der Bankräuber die 100.000 € direkt zu Gunsten des Steuerhinterziehers beim Finanzamt ein, so ersparte dieser lediglich eigene Aufwendungen, deren Wert nicht eingezogen werden kann. Er hatte nie eigene (Mit-)Verfügungsgewalt über den Ertrag aus dem Bankraub, so dass ihm das Erlangte nicht im Original und damit nicht unter den Voraussetzungen des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a StGB zugewendet worden war, und was er erlangt hatte, war nicht gegenständlicher und damit unter § 73b Abs. 2 StGB fallender Natur.

## 6. § 73c StGB

Der Anwendungsbereich des § 73c S. 1 StGB hängt von der Abgrenzung zwischen Tatertrag im Original und dessen Wert ab. Was prima facie so einfach klingt, weil es sich um ein Alternativverhältnis handelt, und deshalb in Fällen verkörperten Tatertrags (Schmuck, Bargeld, Kraftfahrzeug etc.) und eines entzogenen Rechts (z. B. Grundeigentum aufgrund mit falschen Pässen vorgetäuschten Handelns der wahren Eigentümer) auch tatsächlich keine Schwierigkeiten bereitet, wird in den praktisch sehr häufigen Fällen der Vermischung zu einem Problem, an dessen Lösung sich das Schicksal Verletzter entscheidet.

### a) Zweispurigkeit: Tatertrag im Original und Wert von Taterträgen

Nur Tatertrag im Original kann an den Verletzten zurückgeleitet werden. Besteht ein Affektionsinteresse des Verletzten, so kann es nur befriedigt werden, wenn der Tatertrag im Original gesichert wird. Zwar erklärt sich § 459h Abs. 1 StPO für sämtliche Fälle der §§ 73-73b für einschlägig, vermag aber der Realität kein Schnippchen zu schlagen. In den Fällen des § 73 Abs. 3 (erstes Surrogat) und des § 73b Abs. 2 StGB (Gegenstand im Wert des Tatertrags) findet keine Rückgabe statt, weil der Verletzte die jeweilige Verkörperung des Werts des Original-Tatertrags nie besaß. Ob er mit dem betreffenden Gegenstand etwas anfangen kann, ist eine ganz andere Frage. Jedenfalls spricht in diesen Fällen sehr viel mehr dafür, die Verwertung der Staatsanwaltschaft zu überlassen und den Erlös nach § 459h Abs. 2 S. 1 StPO dem oder den Verletzten auszukehren. Auf diese Weise ließe sich auch das (tatsächliche oder Schein-)Problem der Einziehung des Werts von Surrogaten lösen, die der 1., 3. und 6. Senat des BGH bei § 73a StGB (anders als bei §§ 73 und 73b StGB) für zulässig halten.<sup>23</sup>

### b) Vermischungen

Vermischungen können in unterschiedlicher Weise stattfinden. Es kann Tatertrag mit illegalem Vermögen vermischt

werden. Es ist aber auch möglich, in verschiedenen Varianten Ertrag aus einer Straftat mit dem Ertrag aus anderen Straftaten zu vermischen – handele es sich dabei um verfahrensgegenständliche, unbekannte, anderweit verfolgte oder gar schon abgeurteilte. Zumindest dann, wenn es sich nur um Tatertrag aus unbekanntem Taten handelt (z. B. Entdeckung einer fünfstelligen Summe im Zuge der Betrachtung der Wohnung aufgrund häuslicher Gewalt), befürwortet die Rechtsprechung trotz fehlender Zuordnungsfähigkeit zu den unbekanntem Herkunftstaten die gegenständliche Einziehung nach § 73a StGB.<sup>24</sup>

In diesen Fällen ist es gar nicht möglich, Rücksicht auf die Interessen unbekannter Verletzter zu nehmen. Die rechtliche Zuordnung von Erlösen aus Betäubungsmittelverkäufen ist zwar selten möglich, jedoch geschieht mit der Einziehung weder dem Drogenverkäufer noch dem Drogenkäufer ein Unrecht, weil es sich bei den Geldern entweder um Erlöse des Verkäufers oder um Tatmittel des Käufers handelt.

Anders verhält es sich hingegen dann, wenn Erträge aus Erlösen von Taten mit bekannten Verletzten vermischt wurden. Die Rechtsprechung neigt aus praktischen Gründen auch insoweit zu gegenständlicher Einziehung und Rückleitung an die Verletzten. Das stößt jedoch nicht nur mangels Zuordnungsfähigkeit zu einzelnen Straftaten an rechtliche, sondern auch an tatsächliche Grenzen. In den Fällen, in denen die Taterträge insgesamt oder sämtliche ihrer Werte sicher gestellt werden konnten, unterscheidet sich die Stellung der Verletzten bei Beschreiten des einen wie des anderen Wegs zwar bestenfalls im Detail. Fundamentale Unterschiede können sich aber im Mangelfall ergeben.<sup>25</sup>

### c) Gefahr übermäßiger Belastung aufgrund der Beschränkung gesamtschuldnerischer Haftung auf dieselbe „Handelsstufe“

Nach ständiger Rechtsprechung haftet jeder, der (Mit-)Gewahrsam innehatte, selbst wenn dies nur vorübergehend der Fall war und die Weitergabe tatplangemäß erfolgte, auf den gesamten Wert. Deshalb können ggf. gegen eine erhebliche Anzahl von Personen Einziehungsentscheidungen in Höhe des Gesamtwerts der Taterträge getroffen werden.<sup>26</sup> Sie haften wie bereits unter dem aufgehobenen Recht als Gesamtschuldner – lt. Rechtsprechung allerdings nur auf derselben Handelsstufe, d. h. bei deren Unterschiedlichkeit wird kumulativ eingezogen.

Legte man diese Sicht den Cum-Ex-Fällen zugrunde, so adierte sich die jeweils abschöpfbare Summe mit jedem Vermögen, das der Steuervorteil durchlief und es könnte (ins-

<sup>23</sup> Vgl. Zivanic, wistra 2022, 162 f.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 4.3.2021 – 5 StR 447/20, Rn. 7, wistra 2021, 318; BGH, Beschl. v. 5.10.2021 – 3 StR 294/21, Rn. 5.

<sup>25</sup> Sie resultieren allerdings nicht aus der gerichtlichen Einziehungsentscheidung, sondern aus den im Vorhinein angewendeten Sicherungsinstrumenten, s. unten III 1 a bb.

<sup>26</sup> Zur damit verbundenen Problematik der Entreicherung vgl. oben II 1 b bb-dd.

besondere) bei den Banken (und vorbehaltlich § 73e Abs. 1 S. 1 StGB) ein Vielfaches der an sich schon enormen Steuerforderungen eingezogen werden. Die Praxis ist von der Inanspruchnahme nur einer der jeweils zahlreich beteiligten Banken gekennzeichnet. Typischerweise ist dies die steuerpflichtige Bank auf Seiten der Käufer der Transaktionen, die nur einen, nicht notwendig den „Löwenanteil“ des Gewinns behalten hat. Zwar sperrt eine Abschöpfungsentscheidung gegen diese Bank im Fall der Gesamtschuld nicht Einziehungsanordnungen gegen andere Banken. Wohl aber bewirkt die Erfüllung der Steuerforderung seitens einer beteiligten Bank deren Erlöschen auch mit Wirkung gegen andere gesamtschuldnerisch haftende Banken.<sup>27</sup> Gleichwohl tun sich die Zivilgerichte mit dem anschließenden Gesamtschuldnerausgleich schwer.<sup>28</sup> Um wieviel schwieriger gestaltete sich dieser, verurteilten die Strafgerichte die einziehungs beteiligten Banken noch nicht einmal als Gesamtschuldner.

#### d) § 73c S. 2 StGB

Gemäß § 73c S. 2 StGB hat das Gericht Wertverluste, die in der Zeit zwischen dem Erlangen des Tatertrags im Original und der Einziehungsanordnung eingetreten sind, neben dem Original einzuziehen. Diese Vorschrift erweitert den Umfang strafrechtlicher Vermögensabschöpfung beträchtlich und steht zudem in diametralem Gegensatz zur steuerrechtlichen Betrachtung. Wertsteigerungen unterliegen erst im Fall ihrer Realisierung, z. B. im Fall des Verkaufs, der Besteuerung. Umgekehrt können Wertverluste steuerlich regelmäßig erst dann geltend gemacht werden, wenn sie eingetreten und nicht nur papiern zu verzeichnen sind. Damit trägt der Steuergesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass Wertdifferenzen nicht nur üblich, sondern beim Steuerpflichtigen dadurch regelmäßig auch erst dann spürbare Vor- oder Nachteile eintreten, wenn Gewinne oder Verluste realisiert sind. Für Wertsteigerungen beim Empfänger von Original-Tatertrag oder dem ersten Surrogat deckt sich die Wertung des Strafgesetzgebers mit den Wertungen des Steuergesetzgebers.

Ein sachlicher Grund dafür, warum von dieser Parallelität im Fall von Wertverlusten abgewichen wird, ist jedenfalls für Erträge aus Straftaten ohne individuellen Verletzten zumindest nicht für sämtliche denkbaren Konstellationen ersichtlich. Während die Abschöpfung des Werts von Gebrauchsvorteilen unter dem Gesichtspunkt ersparter Aufwendungen nicht abschöpfungsfremd ist, kann davon in Fällen ungewollten Wertverlustes keine Rede sein, weil die Differenz in solcher Konstellation dem Empfänger des Tatertrags nie zugute gekommen ist. Das Untergegangene hat ihm keinen realen Vorteil verschafft und kann es auch in Zukunft nicht mehr. Das Ziel, Straftaten dürften sich nicht lohnen, ist wiederum bereits ohne Abschöpfung erreicht.

In Fällen aus Straftaten mit individuellem Verletzten generiertem Tatertrag besteht allerdings für Täter, Teilnehmer und vorsätzlich oder leichtfertig handelnde Drittempfänger eine Parallele zur Rechtslage gemäß §§ 819, 818 Abs. 3 BGB. Jedoch verbleiben auch insoweit die Zusatzbelastungen aufgrund der regelmäßig gegenüber zivilprozessualen intensiveren strafrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen.

#### 7. § 73d Abs. 1 – § 74 StGB

Wie es für § 73 Abs. 1 StGB an einer ausreichend operationalen Definition des Tatertrags als erlangtes Etwas fehlt, so gilt Gleiches für § 73d Abs. 1 StGB in Bezug auf das Verständnis von *Aufwendungen*. Zudem birgt die zumindest nicht durchweg überzeugende systematische Klassifizierung der Einziehung gemäß §§ 74 ff. StGB weitgehend als Nebenstrafe im Gegensatz zur Einziehung nach §§ 73 ff. StGB als reine Vermögenszuordnung Probleme. Die Kernaussage des § 73d Abs. 1 StGB lautet, Aufwendungen bei der Bestimmung des Werts des Erlangten sind abzuziehen, es sei denn, sie waren für die Vorbereitung oder Begehung der Tat bestimmt oder gar eingesetzt.

#### a) Relevanz von Aufwendungen nur bei ersatzweiser Einziehung des Werts von Taterträgen?

Abgrenzungsfragen betreffen bereits das Verhältnis zwischen § 73 Abs. 1 und § 73c S. 1 StGB. Für den Original-Tatertrag sieht das Gesetz von vornherein keinen gegenzurechnenden Posten für Aufwendungen vor. Der Natur der Sache entspricht dies allein im Fall der Manifestation des Tatertrags in einem konkreten körperlichen Gegenstand. Überall dort, wo der Original-Tatertrag teilbar ist, besteht hingegen wie bei dessen Wert die jedenfalls theoretische Möglichkeit, legale Aufwendungen rechnerisch von der Einziehung auszunehmen. Das ist jedoch nicht der vom Gesetz beschrittene Weg. Als Ausgleich wird deshalb in der Literatur die analoge Anwendung des § 73d Abs. 1 StGB auf bestimmte Fälle der Original-Einziehung vorgeschlagen.<sup>29</sup>

#### b) Begriffliche Abhängigkeit von zeitlichen Umständen

Der Begriff der *Aufwendungen* wirft bereits für sich Fragen auf: Zählen Vorgänge weit im Vorfeld der Erwerbstat dazu (wie gemäß dem Bereicherungsrecht des BGB)? Falls nein, so folgt daraus zwingend die Notwendigkeit eines Bezugs zwischen Aufwand und Tat. Ist aber eine solche Verbindung ohne gleichzeitige Vorbereitung der Tat überhaupt möglich? In objektiver Hinsicht wohl nicht. Dann bleibt nur die rein subjektive Differenzierung. Darf es aber für dieselben verbotenen Börsengeschäfte einen abschöpfungsrechtlichen Unterschied machen, ob die eingesetzten Aktien schon vor dem Entschluss zur Tat im Depot waren oder erst zum Zwecke der Tatbegehung angeschafft wurden?

<sup>27</sup> OLG Frankfurt/M, Beschl. v. 16.8.2021 – 3 Ws 406/21, BeckRS 2021, 25915; s.a. LG Bonn, Urt. v. 18.3.2020 – 62 KLs – 213 Js 41/19 – 1/19, NZWiSt 2021, 115, und nachfolgend BGH, Urt. v. 28.7.2021 – 1 StR 519/20, NJW 2022, 90, 95 ff.

<sup>28</sup> Zum Thema OLG Frankfurt/M, Urt. v. 2.3.2022 – 17 U 108/20, BeckRS 2022, 3326 – hier dürften sich zudem verfassungsrechtliche Fragen unter den Aspekten der Art. 12, 14 und 20 GG stellen.

<sup>29</sup> Köhler, NStZ 2017, 497, 510 f.; Zivanic, oben Fn. 8, 2. Teil, § 7, I., 1. ff.; dahingehende Gerichtsentscheidungen wurden allerdings nicht bekannt.

Das Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 S. 2 StGB bezieht sich nur auf Aufwendungen für die Begehung oder Vorbereitung der Tat, nicht auf ihr nachfolgende. Können also die Kosten der Miete eines Hubschraubers zum Bergen des auf unwegsames Gelände geworfenen Lösegeldes abgezogen werden? Dies ist ersichtlich nicht gemeint. § 73d Abs. 1 StGB soll begrifflich keine Aufwendungen nach Tatbegehung erfassen. Im Gesetz selbst kommt das allerdings nicht, jedenfalls nicht hinreichend zum Ausdruck.

### c) Bedeutung des Rechtsguts

Die aufgrund einer Insiderinformation vor dem alsbald nachfolgenden Eintritt eines nennenswerten Kurseinbruchs veräußerten Aktien wurden gewiss nicht für das verbotene Insidergeschäft angeschafft, die Kosten also weder für die Vorbereitung noch für die Begehung der Tat aufgewendet. Allerdings besteht insoweit ein Bezug der verkauften Aktien zur Tat, als die Realisierung des drohenden Verlustes nur unter Einsatz der jedenfalls noch teilwerthaltigen Aktien möglich war. Rechtfertigt dies die Schlussfolgerung, der gesamte Verkaufserlös aus dem insgesamt verbotenen Insidergeschäft sei „durch“ die Tat erlangt und unterliege zumindest wertmäßig insgesamt der Einziehung? Oder waren die Aktien Tatmittel? Oder Tatobjekte? Ihr Erwerb war ebenso rechtmäßig wie der Verkauf als solcher. Das Verbot des Insidergeschäfts bezieht sich folglich allein auf die Umstände des Verkaufs und zwar auf die zeitlichen. Damit sollen Sondervorteile aufgrund von Insiderkenntnissen vermieden werden. Ein darüber hinausgehender Vermögensverlust auch in Bezug auf den nach dem Kurssturz verbliebenen Wert ist materiellrechtlich nicht intendiert.

aa) Das materiellrechtlich eingesetzte Mittel zum angestrebten Ziel ist das Verbot des gesamten Insidergeschäfts, obwohl es ausschließlich auf die Verhinderung illegitimer Vermeidung der Realisierung des Kursverlusts im Vermögen des Insiders abzielt. Unter welchem inhaltlichen Gesichtspunkt soll es dann aber gerechtfertigt oder gar geboten sein, die den Zweck überschießende materiellrechtliche Formulierung, die sich wertpapierrechtlich nicht negativ auswirkt, der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung zugrunde zu legen und auch den Wert des verbliebenen Vermögensstamms einzuziehen?

Soweit mit der Abschreckungswirkung argumentiert wird, korreliert dies in keiner Weise mit dem Grundgedanken der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, der Wiederherstellung einer rechtmäßigen Vermögenslage. Der hinter diesem Argument stehende Gedanke mag durchaus seine Berechtigung haben und legitim sein. Nur fehlt ihm jeder Bezug zur Vermögenszuordnung, vielmehr reicht er über diesen Aspekt weit hinaus. Die Androhung ist generalspräventiver Natur, die Festsetzung einer solchen Rechtsfolge zielt demnach auf Repression und zeitigt damit im Gewande der Vermögensabschöpfung strafrechtsgleiche Folgen.

Diese mit dem gesetzlichen Bruttoprinzip rechtfertigen zu wollen, wäre schon deshalb unterkomplex, weil eben dieses Bruttoprinzip gesetzlich gar nicht definiert ist, seine rudimentäre gesetzliche Verankerung bis zum 30.6.2017 allein

im StGB gefunden hatte, mit der Neuregelung zum 1.7.2017 zwischen StGB und StPO aufgeteilt und ab 1.7.2021 um die zwingende Relevanz der Entreichung amputiert wurde. Das zeigt, dass das Bruttoprinzip keinen selbsterklärenden und Grenzen bestimmenden Begriffsinhalt aufweist, sondern auch gesetzlicher Bestimmung und Definition bedarf.

bb) Die Unklarheiten darüber, was mit *Aufwendungen* gemeint ist und deren Bezug zur Erwerbstat setzen sich im gesetzlich nicht definierten Verhältnis zu anderen, gesetzlich ebenfalls nicht ausreichend bestimmten Einziehungstatbeständen fort. Der Transfer legaler Geldmittel oder sonstiger Werte ist als solcher erlaubt. Daran ändert es nichts, wenn dies mittels Hawala-Bankings geschieht, das allein wegen Fehlens einer Erlaubnis nach KWG oder ZAG untersagt ist. Diesem materiellrechtlichen Verbot entspricht die Abschöpfung des aus dessen Verletzung generierten Tatertrags. Das sind (nur) die Provisionen der Hawaladare. Die von ihnen transferierten Werte sind dementsprechend nur dann einziehungsfähig, wenn sie selbst aus Erwerbstaten der Auftraggeber herrühren. Der BGH hat deshalb – entgegen der Zielsetzung mancher Polizei- oder Strafverfolgungsbehörde – denn auch zu Recht die Transfersummen als Tatobjekte<sup>30</sup> klassifiziert, die mangels Verweisungsnorm i.S.v. § 74 Abs. 3 StGB nicht aufgrund des Verstoßes gegen das KWG oder das ZAG eingezogen werden können.

Schon aufgrund der Notwendigkeit der Abgrenzung zu den Einziehungstatbeständen des § 74 StGB ist es demnach erforderlich, den Begriff des *Tatertrags* zu konkretisieren,<sup>31</sup> sinnvollerweise legalzudefinieren: Nicht jeder Zufluss während der Tatbegehung oder auch nur aufgrund der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands ist *Tatertrag*.<sup>32</sup> Die Beziehung zur rechtswidrigen Tat ist bereits in § 73 Abs. 1 StGB gesetzlich angelegt. Wie das Beispiel des Insiderhandels zeigt, ist es nicht sachgerecht, dabei allein auf ein sachrechtliches Verbot oder das Rechtsgut als solches abzustellen. Systemkonform kann nur die Korrelation zwischen dem konkreten Strafgrund und dem daraus kausal generierten Ertrag sein.

cc) Wendet man sich den tatsächlichen Phänomenen zu, die mit den gesetzlich verwendeten Begriffen gemeint sein dürften, so zeigt sich eine enge Verbindung zwischen dem, was das Gesetz *Aufwendung* nennt und den in § 74 StGB geregelten Tatmitteln und Tatobjekten. Alles, was mit diesen Begriffen gemeint ist, steht mit der Tat oder ihrer Vorbereitung in einem direkten Bezug, der allerdings unterschiedlicher Art ist. *Aufwendungen*, § 73d Abs. 1 StGB, sind nicht

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 3 StR 156/20, Rn. 3 und 27-36, NStZ-RR 2021, 388; BGH, Beschl. v. 11.8.2021 – 3 StR 268/20, Rn. 6, 15 und 26-34, insbes. Rn. 27 f., NStZ-RR 2022, 13.

<sup>31</sup> Zu Unterschieden bei der Klassifizierung als Tatertrag bzw. Tatobjekt beim Betäubungsmittelhandel einerseits und (unerlaubt) ausgeführten Waffen andererseits *Bittmann*, NZWiSt 2022, 188; *Zivanic*, ZWH 2022, im Erscheinen.

<sup>32</sup> So die Standard-Formulierung, z. B. BGH, Beschl. v. 11.1.2022 – 6 StR 461/21, Rn. 13, NJW 2022, 1185; BGH, Beschl. v. 13.1.2022 – 1 StR 481/21, Rn. 6.

mehr vorhandene, in irgendeiner Weise für das strafrechtliche Geschehen eingesetzte Mittel.<sup>33</sup> Damit ist die Verbindung zu den Tatmitteln, § 74 Abs. 1 StGB, nicht zu übersehen. Letztere sind im Gegensatz zu den Aufwendungen allerdings noch vorhanden, so dass es möglich ist, sie der Einziehung zu unterwerfen.

Die Gründe für die unterschiedliche Behandlung von *Aufwendungen* und *Tatmitteln* sind allerdings weder erkennbar noch sonst irgendwie plausibel. Bestimmte Aufwendungen sind zwingend abziehbar, andere überhaupt nicht. Das Gesetz räumt dem Gericht keinen irgendwie gearteten Entscheidungsspielraum ein. Demgegenüber unterliegen Tatmittel nur der fakultativen Einziehung. Warum nicht mehr vorhandene Tatmittel keine Strafzumessungsrelevanz aufweisen sollen, während ebendies bei Tatmitteln (Einziehung als Nebenstrafe) der Fall sein soll, erschließt sich nicht. Die Auswirkungen im Vermögen des Täters, Teilnehmers oder Drittempfängers sind jeweils gleich: Entweder ist es aufgrund der *Aufwendungen* gemindert oder aufgrund der Einziehung der *Tatmittel*. Der einzige Unterschied besteht in zeitlicher Hinsicht, jedoch dadurch relativiert, dass Tatmittel oft bereits zu Beginn der Ermittlungen beschlagnahmt werden. Ein sachlicher Aspekt für die derart grundlegende unterschiedliche Behandlung beider im Kern gleicher Elemente ist nicht ersichtlich.

dd) Die Abgrenzung zwischen *Tatmitteln* und *Tatobjekten* ist zwar nach der gesetzlichen Konzeption nicht diejenige zwischen Vermögenszuordnung und Nebenstrafe, wohl aber für den Betroffenen in vielen Fällen von ausschlaggebender Bedeutung, weil Tatmittel, wenn auch fakultativ, ohne weiteres eingezogen werden dürfen, während es für Tatobjekte einer auf § 74 Abs. 2 StGB verweisenden konstitutiven Norm bedarf. Demgemäß ist es erforderlich, exakt zwischen beiden Varianten zu unterscheiden. Dies ist deshalb durchaus schwierig, weil die Unterschiede sinnlich nicht ohne weiteres fassbar sind. Eingesetzt für die Tat zum Zwecke von deren erfolgreicher Durchführung werden sowohl Tatmittel als auch Tatobjekte. Der wesentliche Unterschied besteht in der Art ihres Einsatzes: Tatmittel werden aktiv verwendet, während Tatobjekte passiver Gegenstand des strafrechtlichen Geschehens sind.

#### d) Grenzen der Auslegungsfähigkeit

Selbst wenn man sich auf diese (oder andere handhabbare) Unterscheidungsmerkmale verständigen würde, verbleiben gesetzliche Inkonsistenzen. Mögen sie in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Tatertrag einerseits sowie Tatmitteln und Tatobjekten andererseits vielleicht ebenso vermeidbar sein wie im Verhältnis zwischen beiden letztgenannten, so ist dies jedenfalls zwischen Aufwendungen und Tatmitteln auf der Basis des geltenden Rechts ebenso ausgeschlossen wie in Bezug auf die unterschiedliche Klassifizierung bloßer Vermögenszuordnung einerseits und Nebenstrafe andererseits. Inzwischen lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung denn auch, wenig verwunderlich, Tendenzen erkennen, neben der Sicherungseinziehung auch weitere Einziehungstatbestände der §§ 74 ff. StGB nicht mehr als Nebenstrafe einzuordnen.<sup>34</sup> Dies kann jedoch die erforderliche gesetzliche Systematisierung nicht ersetzen.

## 8. Drogengeld

Die innere Unstimmigkeit der derzeitigen Unterscheidung zwischen Einziehung von Tatertrag als bloßer Vermögenszuordnung und Einziehung von Tatmitteln als Nebenstrafe zeigt sich exemplarisch beim sog. *Drogengeld*. Je nach Zeitpunkt der Sicherstellung und sonstigen Umständen des Einzelfalls handelt es sich bei Gewahrsam des Drogenhändlers um Taterträge, während es sich beim vorangegangenen Gewahrsam des Drogenkäufers um Tatmittel handelte. In vielen Fällen ist die Zuordnung aus tatsächlichen Gründen unklar und überdies vermag ein Drogenhändler im Inland<sup>35</sup> wegen § 134 BGB kein Eigentum am Kaufpreis für die Drogen zu erlangen. Die Situation wird noch dadurch verkompliziert, dass die Drogengelder vielfach nicht aus einem einzigen Geschäft generiert wurden, sondern aus einer unbekanntem Vielzahl von Verkäufen an unbekannte Käufer.

Die Neigung der Rechtsprechung, gleichwohl gegenständliche Einziehung anzuordnen nebst damit verbundener rechtlicher Schwierigkeiten, wurde bereits oben<sup>36</sup> thematisiert. Die Überführung des Drogengeldes in das Eigentum des Justizfiskus ist nur möglich, wenn beim Drogenhändler und den unbekanntem Drogenkäufern (bei diesen im selbständigen Verfahren) kumulativ deren etwaiges Eigentum eingezogen wird, bei Ersterem ggf. bereits vorhanden aufgrund Vermischung mit überwiegend legalem Geld, Abhebung vom Konto oder anderer Surrogationsvorgänge, bei Letzteren evtl. trotz Besitzverlusts noch bestehend bei fehlendem Übergang auf den Drogenhändler (z. B. wegen § 134 BGB). Darin beim Drogenhändler eine lediglich vermögenszuordnende Maßnahme zu sehen, während gegenüber den unbekanntem Drogenkäufern eine Neben- ohne Hauptstrafe verhängt wird, ist allerdings der Justiz der vierten Dimension zuzurechnen. Das Bedürfnis nach einem einheitlichen Einziehungsbescheid und einem dazugehörenden Verfahren *ad rem* ist ohne weiteres ersichtlich.

## 9. § 261 Abs. 10 StGB

Bis zur Neuregelung des § 261 StGB mit Wirkung vom 18.3.2021 war die Rechtsprechung, wenn auch nicht ganz einheitlich, der Auffassung, die Einziehung von Geldwäscheobjekten sei via § 261 Abs. 7 StGB a.F. ausschließlich als Tatobjekte möglich und dies sperre die Einziehung des Ertrags aus der oder den Vortat(en).<sup>37</sup> Ein überzeugender Grund dafür war nicht ersichtlich und diese Judikatur war seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung am 1.7.2017 im Hinblick auf das nur für

<sup>33</sup> MüKo-StPO/Bittmann, 2. Aufl. 2022 (im Erscheinen), vor §§ 111b ff StPO, Rn. 69-73; s.a. Zivanic, oben Fn. 8, 2. Teil, § 7, I., 6., a), bb): „alle bereicherungsmindernden Vermögensnachteile“.

<sup>34</sup> BGH, Beschl. v. 15.7.2020 – 6 StR 95/20; BGH, Beschl. v. 9.6.2021 – 4 StR 523/20.3, Rn. 11, wistra 2021, 441.

<sup>35</sup> Anders für Legalerwerb im Ausland, Art. 43 Abs. 1 EGBGB.

<sup>36</sup> II 6 b.

<sup>37</sup> Grundlegend BGH, Beschl. v. 27.3.2019 – 2 StR 561/18, Rn. 15 f., NJW 2019, 2182.

Taterträge eröffnete vereinfachte Entschädigungsverfahren nach den §§ 459h ff. StPO auch für die Verletzten der Vortat kontraproduktiv.

Eine Neuregelung war demgemäß überfällig. Sie findet sich nunmehr in § 261 Abs. 10 StGB – und eröffnet neue Fragen. S. 1 entspricht inhaltlich dem früheren § 261 Abs. 7 StGB a.F. Der neue S. 2 bestimmt jetzt jedoch den Vorrang der Einziehung als Ertrag aus der bzw. den Vortat(en). Schon dies überrascht. Die Geldwäsche bezieht sich bereits tatbestandsmäßig ausschließlich auf Ertrag aus Vortaten. Eine Geldwäschebehandlung kann den Schaden zwar perpetuieren, nicht aber erweitern, da sie zu keiner zusätzlichen Vermögenminderung eines Dritten führt. Wozu soll es daneben noch der Möglichkeit der Abschöpfung als Tatobjekt bedürfen?

#### a) Verweisung auf §§ 73 – 73e StGB

§ 261 Abs. 10 S. 2 StGB nimmt nicht nur die Einziehungstatbestände in Bezug, sondern auch die Vorschrift über das Erlöschen des Einziehungsanspruchs, § 73e Abs. 1 S. 1 StGB. Wenn aber der Anspruch des Verletzten der Vortat erloschen ist und – vergleichsfreundlich – damit die Einziehung des Ertrags aus der Vortat ausscheidet, wäre es widersprüchlich, eben diesen Ertrag nunmehr unter dem Gesichtspunkt der Einziehung als Tatobjekt doch noch abzuschöpfen. Der mit § 73e Abs. 1 S. 1 StGB Gesetz gewordene Anreiz, eine Einigung mit dem Verletzten der Vortat herbeizuführen, würde in sein Gegenteil verkehrt, würde nunmehr eine etwaige Differenz zwischen Tatertrag und Vergleichssumme anstatt dem Verletzten zugute zu kommen, zugunsten des Justizfiskus eingezogen.

Unklar ist, ob im Fall der Anwendung des § 261 Abs. 10 S. 1 StGB dem Geldwäscher, der das Geldwäscheobjekt längst weitertransferiert hat, via § 74c StGB die Verurteilung zur Einziehung von dessen Wert droht. Beim Vortäter ist das nicht der Fall, denn erst die tatplanmäßige Weiterleitung begründet die Eigenschaft als Tatobjekt. Daher kann sie weder zugleich als Vereitelungshandlung gewertet werden, noch kam dem Gegenstand im Zugriffsbereich des Vortäters bereits die Eigenschaft als Tatobjekt zu. Diesen Charakter gewann er jedoch im Moment der Entgegennahme seitens des Geldwäschers, wenn der Vortäter noch eine weitere eigene Straftat begangen hatte, nämlich Selbst-Geldwäsche. Sollte es Konstellationen geben, in denen nur § 261 Abs. 10 S. 1 StGB einschlägig ist und der Geldwäscher Eigentümer oder Rechtsinhaber geworden war, dürfte bei diesem daher nach Weitergabe der Wert des Tatobjekts einziehungsfähig sein, § 74c StGB. In (zumindest fast) allen Fällen ist der Geldwäscher aber (zumindest auch Drittempfänger von Ertrag aus der Vortat (oder dessen Wert)). Die Einziehung bei ihm folgt dann zwingend aus § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB, nach Weitergabe i.V.m. § 73c StGB, so dass es auf die fakultative Einziehung nach § 74 Abs. 2 (ggf. i.V.m. § 74c) StGB nicht ankommt.

#### b) Varianten des Verhältnisses zwischen Vortäter und Geldwäscher

aa) Veräußert der Vortäter das mittels Betrugs erlangte Kraftfahrzeug an einen Gutgläubigen, so kann es bei diesem nicht

eingezogen werden. Beim Betrüger wird der Kaufpreis und die eventuelle Differenz zwischen Kaufpreis und Wert eingezogen. Verkannte der Erwerber jedoch leichtfahrlässig den Mangel der Berechtigung des Vortäters, so liegen strikt nach dem Wortlaut des Gesetzes zwei Einziehungstatbestände vor: Der Vortäter haftet auf den Wert und beim Erwerber darf das Kraftfahrzeug als Original-Tatertrag eingezogen werden. Bejaht man Gesamtschuld nur auf derselben Handelsstufe, so müssen zwei kumulativ vollstreckbare Einziehungsentscheidungen ergehen. Die Rechtsprechung verwies die Lösung dieses Problems in das Stadium der Vollstreckung.<sup>38</sup> Dort gehört es aber nicht nur nicht hin, sondern der Rechtspfleger kann und darf es auch nicht lösen, jedenfalls nicht in allen Fällen und schon gar nicht bei Vorliegen zweier Anordnungen über die Einziehung des Werts und als Tatobjekt.

Dem Gericht bleibt nur die Möglichkeit, die Vollstreckung für unverhältnismäßig zu erklären. Aber ist sie das als Original-Einziehung beim Erwerber? Wohl trotz doppelter Belastung aufgrund des gezahlten Kaufpreises eher nicht – und erst recht nicht beim Betrüger, der ja über den Kaufpreis verfügt. Das gilt erst recht, verkannte der Erwerber die fehlende Berechtigung des Verkäufers nicht nur leicht fahrlässig, sondern leichtfertig, oder wusste er sogar davon. Obwohl er sich dann wegen Geldwäsche strafbar gemacht hat, kann das Kraftfahrzeug als Ertrag aus der Vortat und zugleich Objekt der Selbstgeldwäsche des Vortäters bei ihm nur einmal eingezogen werden, im Original ohnehin, aber auch wertmäßig. Den Belangen des Verletzten genügt Gesamtschuldnerschaft zwischen Vor- und Anschluss Täter. Gleiches gilt für das Abschöpfungsziel, Straftaten dürften sich nicht lohnen, denn der Schaden ist nur einmal entstanden.

bb) Wer für 30.000 € ein Kraftfahrzeug kauft und mit legalen 20.000 € sowie gestohlenen 10.000 € bezahlt, wird dessen Eigentümer. Gegenstand der tatbestandlichen Selbst-Geldwäsche sind allein 10.000 €, einziehbar gegen den Verkäufer nur bei dessen Bösgläubigkeit. Das Kraftfahrzeug ist zwar kontaminiert, aber kein Tatobjekt dieser Selbst-Geldwäsche, weil es nicht der Vortäter in Verkehr gebracht hat, sondern er insoweit lediglich eine Umschichtung im eigenen Vermögen vornahm (betriebswirtschaftlich: Aktivtausch). Solange es sich in seinem Vermögen befindet, dient es lediglich als Haftungsobjekt für die gegen ihn anzuordnende Einziehung des Werts des Diebesguts.

Bei Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten ist das Kraftfahrzeug als Ganzes Objekt der Selbst-Geldwäsche des Vortäters, wenngleich schadensrechtlich nur in Höhe von 10.000 €. Beim Zweiterwerber kann es nicht eingezogen werden, vgl. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB. Bei ihm ist es auch kein Tatobjekt mehr wie zuvor beim Veräußerer. Letzterer haftet zwar neben § 73c

<sup>38</sup> Der Sache nach für die Kollision zwischen §§ 73 Abs. 1, 73c S. 1 und § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 insbesondere lit. b StGB BGH, Beschl. v. 28.5.2020 – 3 StR 364/19, Rn. 16-37, sehr deutlich Rn. 36, BGHSt 65, 28; ausdrücklich BGH, Beschl. v. 1.7.2020 – 2 StR 560/18, Rn. 22, NSTZ 2021, 96; s.a. BGH, Beschl. v. 22.8.2019 – 1 StR 205/19, Rn. 6, NSTZ-RR 2019, 379; BGH, Beschl. v. 4.9.2019 – 1 StR 579/18, Rn. 50, wistra 2021, 76.

§ 1 StGB auch aus § 74c StGB auf dessen Wert, insgesamt aber nur einmal. Weil die Eigenschaft als Tatobjekt nur in Höhe von 10.000 € dem Recht widerspricht, muss sich auch die Haftung aus § 74c StGB auf diesen Betrag beschränken. Bei Veräußerung an einen Bösgläubigen begeht der Vortäter zwar keine Selbst-Geldwäsche, wohl aber macht sich der Erwerber nach § 261 StGB strafbar. Objekt dieser Tat ist der Kraftwagen. Aber auch hier ist die Güterzuordnung nur im Umfang von 10.000 € gestört und damit in dem Maße, wie der Wagen auch den Wert des ursprünglichen Diebesguts repräsentiert. Damit haften Erwerber wie Veräußerer jedenfalls in Höhe von 10.000 €. Einigt sich mindestens einer von beiden mit dem Bestohlenen auf einen Vergleich über 5.000 € und erfüllt ihn, so scheidet zumindest die Einziehung des Werts von Taterträgen aus, § 73e Abs. 1 S. 1 StGB.

Würde in solcher Lage die Anordnung bloß des Vorrangs der §§ 73 ff. StGB in § 261 Abs. 10 S. 2 StGB den Weg zur Einziehung des gesamten Kraftfahrzeugs als Tatobjekt eröffnen, so zeitigte das zumindest in zweierlei Hinsicht mit § 73e Abs. 1 S. 1 StGB unvereinbare Ergebnisse: In Höhe von 5.000 € würde der zahlende Zweiterwerber doppelt in Anspruch genommen (unter Berücksichtigung des Kaufpreises sogar dreifach) und zudem würde die Vergleichsfreundlichkeit der Vorschrift. Das kann folglich nicht gemeint sein. Vielmehr muss das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 261 Abs. 10 S. 2 i.V.m. 73e Abs. 1 S. 1 StGB die Anwendung von § 261 Abs. 10 S. 1 StGB sperren: Auch die Einziehung als Tatobjekt scheidet aus.

### c) Bedeutung von § 261 Abs. 10 S. 1 StGB

§ 261 Abs. 10 S. 1 StGB erlangt Bedeutung, sofern der Wert des Ertrags aus der Vortat beim Geldwäscher abzuschöpfen ist: Würde er Teil eines wertvolleren Gegenstands, so kann dieser als Tatobjekt eingezogen werden. Die Parallele zu § 73b Abs. 2 StGB liegt auf der Hand. Dort ist allerdings die Grenze des Werts der Taterträge als Anwendungsvoraussetzung konstruiert, während sie sich hier erst bei der Verteilung auswirkt: Da dem Geldwäscher nicht mehr als der Wert des Ertrags aus der Vortat entzogen werden darf, ist der Übererlös an ihn auszukehren. Der Eigentumserwerb nach § 75 Abs. 1 StGB steht dann unter der Bedingung der Verwertung. Die von der StrVollStrO zugelassene Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Hand beschränkt sich hier daher auf Gegenstände im Maximalwert des Ertrags aus der Vortat.

Die Sperrwirkung löst auch das Verhältnis der Haftung von Vortäter und Geldwäscher untereinander in befriedigender Weise – und das selbst bei Beschränkung der Gesamtschuldnerschaft auf dieselbe Handelsstufe: Leistet der Geldwäscher, so befreit das den Vortäter, § 73e Abs. 1 S. 1 StGB. Befriedigt hingegen der Vortäter den Verletzten, so kommt dies dem Geldwäscher zu Gute, §§ 261 Abs. 10 S. 2 i.V.m. § 73e Abs. 1 S. 1 StGB.

### d) Rudimentäre Behandlung in Gesetz und Rechtsprechung

Zu all dem schweigt das Gesetz. Ob sich diese den Interessen aller Beteiligten gerecht werdende Interpretation forensisch durchsetzen wird, ist daher offen. Ohne Sperrwirkung führte die Beschränkung der Gesamtschuldnerschaft auf dieselbe

Handelsstufe zu exponentieller Steigerung der einziehungsfähigen Beträge: Beim Schleusen durch zehn verschiedene selbständige Vermögenskreise wäre es das Zehnfache des Ertrags aus der Vortat. Das kann wiederum nicht richtig sein und zöge zumindest das Erfordernis eines Regelbeispiels unverhältnismäßiger Vollstreckung im Fall erreichten Tatertrags in § 459g Abs. 5 S. 1 StPO nach sich.

Die Existenz des § 261 Abs. 10 S. 1 StGB belegt immerhin für sich, dass der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass gegenüber demselben Betroffenen ein den Wert des Tatertrags überschreitender Betrag wenn überhaupt, dann nur im Wege der Einziehung nach § 74 StGB abgeschöpft werden kann. Eben diese Erweiterung hat auch die Rechtsprechung bereits als Problem identifiziert.<sup>39</sup> Im entschiedenen Fall wies sie für den zweiten Rechtsgang auf die Zulässigkeit einer Berücksichtigung dieses Umstands über die Verhältnismäßigkeitsvorschrift des § 74f StGB hin. Das mag im Einzelfall zu einer pragmatisch-sachangemessenen Lösung beitragen, setzt aber die Einziehung als Tatobjekt voraus, weil die Vorschrift auf die Einziehung von Taterträgen nicht anwendbar ist. Der vom BGH aufgezeigte Weg berührt demnach das Verhältnis zwischen § 261 Abs. 10 S. 1 und S. 2 StGB weder noch klärt er es.

### 10. § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 lit. f StGB (Geldwäsche)

Ein Redundanzproblem kann sich in den Fällen des § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 lit. f StGB stellen. Die selbständige erweiterte Einziehung (non-conviction-based confiscation-order) ist nur eröffnet bei Verdacht einer Katalogtat gemäß § 76a Abs. 4 S. 3 StGB. Besteht dieser Verdacht, so ist die Einziehung (unter weiteren Umständen) zulässig, ohne dass sich die Herkunftstat in irgendeiner Weise näher konkretisieren lassen müsste. Kommt als Katalogtat jedoch Geldwäsche in Betracht, § 76a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 lit. f StGB, so setzt der Anfangsverdacht einer Straftat nach § 261 StGB auch voraus, dass er sich auf eine oder mehrere Vortat(en) bezieht. Zwar reicht dafür nach der Neuregelung im März 2021 jeder Straftatbestand aus, ohne dass allerdings eine Angleichung an die Regelungstechnik des § 76a Abs. 4 StGB erfolgt wäre. Demzufolge muss sich zwar eine Vortat nicht in allen Einzelheiten abzeichnen, darf aber – wie vor der Novellierung – nicht auch ihrer Art nach und gemäß gewisser konturierender Umstände völlig im Dunkeln bleiben.

Dieser Spagat ist bereits theoretisch nur schwer zu bewältigen. In der Praxis besteht deshalb die Neigung, sich um eine mögliche Geldwäschevortat keinerlei Gedanken zu machen und insbesondere allein aus dem Besitz größerer Mengen Bargeld auf Geldwäscheverdacht zu schließen. Typischerweise enden die strafrechtlichen Ermittlungen gem. § 170 Abs. 2 StPO, allerdings verbunden mit einem Antrag auf selbständige Einziehung. Dass diese Handhabung die Beschränkungen des § 76a Abs. 4 StGB aushebelt, liegt auf der Hand – und ist doch allzu häufig geübte Praxis.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2021 – 2 StR 185/20, insbes. Rn. 56 ff., NJW 2022, 1028.

### III. Verfahrensrecht

Nicht alle, aber doch wesentliche der angeführten materiellrechtlichen Ungewissheiten oder Unstimmigkeiten schlagen auf das Verfahrensrecht durch. Zudem enthält es auch selbst manche Unklarheit.

#### 1. Sicherungsinstrument

Das Gesetz zur Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hat den Dualismus der Sicherungsinstrumente aus dem früheren Recht beibehalten. Detailregelungen auch der Beschlagnahme (§§ 111b - 111d StPO) sind allerdings neu und aus dem früheren, dem Zivilprozessrecht entlehnten dinglichen Arrest wurde der strafprozessual selbstständige Vermögensarrest (§§ 111e - 111i StPO).

Die Beschlagnahme ist für den Tatertrag im Original konzipiert, korreliert also mit §§ 73 Abs. 1 und 74 StGB. Demgegenüber besteht das materiellrechtliche Pendant zum Vermögensarrest in der ersatzweisen Einziehung des Werts von Taterträgen, § 73c S. 1 StGB bzw. von in § 74c StGB erfassten Gegenständen. Allerdings kennt das Gesetz Mischformen, in denen nicht-Original-Tatertrag gegenständlich eingezogen werden kann oder muss.

#### a) Anwendungsprobleme aufgrund zweier Sicherungsinstrumente

Am Anfang eines Ermittlungsverfahrens ergriffene Sicherungsmaßnahmen beruhen typischerweise auf noch recht ungesicherter Tatsachenbasis. Die Quelle entdeckten Bargelds ist dessen Fund nicht anzusehen. Demgemäß besteht ein veritables Bedürfnis der Ermittlungsorgane, rechtsicher zugreifen zu können. Dies ist bislang nicht gewährleistet. Nehmen Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft eine Beschlagnahme in eigener Kompetenz vor, so ist diese rechtlich unwirksam, war die Sicherung allein als Vermögensarrest gesetzlich zulässig. Ein solcher bedarf aber auch im ohnehin seltenen Eilfall der zumindest staatsanwaltschaftlichen Anordnung.

Aber nicht nur die beim ersten Zugriff handelnden Polizeibeamten stehen vor einer ungewissen Rechtslage, sondern auch Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter. Das gilt im Besonderen, steht eine der gesetzlich vorgesehenen Mischformen in Rede, in denen Nicht-Tatertrag gegenständlich eingezogen werden darf oder muss. Die Praxis neigt der sinnlich fassbareren Beschlagnahme zu, riskiert damit aber Sicherungslücken, weil das Veräußerungsverbot nicht insolvenzfest ist.

Der für Zweifelsfälle einzig rechtlich sichere Weg ist der des Vermögensarrests, weil im Fall notwendiger Umwandlung in eine Beschlagnahme die Identität des Veräußerungsverbots gewahrt bliebe. Das Gesetz schweigt auch dazu und lässt die Praxis allein - sowohl die den ersten Zugriff vornehmenden Polizeibeamten als auch Staatsanwälte, Ermittlungsrichter und die Verteidigung. Die Probleme ziehen sich bis in die Hauptverhandlung, die Rechtsmittelinstanz und die Vollstreckung hinein.

#### b) Grenzen pragmatischer Lösungsversuche

Wo Pragmatismus waltet, lassen sich zwar manche Unzuträglichkeiten mittels einvernehmlicher Regelung vermeiden. Er stößt jedoch spätestens bei Mangelfällen an seine rechtlichen Grenzen. Wurde Tatertrag nur teilweise sichergestellt, so hängt die Zulässigkeit der Beschlagnahme von der Zuordnung zu bestimmten Straftaten ab. Ist dies wie in Mischfällen nicht möglich, so ist rechtlich nur der Weg über den Vermögensarrest eröffnet. Zumindest dann, wenn feststeht, dass es sich zwar um Ertrag aus verschiedenen Straftaten handelt, diese aber sämtlich Gegenstand des konkreten Verfahrens sind, billigt selbst der BGH den rechtlich so nicht vorgeprägten Weg gegenständlicher Einziehung ebenso wie in den Fällen des § 73a StGB, in denen nicht zuordnungsfähige Taterträge vorgefunden werden. Dies leistet der Praxis Vorschub, die allein aus Gründen sinnlich fassbarer Handhabung die Beschlagnahme dem Vermögensarrest vorzieht.

Das führt im Insolvenzfall wegen der konträren Konsequenzen beider Instrumente zu untragbaren Folgen. Das mit der Beschlagnahme verbundene Veräußerungsverbot, § 111b Abs. 1 S. 1 StGB, ist in das Insolvenzverfahren verlängert, § 111b Abs. 1 S. 2 StGB. Demgegenüber tritt das mit Vollziehung des Vermögensarrests wirksam werdende Veräußerungsverbot, § 111h Abs. 1 S. 1 StPO, (systemgerecht) mit Insolvenzeröffnung außer Kraft, § 80 Abs. 2 S. 1 InsO. Umgekehrt kann nur ein in Vollziehung eines Vermögensarrests entstandenes Sicherungsrecht (Arrestpfandrecht oder Sicherungshypothek) insolvenzfest werden, § 111 h Abs. 1 S. 2 StPO, was sich allerdings nach zumindest einer Tat mit individuellem Verletzten in den Fällen des § 111i StPO nicht auswirkt, weil dann die in Vollziehung des Vermögensarrests erwirkten Sicherungsrechte mit Einsetzen des Insolvenzbeschlags erlöschen. Den Verletzten bleibt in diesem Fall allein die Hoffnung auf die typischerweise geringe Insolvenzquote, während sie nach Beschlagnahme mit vollständiger Befriedigung rechnen können.

Zwar fällt nicht jeder Straftäter in die (Privat-)Insolvenz. Gerade Vermögensdelikte beruhen aber nicht selten auf entweder Finanznot oder Geldgier. Weil letztere gern mit Verschleierungsmaßnahmen verbunden wird, ist empirisch die Sicherstellung des gesamten Ertrags doch eher die seltene Ausnahme. Daher stellt sich nach den allermeisten Vermögensdelikten die Insolvenzfrage. Die Wahl des zutreffenden Sicherungsmittels ist demgemäß zwar rein strafrechtlich keine im Vordergrund stehende, vermögensrechtlich für die Verletzten aber ggf. von ausschlaggebender oder sogar existenzieller Bedeutung. Angesichts dessen besteht ein ebenso großer wie bestenfalls in Ansätzen befriedigter Bedarf nach einem einfach und rechtssicher zu handhabenden, am besten einheitlichen Sicherungsinstrument.

#### 2. Verdachtsgrad und Zeitmoment

##### a) Fokussierung der Praxis auf Sicherung der Einziehung

Dem Gesetzgeber war durchaus bewusst, dass insbesondere die Tatsachenbasis in Fällen des ersten Zugriffs noch unsicher ist. Deshalb hat er den Ermittlungsbehörden Zeit zu

vertiefter Klärung eingeräumt. Wie im aufgehobenen Recht genügen für die Anordnung sowohl einer Beschlagnahme als auch eines Vermögensarrests tatsächliche Anhaltspunkte im Ausmaß eines Anfangsverdachts. Der Gesetzesbegründung ist allerdings auch zu entnehmen, dass in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen an die Einziehungserwartung mit zunehmendem Zeitablauf steigen. Das Reformgesetz 2017 hat zwar den früheren starren Prüfungsplan des § 111b StPO a.F. abgeschafft, dabei aber auf die Fortgeltung von dessen Maßstäben als Unteraspekte des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgebot hingewiesen. Gleichwohl hat sich die Praxis deutlich gewandelt. Obgleich einfache Gründe zwar das Ergreifen, nicht aber auf Dauer auch das Aufrechterhalten vorläufiger Sicherungsmaßnahmen zu rechtfertigen vermögen, reichen sie manchem Gericht auch nach längerem Zeitablauf aus, nicht selten nebst floskelhafter Bejahung der Verhältnismäßigkeit. Das wird dem Gesetz nicht gerecht. Eine Klärung seitens des BGH ist nur in Staatsschutzsachen und damit lediglich partiell, aber nicht für sämtliche praxisrelevanten Situationen möglich.

Die Sorge von Staatsanwaltschaften und Gerichten, Zurückhaltung bei der Anwendung der Sicherungsinstrumente verhindere die etwaige spätere Vollstreckung, führt i.V.m. dem Eigeninteresse an der Vermeidung dieser Folge dazu, die Gefährdung für die Durchsetzung einer noch ausstehenden Einziehungsentscheidung überzubetonen, während im Gegensatz dazu durchaus berechnete Interessen der de jure unschuldigen Betroffenen, die es als Drittbetroffene auch bleiben können, zu bagatellisieren. Da insbesondere in Fällen mehrerer Beteiligter die Ermittlungen selten anders als komplex und damit langwierig sind, bilden vorläufige Sicherungen über mehrere Jahre hinweg alles andere als seltene Ausnahmen. Eingefroren ist bei der Arrestvollziehung recht häufig das gesamte Vermögen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen. Vor Ablauf von zwei Jahren<sup>40</sup> sind Gerichte jedoch selbst bei Ermittlungsstillstand oder fehlendem Erkenntnisfortschritt nur ausnahmsweise bereit, die Konsequenz der Aufhebung der Sicherungsmaßnahme zu ziehen. Das auch nach solcher Dauer häufig noch feststellbare Verständnis für objektiv nachlässige Ermittlungen dürfte nur vom Ergebnis her erklärlich sein: der erstrebten Einziehung.

### b) Belastungen insbesondere Drittbetroffener

Bei erheblichen Verdachtsmomenten, insbesondere eines Delikts mit individuellem Verletzten und dringender Einziehungserwartung, kann die Aufrechterhaltung vorläufiger Maßnahmen auch über Jahre hinweg durchaus verhältnismäßig sein. Demgegenüber ist jedenfalls in Bezug auf Ertrag aus Gemeindelikt die Möglichkeit, mit zunehmendem Zeitablauf den berechtigten Interessen Betroffener Achtung zu verschaffen, im geltenden Recht zu wenig ausgeprägt. Hatte die öffentliche Hand daraus keinen Vermögensschaden erlitten, ist der Betroffene aber aufgrund der Sicherstellung erheblichen Einschränkungen seines Lebensstandards ausgesetzt, so wiegen seine berechtigten Interessen nicht weniger als das öffentliche Interesse an der Abschöpfung. Das betrifft hauptsächlich unverdächtige Drittbetroffene, nicht weniger aber auch solche Täter oder Teilnehmer, die trotz

Entreichung einziehungssichernden Maßnahmen aus einem exorbitant hohen und ihr Vermögen weit überschreitenden Vermögensarrest ausgesetzt sind. Sie sind – von heute auf morgen – als de jure Unschuldige oft über Jahre hinweg auf Sozialhilfeniveau gesetzt.

Das Gesetz stellt auf die Sicherung der Vollstreckung aus der späteren Einziehungsentscheidung ab. Diese steht allerdings auch unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, § 459g Abs. 5 S. 1 StPO. Wortlautgetreuer Anwendung gemäß bedarf es demnach schon bei der Anordnung vollstreckungssichernder Maßnahmen, insbesondere einem Vermögensarrest, der Berücksichtigung der späteren Vollstreckungssituation, soweit sie absehbar ist. Sie entfaltet folglich eine Vorwirkung für die Sicherungsfunktion. Demgegenüber interpretiert die herrschende Meinung das Abstellen auf die Vollstreckungssicherung als schlichte Zielbeschreibung ohne restringierenden Inhalt. Das ist schon de lege lata unzutreffend, bedarf jedoch aufgrund der gegenteiligen Praxis ausdrücklicher gesetzlicher Klarstellung.

### c) Übersicherung und Gesamtschuld

Ungeregt ist auch der Umfang der Vollziehbarkeit angeordneter Vermögensarreste in Fällen der Gesamtschuld. Das offen vertretene Interesse der Justiz besteht darin, möglichst jedes Risiko für die Vollstreckung des gesamten

Tatertrags auf Null zu reduzieren. Das LG Leipzig<sup>41</sup> hielt aufgrund der typischerweise bei Zwangsverwertung ausbleibenden Realisierung des Verkehrswerts die Sicherung von Werten im Umfang von etwa 4 Millionen € bei einem Schaden von unter 2 Millionen € für durchaus angemessen. Das LG Berlin<sup>42</sup> judizierte, es dürfe jeder Vermögensarrest gegen jeden Mitbeschuldigten in voller Höhe vollzogen werden, ohne dass Überpfändung bei Erreichen der Summe des Werts des gesamten Tatertrags einträte. Der Vorschlag,<sup>43</sup> die Beschuldigten sollten sich entweder einigen oder erklären, das bei ihnen Gesicherte hafte auch für den Wert von Taterträgen, die lediglich in die (Mit-)Verfügungsgewalt anderer gelangt wären, hätte allerdings abenteuerliche Folgen, u.a. dass selbst Freigesprochene die finanziellen Folgen der Straftaten Dritter selbst dann tragen müssten, wenn diese weiterhin im Besitz des Tatertrags oder dessen Wert wären, ihn aber dem Zugriff der Strafjustiz entzögen.

Dem Verwertungsinteresse der Strafjustiz muss selbstverständlich Rechnung getragen werden. Mindestens das gleiche Verständnis für seine berechtigten Interessen darf aber

<sup>40</sup>Vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 12.4.2018 – 20 Ws 42/18, StraFo 2018, 350; OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.6.2018 – 3 Ws 425/17, Rn. 8; LG Bremen, Beschl. v. 22.11.2019 – 4 Qs 391/19 (334 Js 18858/18), StraFo 2020, 22; LG Düsseldorf, Beschl. v. 3.8.2020 – 018 Qs – 140 Js 489/17 – 30/20; OLG Nürnberg, Beschl. v. 31.8.2021 – Ws 718/21, Rn. 13-16, StraFo 2021, 469.

<sup>41</sup>LG Leipzig Beschl. v. 22.10.2020 – 13 Qs 68/20, medstra 2021, 129.

<sup>42</sup>LG Berlin, Beschl. v. 16.12.2020 – 514 Qs 29/20, Rn. 15, NZWiSt 2021, 286.

<sup>43</sup>Rettko, NZWiSt 2021, 288.



auch ein (de jure unschuldiger) Betroffener erwarten, ist doch verfassungsrechtlich der mit der Vornahme einer vorläufigen Sicherungsmaßnahme verbundene Eingriff in seine Grundrechte rechtfertigungsbedürftig und nicht umgekehrt die Aufhebung der Vollstreckung. Es bedarf des ausgewogenen Austarierens der unterschiedlichen Interessen.

### 3. Weitere kleine Strukturprobleme

#### a) § 111d Abs. 1 S. 2 StPO

§ 111d Abs. 1 S. 2 StPO verlängert das mit Beschlagnahme verbundene Veräußerungsverbot in das Insolvenzverfahren. Die Vorschrift ist allgemein formuliert. Nach ihrem Wortlaut gilt sie folglich auch für Gemeindelikte. Dies entspricht jedoch nicht der ratio legis. Diese besteht darin, Verletzten die Rückgewähr auch dann zu ermöglichen, wenn sie tatbedingt ihr Eigentum verloren haben. Die Verlängerung für Gemeindelikte ist deshalb unstimmg und mit den Zielen des Reformgesetzes 2017 nicht zu vereinbaren: Sie führt zu einer Minderung der Insolvenzmasse zugunsten des Justizfiskus, obwohl dieser aufgrund der Tatbegehung keine Vermögenseinbuße erlitten hat. Die Leidtragenden sind die allgemeinen Gläubiger des Betroffenen. Diese Folge lässt sich zwar de lege lata mittels teleologischer Reduktion vermeiden. Bis darüber Konsens erzielt sein wird, wird es jedoch dauern, sodass sich eine gesetzliche Klarstellung anbietet.

#### b) § 111h Abs. 1 S. 2 StPO

Vergleichbares gilt für § 111h Abs. 1 S. 2 StPO. Die Bestimmung besagt, dass Sicherungsrechte, die in Vollziehung eines Vermögensarrests entstanden sind (Arrestpfandrecht, Sicherungshypothek) nach den Bestimmungen der InsO insolvenzfest werden können. Während § 111i Abs. 1 StPO für Fälle, in denen der Vermögensarrest auch der Sicherung der Vollstreckung des aus mindestens einem Individualdelikt generierten Tatertrags dient, das Außerkrafttreten der Sicherungsrechte mit Wirksamwerden des Insolvenzbeschlags anordnet, um auf diese Weise die Gleichbehandlung sämtlicher ungesicherter Gläubiger zu sichern, fehlt für Vermögensarreste, die ausschließlich die Vollstreckung des Werts von Taterträgen aus Gemeindelikten sichern, eine entsprechende Anordnung: Der Justizfiskus hält sich für *gleicher* und der Gesetzgeber meinte, es ihm nicht zumuten zu können, ebenso wie unbeteiligte Allgemeingläubiger die Lasten der Insolvenz des Betroffenen mitzutragen.

Auch hier steht dem mit der Einziehung des Werts von Taterträgen verbundenen Vermögenszuwachs kein der öffentlichen Hand entstandener Schaden gegenüber. Der Vorteil des Justizfiskus steht die überproportionale Belastung der allgemeinen Gläubiger des Betroffenen auch in dieser Konstellation gegenüber. Der Widerspruch zu den insolvenzrechtlichen Wertungen ist eindeutig. § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO ordnet den Nachrang strafrechtlicher Einziehungsentscheidungen an. Diese wertende Entscheidung zugunsten der Gläubigergemeinschaft hebt § 111h Abs. 1 S. 2 StPO aus – allein schon für den Fall der Vollziehung eines Vermögensarrests als vorläufiger Maßnahme, aber nicht etwa allgemein, sondern als Privilegierung ngs nur des Justizfiskus'. Dafür gibt es weder

einen sachlichen Grund, noch ist dies mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz in Übereinstimmung zu bringen.

#### c) Verletztenbegriff

Der Mangel des formalen Abschöpfungsrechts der StPO an klaren Regelungen darüber, welche Vorschrift welche Personen aus dem großen Kreis tatsächlicher oder potentieller Verletzter adressiert, wurde mit dem am 1.7.2021 in Kraft getretenen StPO-Fortentwicklungsgesetz deutlich sichtbar. Es führte in § 373b StPO eine allgemeine verfahrensrechtliche Definition des Begriffs des *Verletzten* ein. Diese EU-rechtlich induzierte Vorschrift hat allerdings die allgemeinen Beteiligungsrechte Verletzter am Verfahren im Blick. Weil dieser Personenkreis nicht deckungsgleich ist mit denjenigen, die abschöpfungsverfahrensrechtlich gemeint sind, ersetzte der Gesetzgeber insoweit den Begriff des Verletzten durch allgemeine Umschreibungen (z. B. *wer* oder *der Anspruchsberechtigte*). Es diene der Rechtsklarheit, würde der Gesetzgeber selbst festlegen, wo sämtliche materiellrechtlich Verletzten gemeint sind, nur arrestsummenbestimmende und/oder forderungsverfolgende Anspruchsinhaber. Damit beendete er das Rätselraten der Praxis.

#### d) § 111n StPO

Die detaillierteren Regelungen des an Stelle des (wenig praktikablen) § 111k StPO a.F. getretenen § 111n StPO verleiten Theorie wie Praxis, darin eine Rechtsgrundlage für die jeweils anstehende Herausgabeentscheidung zu suchen – und stoßen auf unregelte Situationen, z. B. im Fall gutgläubigen Erwerbs einer Person, die den aus einer Straftat stammenden Gegenstand in Besitz oder Gewahrsam hat, § 932 BGB, bzw. des Eigentümers nach erloschenem Besitzrecht dessen, dem der Gegenstand tatbedingt entzogen worden war. Da § 111n StPO zudem nur der vorläufigen Regelung des Besitzes dient, betrachten Gerichte gern sämtliche nicht auf den ersten Blick eindeutige Situationen als dem Anwendungsbereich des § 111n StPO entzogen und verweisen dann Verletzte oder sonstige Berechtigte auf den Zivilrechtsweg. Die Notveräußerung kann zwar weitere Aufbewahrungskosten vermeiden, nicht aber die Verschiebung der Herausgabe auf den Sankt Nimmerleinstag.

Diese Regelungstechnik wird dem Charakter vorläufiger Sicherstellung als Grundrechtseingriff nicht gerecht. In allen Fällen des § 111n StPO ist es strafprozessual nicht mehr erforderlich, den gesicherten Gegenstand dem Berechtigten vorzuenthalten. Das Besitzrecht der Justiz ist deshalb erloschen. Demgemäß besteht die Amtspflicht zur Herausgabe an den Berechtigten. Es ist deshalb von vornherein ausgeschlossen, die Herausgabe an diesen von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Steht die Empfangsberechtigung des Berechtigten fest, so muss Herausgabe an diesen sofort erfolgen.

Allerdings kann es Streit unter verschiedenen Prätendenten über die beste und damit durchschlagende Berechtigung geben. In einem solchen Fall hat die Strafjustiz zumindest einfache Rechtsfragen selbst zu klären, ist ihr doch z. B. für die Anordnung vorläufiger Maßnahmen in § 111j Abs. 2 S. 4 und

für deren Vollziehung in § 111k Abs. 3 StPO die Klärung ggf. sogar schwieriger zivilrechtlicher Fragen zugewiesen, wie sie sich in Situationen der Drittwiderspruchsklage ohne weiteres ergeben können. Nur in Fällen besonders schwieriger, komplexer und ungeklärter Rechtsfragen ist es legitim und den verschiedenen Beteiligten zuzumuten, deren Beantwortung der zivilen Fachjustiz zu überlassen. Im Übrigen muss hier die schnelle Herausgabe aufgrund des erloschenen Besitzrechts des Justizfiskus im Vordergrund stehen.

### e) Rechtstellung des Einziehungsbeteiligten und Nebenbetroffenen

Die Strafjustiz war bis zum 30.6.2017 auf die Festsetzung von Strafen und ggf. die Sicherung ihrer Vollstreckung fokussiert. Vermögenszuordnende Entscheidungen hohe Werte betreffend hatte sie aufgrund des § 73 Abs. 1 S. 2 StPO a.F. nicht zu treffen, weil diese Vorschrift Vermögensdelikte dem Recht des seinerzeitigen Verfalls zugunsten der Rückgewähr an Verletzte entzogen hatte. Wie insbesondere in der Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH<sup>44</sup> im Fall Sig Sauer deutlich wurde, können sich Einziehungsentscheidungen nunmehr allerdings auf Eurosummen in zweistelliger Millionenhöhe (oder gar noch mehr) beziehen. Wird darüber zivilrechtlich entschieden, so stehen sich Kläger und Beklagte mit gleichen Rechten und Lasten gegenüber.

aa) Das kann für einen beweisbelasteten Kläger zu Beweisnot führen. Die Zivilrechtsprechung hat dem jedoch mit der Entwicklung des richterrechtlichen Instituts der sekundären Beweisführungslast in erheblichem Maße Rechnung getragen. Eine Bewertung dieses Rechtsinstituts aus dem Blick des Strafrechts verbietet sich natürlich. Jedenfalls kann es für den Verletzten durchaus günstiger sein, sein Recht strafprozessual unter Geltung des Amtsermittlungsprinzips zu verfolgen. Dazu kann er – unabhängig vom vereinfachten Opferentschädigungsverfahren, §§ 111h Abs. 2, 111k StPO – Neben- und Adhäsionsklage erheben (wenngleich von Gerichten ungeliebt).

bb) Das bedeutet umgekehrt für den Beklagten in seiner Rolle als Einziehungsbeteiligter oder auch nur Nebenbetroffener eine deutliche strukturelle Verschlechterung seiner Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber einer Entscheidung im Zivilverfahren. Umso nötiger wäre es, die nicht vorhandene Waffengleichheit strafprozessual entweder herzustellen oder zumindest auszugleichen. Stattdessen verweigert das Strafverfahrensrecht dem Einziehungsbeteiligten ebenso wie dem Nebenbetroffenen eine Verteidigung insoweit, wie die Straftat selbst Entscheidungsvoraussetzung ist. Eigene dahingehende Beweisanträge lässt § 430 Abs. 2 StPO nicht zu. Gleiches gilt für darauf gestützte Rechtsmittel, § 431 Abs. 1 StPO.

cc) Dies eröffnet dem Angeklagten Spielräume, die er sowohl zugunsten des Einziehungsbeteiligten oder Nebenbetroffenen als auch umgekehrt zugunsten des Verletzten nutzen kann. Dieser erhebliche Einfluss des Angeklagten auf vermögenszuordnende Entscheidungen ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt unverständlich, dass er selbst nach dessen rechtskräftiger Verurteilung dauerhafte Rechtswirkungen zeitigen kann. Angesichts der hohen Summen, über die

in, wenngleich statistisch wenigen, aber doch bedeutsamen Verfahren entschieden wird, ist es dringend geboten, Einziehungsbeteiligten und Nebenbetroffenen eine ihrem Risiko angemessene strafprozessuale Rechtstellung zu verschaffen.

dd) Dies gilt für die Hauptverhandlung, für welche der BGH nicht nur die Einschränkung des beweisbedeutsamen Verfahrensstoffs gebilligt, sondern es auch für ausreichend angesehen hat, dass eine Gesellschaft als Einziehungsbeteiligte vom Angeklagten als ihrem Organ einzelvertreteten wurde und zwar selbst dann, wenn dieser das überhaupt nicht beabsichtigte.<sup>45</sup> Die Rechtstellung eines Nebenbetroffenen ist stiefmütterlich.

Noch geringer sind die Beteiligungsrechte in den der Hauptverhandlung vorgelagerten Verfahrensstadien. Im Ermittlungsverfahren sieht das Gesetz lediglich ein wenig effektives Anhörungsrecht vor, § 426 Abs. 1 StPO. Nach Anklageerhebung sieht das Gesetz vor, dass das Gericht die Einziehungsbeteiligung, § 424 Abs. 1 StPO, bzw. die Beteiligung als Nebenbetroffener, § 438 Abs. 1 StPO, anordnet. Faktische Voraussetzung dafür ist, dass das Gesetz jemanden als Einziehungsbeteiligten oder Nebenbetroffenen betrachtet. Die Praxis zeigt, dass die gerichtliche Einschätzung sich nicht immer mit derjenigen deckt, die sich für Einziehungsbeteiligte oder Nebenbetroffene halten. Eine Möglichkeit, die eigene Beurteilung als Einziehungsbeteiligter oder Nebenbetroffener gerichtlich geltend zu machen, besteht nur eingeschränkt. § 424 Abs. 4 StPO setzt dafür einen ablehnenden Gerichtsbeschluss voraus. Einen solchen zu fassen, verlangt das Strafverfahrensrecht vom Gericht allerdings nicht. Wenn es dazu keinen Anlass sieht, so braucht es auch keine Entscheidung zu treffen. Obwohl die Anerkennung eigener Rechtsmittelbefugnis Dritter bei Geltendmachung der Beeinträchtigung eigener Rechte eine gewisse Verbesserung darstellt, ist es notwendig, Rechtsgrundlagen für Antragsberechtigung und Entscheidungsverfahren in die StPO zu implementieren.

### f) § 459g Abs. 5 S. 2 StPO

§ 459g Abs. 5 S. 1 StPO sieht die gerichtliche Anordnung des Unterbleibens der Vollstreckung einer Einziehungsentscheidung vor, soweit sie unverhältnismäßig wäre. Dabei handelt es sich nach der gesetzlichen Systematik jedoch lediglich um eine nicht der materiellen Rechtskraft fähige und damit inhaltlich nur vorläufige Entscheidung. Dies ist durchaus angemessen, wenn die Unverhältnismäßigkeit auf zeitlich beschränkten Umständen beruht. Insbesondere in Fällen der Entreichung, die seit dem 1.7.2021 lediglich noch als Anwendungsfall mangelnder Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden kann, wirkt allerdings eine Entscheidung über die Einziehung des Werts nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhandener Taterträge als zumindest Obliegenheit, die zur Erfüllung der ausgeurteilten Einziehungsentscheidung erforderlichen Finanzmittel zu erwirtschaften. Darin liegt be-

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, Rn. 30-55, NZWiSt 2021, 478.

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, Rn. 51, NZWiSt 2021, 478.

reits für sich eine Belastung jenseits des Zwecks der Einziehung zu vermeiden, dass sich Straftaten lohnen.

Umso weniger kann es gerechtfertigt sein, nach einer so begründeten Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung, gemäß § 459g Abs. 5 S.2 StPO die Wiederaufnahme der Vollstreckung anzuordnen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Betroffenen verbessert haben. Angemessen erscheint das Nachholen der Vollstreckung zwar für den Fall, der Entdeckung (gegenständlich oder wertmäßig) beiseitegeschaffter Taterträge, nicht aber, jedenfalls nicht ausnahmslos, falls verbesserte Vermögensverhältnisse auf eigener Anstrengung beruhen oder jedenfalls auf von Straftaten unabhängigen Ursachen.

Im Gegenteil entfaltet die Erwartung nachfolgender Entziehung der Früchte eigener Bemühungen demotivierende Wirkung und birgt eine desozialisierende Gefahr des Abgleitens in die Halbwelt. Zumindest bedarf es einer Differenzierung zwischen Erträgen aus Taten mit und ohne individuellen Verletzten. Letzterenfalls muss es beim Unterbleiben der Vollstreckung sein Bewenden haben. Ersterenfalls könnte den Interessen Verletzter im Wege der Anordnung eines gesetzlichen Pfandrechts an Erbteilen, Vermächtnissen oder Spielgewinnen ausreichend Rechnung getragen werden. Die bisherige Einseitigkeit der Betonung der Abschöpfungsinteressen wird jedoch weder den Belangen Betroffener noch der Allgemeinheit gerecht.

#### g) §§ 459h – 459k StPO

Wie bereits im Zusammenhang mit den verschiedenen Einziehungstatbeständen erläutert,<sup>46</sup> wird der bisherige Anwendungsbereich insbesondere der beiden Absätze des § 459h StPO den vorgelagerten und sich gesetzlicher Regelung ent-

ziehenden Sachstrukturen nicht ausreichend gerecht. Zurückgeführt werden kann nur, was früher innegehabt worden war. Demzufolge kann für die Sondertatbestände, in denen Nicht-Tatertrag gegenständlich eingezogen werden kann, die Entschädigung nach § 459h Abs. 1 StPO nicht angemessen sein und hat deshalb auszuscheiden. Für diese Fälle muss der Anwendungsbereich der §§ 459h Abs. 2 und 459k StPO eröffnet werden.

## IV. Fazit

Obwohl das materielle wie das prozessuale Gerüst der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung tragfähig erscheinen, fügen sich Einzelheiten nicht bruchlos in die gesetzliche Systematik ein. Fehlende definitorische Klarheit auch mancher Grundbegriffe führen zwangsläufig zu Anwendungsschwierigkeiten und Ergebnissen, die inhaltlich nicht zu überzeugen vermögen. Das gesetzliche Streben nach möglichst allumfassender Abschöpfung gebar komplexe, von der Praxis schwer zu handhabende Vorschriften. Fehlende Flexibilität bindet Ressourcen und führt zudem zu desozialisierender Anwendung auf Kleinkriminelle und Nebenfiguren. Eine deutlich auf Schwermriminalität ausgerichtete Fokussierung verspräche hingegen dort, wo es geboten ist, zielgerichtete und bessere Erfolge. Es bedarf deshalb keiner völligen Neukonzipierung, sondern lediglich der Nachjustierung wesentlicher Grundüberlegungen der Reform 2017 mittels Weiterentwicklung, vertiefender Systematisierung und noch zielgenauere Ausrichtung.

<sup>46</sup> Oben II 1 a aa, II 6 a und II 9.

Rechtsanwalt Dr. Yannic Hübner, Frankfurt am Main

## „Vermögenssicherungsmaßnahmen, drohende Existenzvernichtung und Rechtsschutzmöglichkeiten“ \*

„Vermögenssicherungsmaßnahmen, drohende Existenzvernichtung und Rechtsschutzmöglichkeiten“ – bei diesem Titel handelt es sich nicht bloß um eine theoretische Eingrenzung meines Themas. Der Titel beschreibt darüber hinaus eine dramatische Kausalkette in der Praxis strafrechtlicher Ermittlungsverfahren, die nicht selten den unsanften Auftakt in ein wirtschaftsstrafrechtliches Mandat bildet.

So stelle man sich ein geheim angelegtes Ermittlungsverfahren vor – zum Beispiel wegen Steuerhinterziehung in großem Ausmaß oder wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt nach

§ 266a StGB –, bei dem sich nach einiger Zeit die Verdachtslage in den Augen der Ermittlungsbehörden verdichtet und sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Verdächtigen durch Straftaten illegale Erträge erwirtschaftet haben. Am Tag „X“ kommt es sodann zum breit angelegten „Zugriff“, bei dem Betroffene nicht bloß erstmals von dem Umstand eines gegen sie anhängigen Strafverfahrens und den erhobenen Vorwürfen erfahren, sondern bei dem obendrein Wohnungen und Geschäftsräume durchsucht, Konten gepfändet, Grundstücke mit einer Sicherungshypothek belegt, bare Rücklagen beschlagnahmt und ggf. auch weitere Vermögenswerte wie Fahrzeuge, Schmuck oder Forderungen gepfändet werden.

\* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Verf. im Rahmen der Veranstaltung Junges Wirtschaftsstrafrecht 3.0 am 8. Oktober 2021 in Frankfurt am Main. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der Regel das generische Maskulinum verwendet; weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden jedoch ausdrücklich mitgemeint.

Betroffene finden sich von einem Tag auf den anderen in einer absoluten Extremsituation wieder: Offene Rechnungen können nicht beglichen und Kredite nicht bedient werden, ggf. machen Banken von außerordentlichen Kreditkündigungsrechten Gebrauch und stellen offene Kredite fällig (mit entsprechenden weiteren Konsequenzen für das Bonitäts-Scoring); Unternehmensinhaber sind nicht in der Lage, Gehaltszahlungen für Angestellte zu leisten, der Geschäftsbetrieb kommt zum Erliegen, die Unternehmensfortführung wird generell in Frage gestellt und selbst Unterhaltszahlungen scheinen nicht mehr möglich.<sup>47</sup>

Dieser prekären Situation von Beschuldigten möchte ich mich im Folgenden widmen und theoretische, vor allem aber praktische Möglichkeiten für eine erfolgreiche Verteidigungsstrategie thematisieren. Hintergründige materiell-straftrechtliche Bezugspunkte bilden dabei stets § 266a StGB und dessen Begleitdelikte, insbesondere § 370 AO – Delikte, bei deren Verfolgung sich die Probleme des Vermögenssicherungsrechts aufseiten des Betroffenen wie unter einem Brennglas bündeln.<sup>48</sup> Im Einzelnen werden die rechtlichen Grundlagen kurz vorgestellt (I.) und sodann Verteidigungsansätze vertieft, wobei unter Anlehnung an Hassemer zwischen dem „formellen“ Verteidigungsprogramm (II.) und „informellen“ Strategien der Verteidigung (III.) differenziert wird.<sup>49</sup>

## I. Rechtliche Grundlagen

Wenn von Vermögenssicherungsmaßnahmen die Sprache ist, dann ist damit die strafprozessuale Sicherung der späteren strafrechtlichen Einziehung gemeint. Zu differenzieren gilt es dabei zwischen der Beschlagnahme (§§ 111b–111d StPO) und dem Vermögensarrest (§§ 111e–111h StPO). Beide Maßnahmen unterscheiden sich nach dem jeweiligen Zugriffsobjekt:

Gegenstand der Beschlagnahme sind stets einzelne tatverstrickte Vermögensgegenstände (etwa durch die Tat erlangte Juwelen, das konkret erlangte Bargeld oder das Transportfahrzeug einer Betäubungsmittellieferung), auf die isoliert zurückgegriffen werden kann. Die Beschlagnahme dient somit der vorläufigen Sicherstellung späterer Einziehungen nach § 73 StGB (Einziehung von Taterträgen) sowie § 74 StGB (Einziehung von Tatprodukten, -mitteln und -objekten).<sup>50</sup>

Der Vermögensarrest bezieht sich demgegenüber auf das Vermögen als Ganzes. Die §§ 111e ff. StPO ermöglichen also die Pfändung beliebiger Teile des pfändbaren Vermögens, gleich ob diese Vermögensbestandteile inkriminiert sind oder nicht. Vorläufig gesichert werden damit spätere Wertersatzeinziehungen gemäß § 73c oder § 74c StGB. Wegen der damit einhergehenden Eingriffsintensität und der praktischen Relevanz, gerade im Wirtschaftsstrafrecht, soll der Schwerpunkt im Folgenden auf dieser Vermögenssicherungsmaßnahme liegen.

### 1. Anordnungsvoraussetzungen von Beschlagnahme und Vermögensarrest

Die Anordnung von Beschlagnahme und Vermögensarrest folgt im Wesentlichen gemeinsamen Voraussetzungen: Beide Maßnahme erfordern erstens einen Verdacht bezüglich

einer späteren (Wertersatz-)Einziehung, wobei Vermögenssicherungsmaßnahmen bei einfachem Tatverdacht angeordnet werden „können“, bei dringendem Tatverdacht angeordnet werden „sollen“; zweitens erfordert die Anordnung ein Sicherungsbedürfnis („zur Sicherung der Vollstreckung“); drittens die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und viertens unterliegen sie grundsätzlich einem Richtervorbehalt als formeller Anordnungsvoraussetzung, wobei der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug eine Eilkompetenz eingeräumt ist, deren Gebrauch jedoch wiederum eine gerichtliche Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Anordnung innerhalb einer Woche erforderlich macht, sofern jene Anordnung sich nicht auf die Beschlagnahme einer beweglichen Sache beschränkt (§ 111j StPO).

## 2. Rechtsschutz

Beim Blick auf formelle Rechtsschutzmöglichkeiten gilt es bei Beschlagnahme und Vermögensarrest jeweils zwischen Rechtsschutz gegen die Anordnung der Maßnahme und gegen deren Vollziehung zu differenzieren.

Ordnen die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen eine Vermögenssicherungsmaßnahme eigenständig, d.h. ohne richterlichen Beschluss, an (vgl. § 111j StPO), kann es sich im Einzelfall empfehlen, über § 111j Abs. 2 Satz 3 StPO eine Entscheidung des nach § 162 StPO zuständigen Gerichts herbeizuführen. Liegt hingegen ein richterlicher Beschluss vor, kann zur einfachen Beschwerde (§§ 304, 305 S. 2 StPO) gegriffen werden. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur im Fall eines Vermögensarrests zulässig, dessen Arrestbetrag 20.000 EUR übersteigt.

Gegen Maßnahmen, die in Vollziehung der Beschlagnahme oder des Vermögensarrestes getroffen werden, kann der Betroffene stets gemäß § 111k Abs. 3 StPO die Entscheidung des nach § 162 StPO zuständigen Gerichts (d.h. des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren und nach Anklageerhebung die Entscheidung des Gerichts der Hauptsache) beantragen. § 111k Abs. 3 StPO stellt damit zugleich klar, dass sämtliche Maßnahmen im Strafrechtsweg erledigt werden, obwohl die maßgeblichen materiellen Regelungen in dieser Konstellation solche der Zivilprozessordnung sind.<sup>51</sup> Gegen eine über § 111k Abs. 3 StPO erwirkte gerichtliche Entscheidung steht wiederum die Beschwerde gemäß §§ 304, 305 S. 2 StPO als Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung.

<sup>47</sup> Vgl. *Kempf* FS Müller, 229, 332 zu zwei praktischen Beispielfällen.

<sup>48</sup> Näher dazu sogleich unter II.2.; vgl. zudem *Reh* NZWiSt 2018, 20, 21 f.

<sup>49</sup> Vgl. *Hassemer* StV 1982, 377, der auf diese Differenzierung aufmerksam machte und an die Verteidigerpraxis appellierte, diskursiv auch über informelle Strategien zu reflektieren.

<sup>50</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Beschlagnahme zu Beweis Zwecken gemäß § 94 StPO.

<sup>51</sup> Die Sicherung des wirtschaftlichen Existenzminimums richtet sich hier über die kaskadenartigen Verweise des § 111f StPO nach der ZPO; der Sache nach kann es sich im Einzelfall selbst um Entscheidungen handeln, die einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Drittwiderspruchsklage, also Einwendungen Dritter gegen Arrestmaßnahmen, entsprechen. Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler*, StPO, 64. Aufl. 2021, § 111k, Rn. 15.

## II. Verteidigungsansätze: Das formelle Programm

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden Verteidigungsansätze bei Vermögenssicherungsmaßnahmen zur Sprache gebracht werden, beginnend mit dem „formellen Programm“ – das heißt, der Darstellung, Konkretisierung und Kritik am geschriebenen Normenbestand, gewissermaßen also dem „dogmatischen Rüstzeug“ einer erfolgreichen Verteidigung.<sup>52</sup>

### 1. Akteneinsicht

Wie so häufig in strafrechtlichen Verfahren kommt dem Recht auf Akteneinsicht zentrale Bedeutung für Fragen des „Ob“ und des „Wie“ eines Tatsachenvortrags zu. Insbesondere lässt es sich meist (nur) im Wege der Akteneinsicht verhindern, dass die Verteidigung sich in Widerspruch zu nicht angreifbaren Tatsachenfeststellungen setzt. Im Kontext von Vermögenssicherungsmaßnahmen richtet sich ein möglicher Tatsachenvortrag der Verteidigung in der Regel auf die Frage des Tatverdachts und dessen Grad, schließlich bestimmt sich anhand dessen, ob die Vermögenssicherungsmaßnahme angeordnet werden „kann“ oder gar „soll“ (§§ 111b Abs. 1, 111e Abs. 1 StPO).

Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit klargestellt, dass rechtliches Gehör – und damit einhergehend die Einsicht in alle für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit wesentlichen Informationen – spätestens im Beschwerdeverfahren gegen eine Vermögenssicherungsmaßnahme zu gewähren ist. Denn gemäß Art. 103 Abs. 1 GG kann eine für den Betroffenen nachteilige Gerichtsentscheidung jedenfalls in der Beschwerdeinstanz nur auf der Grundlage solcher Tatsachen und Beweismittel getroffen werden, über die dieser zuvor sachgemäß unterrichtet wurde und zu denen er sich äußern konnte.<sup>53</sup> Dem kann seitens der Ermittlungsbehörden auch nicht entgegengehalten werden, die Gewährung von Akteneinsicht gefährde den Untersuchungszweck (§ 147 Abs. 2 S. 1 StPO). Im Einzelnen führt der Zweite Senat dazu aus: „Solange [die Ermittlungsbehörden] es für erforderlich halten, die Ermittlungen dem Beschuldigten nicht zur Kenntnis gelangen zu lassen, müssen sie auf solche Eingriffsmaßnahmen verzichten, die, wie die Untersuchungshaft oder der Arrest, nicht vor dem Betr. verborgen werden können, schwer wiegend in Grundrechte eingreifen und daher in gerichtlichen Verfahren angeordnet und überprüft werden müssen.“<sup>54</sup> Ein „in camera“-Verfahren gibt es im Strafprozess nicht, Geheimhaltungsinteressen der Exekutive wirken hier „in dubio pro reo“.<sup>55</sup> Im Einzelnen reicht insofern die Übermittlung polizeilicher Ermittlungsberichte ebenso wenig aus wie die Beschreibung der verwahrten Beweisstücke; erst Recht nicht ausreichend sind bloße Sachverhaltsschilderungen. Die Verteidigung sollte dabei bedenken, dass Vermögensermittlungen bei den Staatsanwaltschaften häufig unter einem anderen Aktenzeichen geführt werden als die Sachermittlungen. Die Akteneinsicht muss sich jedoch auch auf diese erstrecken.<sup>56</sup>

### 2. Bestimmung des Taterlangten

Die präzise Bestimmung des Taterlangten kann im Einzelfall von großer Bedeutung für die Rechtmäßigkeit einer

Vermögenssicherungsmaßnahme sein. Insbesondere bei vermögensrelevanten Unterlassungstaten wie § 266a StGB stellt sich die Frage, ob der Täter überhaupt etwas „durch die Tat erlangt“ hat. Daran lässt sich etwa bei Schwarzlohnzahlung durchaus zweifeln, denn die Verpflichtung zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen entsteht hier unabhängig von der Tatbestandsverwirklichung und besteht auch über diese hinaus fort, was der Annahme ersparter Aufwendungen grundsätzlich entgegensteht.<sup>57</sup> So besehen hat der Täter also infolge der Tat nicht „mehr in der Tasche“<sup>58</sup> als zuvor.

Die herrschende Rechtsprechung geht in derartigen Konstellationen nichtsdestotrotz vom Vorliegen ersparter Aufwendungen aus, mit dem Argument, bei redlichem Verhalten wäre das Vermögen des Täters unmittelbar um den vorenthaltenen Sozialversicherungsbeitrag gemindert gewesen.<sup>59</sup> Hinsichtlich des Wortlauts von § 73 StGB, der das Erlangen als tatsächlichen Vorgang begreift,<sup>60</sup> scheint dies problematisch. Da die Einziehung von Taterträgen indes nicht als Strafe begriffen wird, dürften vom Verteidiger geltend gemachte Bedenken mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot nicht durchdringen. Für die Situation des Betroffenen stellt sich die Lage somit umso einschneidender dar, denn ihm werden bereits im Rahmen der vorläufigen Sicherung Vermögenswerte entzogen, die ihm tatsächlich nie zugeflossen sind. Zu berücksichtigen bleibt auch nach der Wertung der Rechtsprechung, dass Vermögenswerte, die mit dem ersparten Geldbetrag angeschafft wurden, zumindest nicht als Surrogate der Einziehung unterliegen.<sup>61</sup> Ein kritischer Blick auf die Bestimmung des Taterlangten sollte auch deshalb einen festen Bestandteil des „formellen Programms“ der Strafverteidigung bilden.

### 3. Sicherungsbedürfnis als eigenständige Arrestvoraussetzung

Wirft man einen näheren Blick auf die Anordnungsvoraussetzungen des Vermögensarrests, so erweist sich die Schwelle des einfachen Verdachts einer späteren Einziehung als äußerst gering.<sup>62</sup> Mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen § 266a StGB ist diese in der Regel zugleich mitüberschritten, sodass der Weg zur einschneidenden Maßnahme des Vermögensarrests insoweit eröffnet ist.

<sup>52</sup> Näher zum „formellen Programm“ Hassemer StV 1982, 377.

<sup>53</sup> BVerfG NStZ 2006, 459, 459 f.; BVerfG NJW 2004, 2443, 2444.

<sup>54</sup> BVerfG NStZ 2006, 459, 460.

<sup>55</sup> BVerfG NStZ 2006, 459, 460; vgl. auch BVerfGE 101, 106, 130 = NJW 2000, 1175.

<sup>56</sup> Peters/Bröckers, Vermögensabschöpfung im Strafverfahren, 1. Aufl. 2019, Rn. 461.

<sup>57</sup> S. dazu Bach NZWiSt 2019, 214, 216.

<sup>58</sup> Treffend Reh, NZWiSt 2018, 20, 21 f.

<sup>59</sup> BayObLG NStZ-RR 2021, 44; s.a. OLG Nürnberg BeckRS 2018, 45422, Rn. 13 ff.; LG Rostock BeckRS 2019, 14430.

<sup>60</sup> MüKo-StGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl. 2020, § 73, Rn. 30; BGH NStZ 1997, 262.

<sup>61</sup> BGH NStZ 2016, 465, 465.

<sup>62</sup> Vgl. bereits Kempf FS Müller, 329, 331.

Darüber hinaus sieht die Vorschrift des § 111e StPO jedoch die Formulierung „zur Sicherung der Vollstreckung“ vor. Hieraus folgt – unbestritten – das Erfordernis des Sicherungsbedürfnisses. Was sich dahinter jedoch im Einzelnen verbirgt, ist nicht unumstritten. Die Beantwortung der Frage verlangt eine Befassung mit der Gesetzeshistorie. Denn vor der Reform der Vermögensabschöpfung 2017 sah der Arrest noch einen ausdrücklichen Verweis auf § 917 ZPO vor, welcher den Arrestgrund als Voraussetzung des dinglichen Arrestes expliziert. Nun ist dieser Verweis im Zuge der Reform zwar weggefallen, der Reformgesetzgeber betont in der Gesetzesbegründung jedoch ausdrücklich, dass durch die Streichung des Verweises die Anforderungen an den Sicherungsgrund nicht abgesenkt werden sollten.<sup>63</sup>

Es mutet vor diesem Hintergrund nahezu befremdlich an, dass das *OLG Stuttgart*<sup>64</sup> bei seiner Bestimmung des Sicherungsbedürfnisses nichtsdestotrotz eine ziemlich aushöhlende Tendenz an den Tag legt: Im Einzelnen gebe der Wortlaut nicht länger vor, dass die Vollstreckung ohne den Arrest gefährdet sein müsste; aus der neuen Formulierung ergebe sich vielmehr lediglich ein finales Element der Maßnahme zur Sicherung der Vollstreckung.<sup>65</sup>

Dem haben vor allem das *OLG Hamburg*<sup>66</sup> und das *OLG Schleswig*<sup>67</sup> allerdings einen deutlichen Riegel vorgeschoben. Sie lehnen die Stuttgarter Erwägungen ausdrücklich ab und führen aus, dass die Annahme eines bloßen „finalen Elements“ mit der Neufassung nicht vereinbar sei. Erforderlich seien vielmehr konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ohne Anordnung die Wertersatzeinziehung ernstlich gefährdet wäre. Es bedürfe demnach konkreter Verhaltensweisen des Beschuldigten, mit denen ersichtlich Vorkehrungen zur Verschiebung oder Verschleierung von Vermögenswerten getroffen wurden.<sup>68</sup>

Dies ergibt auch mit Blick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme Sinn, setzt den Willen des Gesetzgebers konsequent um und eröffnet schließlich Verteidigungspotenzial, wenn Ermittlungsbehörden sich über dieses Erfordernis vorschnell hinwegsetzen.

#### 4. (Defizitärer) Pfändungsschutz

An vierter Stelle des „formellen Programms“ komme ich zur Durchsetzung von Pfändungsschutz für den Mandanten. Hier geht es darum, die Auswirkungen der angeordneten Sicherungsmaßnahmen soweit wie möglich abzumildern. Als prozessuales Instrument zur Geltendmachung des Pfändungsschutzes dient gemäß § 111k Abs. 3 StPO der Antrag auf Entscheidung des (nach § 162 StPO zuständigen) Gerichts.<sup>69</sup> Im Kern geht es dabei um die Sicherung des wirtschaftlichen Existenzminimums des Betroffenen über den kaskadenartigen Verweis des § 111f StPO in die Vorschriften der Zivilprozessordnung zum Pfändungsschutz. Hervorzuheben sind insofern die allgemeinen Pfändungsverbote des § 803 ZPO (Verbot der Übersicherung),<sup>70</sup> die besonderen Pfändungsverbote nach § 811 ZPO sowie die Vorschriften zum Schutz des Arbeitseinkommens nach §§ 850a–k ZPO.

Der so implementierte Pfändungsschutz von Betroffenen lässt sich vor allem deshalb als defizitär bezeichnen, weil die

maßgeblichen ZPO-Vorschriften mit strafverfahrensrechtlichen Grundsätzen und Prinzipien nur schwer in Einklang zu bringen sind: Sie basieren auf Darlegungs- und Beweislastgrundsätzen, die sich mit der Unschuldsvermutung nicht vergleichen lassen und setzen eine weitgehende Offenlegung der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten voraus, die dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ zuwiderläuft.

Obendrein erweist sich das strafprozessuale Schutzniveau als weitaus geringer denn im Zivilprozess: Dort stehen mit dem Widerspruch (§ 924 ZPO, mit notwendiger mdl. Verhandlung im Anschluss), dem Aufhebungsantrag (§§ 926 Abs. 2, 927 ZPO), dem Antrag auf gerichtliche Anordnung der Klageerhebung innerhalb einer bestimmten Frist und dem Schadensersatzanspruch gemäß dem Gefährdungshaftungstatbestand des § 945 ZPO weitere Instrumente zur Verfügung, die der Eilbedürftigkeit der Entscheidung und der Vorläufigkeit der Maßnahme weitaus besser gerecht werden als die strafprozessuale Ausgestaltung des Rechtsschutzes.<sup>71</sup> Die Nachbildung des zivilprozessualen Betroffenen schutzes durch die strafprozessualen Regeln zur Einziehung erweist sich somit als unvollständig.

#### 5. Verhältnismäßigkeit

Mit zunehmender Dauer gewinnt eine vollzogene Sicherungsmaßnahme zugleich an grundrechtlicher Tragweite. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dessen begrenzender Funktion kommt deshalb gerade in zeitlicher Hinsicht, bei der Frage der zulässigen Dauer der Maßnahme, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Für die konkrete Frage, zu welchem Zeitpunkt ein rechtliches Einschreiten tatsächlich Aussicht auf Erfolg haben könnte, lohnt es sich, insoweit die frühere Rechtslage in Bezug zu nehmen:

Denn anders als jetzt sah § 111b Abs. 3 StPO a.F. ein zeitlich gestuftes System der vorläufigen Sicherungsmaßnahmen vor: Nach dem Ablauf von 6 Monaten bedurfte es einer gerichtlichen Entscheidung über die Fortdauer, bei der zu prüfen war, ob zwischenzeitlich dringende Gründe für eine spätere

<sup>63</sup> RegE, BT-Drs. 18/9525, S. 77.

<sup>64</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 3731 m. krit. Anm. *Gubitz/Molkentin*; dazu auch *Schilling/Corsten/Hübner* StraFo 2017, 305, 312; *Greeve* ZWH 2017, 277, 282; *Meinecke/Hübner* StV 2020, 797, 798.

<sup>65</sup> OLG Stuttgart NJW 2017, 3731, 3732, Rn. 16.

<sup>66</sup> OLG Hamburg NZWiSt 2019, 106.

<sup>67</sup> OLG Schleswig wistra 2020, 86.

<sup>68</sup> Näher *Meinecke/Hübner*, StV 2020, 797, 798.

<sup>69</sup> Die Aufhebung der Vollziehung wegen finanzieller Notlage des Beschuldigten gem. § 111g Abs. 2 StPO ist beschränkt auf Arrestanordnungen wegen einer Geldstrafe oder vss. Verfahrenskosten und auf die Aufbringung von Verteidigungskosten bzw. Familienunterhalt. Die „Härteklause“ des § 459g Abs. 5 StPO gilt im Übrigen nur für das Vollstreckungsverfahren, verspricht bei vorläufigen Vermögenssicherungsmaßnahmen mithin keinen Nutzen.

<sup>70</sup> Näher zum enthaltenen Verbot der Übersicherung *Peters/Bröckers*, Vermögensabschöpfung im Strafverfahren, 1. Aufl. 2019, Rn. 491.

<sup>71</sup> Dazu *Kempf* FS Müller, 329, 336.

Wertersatz einziehung eingetreten sind. In der heutigen Fassung existiert ein solches Stufenmodell zwar nicht mehr, der Reformgesetzgeber hat gleichwohl darauf hingewiesen, dass durch die Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade keine inhaltliche Änderung eintreten sollte.<sup>72</sup> Je nach Grad der vorliegenden Gründe sollte ein Aufhebungsantrag mithin nach 6 Monaten durchaus Aussicht auf Erfolg haben, auch wenn die bisherige Rechtsprechung infolge des Reformgesetzes bislang ausdehnende Tendenzen aufweist.<sup>73</sup> Neben dem Verweis auf die Unverhältnismäßigkeit der Fortdauer und der Darlegung entsprechender tatsächlicher Anhaltspunkte bietet es sich des Weiteren an, einen entsprechenden Aufhebungsantrag mit dem Hinweis zu verbinden, dass der Staatsanwaltschaft die Darlegungslast der Verhältnismäßigkeit bei Fortbestehen des Vermögensarrestes obliegt – denn auch insoweit dürfte sich die Rechtslage effektiv nicht geändert haben.<sup>74</sup>

## 6. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die formellen Rechtsbehelfe sich in der Verfahrenspraxis zuweilen als stumpfes Schwert erweisen, auch und nicht zuletzt wegen des anfänglichen Wissensgefälles zwischen Ermittlungsbehörden und Verteidigung in frühen Stadien des Ermittlungsverfahrens. Ein wichtiger Aspekt, der im Rahmen der Verteidigung darüber hinaus Berücksichtigung finden sollte, ist der folgende:

Ein erfolgloser Rechtsbehelf läuft nicht selten Gefahr (ähnlich der Beschwerde gegen Untersuchungs- oder Beschlagnahmebeschlüsse oder der Haftbeschwerde), den strafrechtlichen Vorwurf gegen den Beschuldigten bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens zu festigen und in präjudizieller Gestalt des ermittelungsrichterlichen Beschlusses (ähnlich Beschwerde gegen Durchsuchung, Haftbeschwerde) bis in die Hauptverhandlung hinein zu perpetuieren.

Besonders bedenklich ist die präjudizielle Wirkung eines ermittelungsrichterlichen Beschlusses im Falle parallel stattfindender steuerlicher Verfahren. In der Praxis erweist sich die dem Ermittlungsgericht zugedachte Kontrollfunktion hier kaum realisierbar, da die steuerlichen oder sozialversicherungsrechtlichen Vorfragen sich mitunter sehr komplex gestalten. Zugleich besteht die Gefahr, dass beteiligte Finanzämter den beschlossenen und ermittelungsrichterlich bestätigten Vermögensarrest als Vehikel nutzen, um im Steuerstreitverfahren frühzeitig einen Eindruck zu festigen, ohne dass dem Betroffenen dabei die speziellen steuerlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Es erfordert demnach erheblicher Anstrengungen der Verteidigung, im Falle eines „überholenden Strafverfahrens“ steuerrechtlich widersprüchliche oder gar falsche Festlegungen oder Entscheidungen wieder zu revidieren. Diese Anstrengungen sollte die Verteidigung jedoch keinesfalls scheuen, denn die Einziehungsentscheidung im strafrechtlichen Urteil ist von hoher Relevanz auch für das Steuerverfahren. Das Finanzamt kann sich arrestierte Vermögenswerte letztlich „bequem“ gem. §§ 459h Abs. 2, 459k Abs. 2 StPO auskehren lassen.<sup>75</sup>

## III. Verteidigungsansätze: „Informelle Strategien“

Das Bedürfnis nach informellen Verteidigungsstrategien, nach eleganten Wegen abseits des formalen gesetzlichen Programms, um die prekäre Situation des Betroffenen zu lösen, drängt sich vor diesem Hintergrund förmlich auf. Strafverteidigung – dies gilt hier insbesondere – ist auch Gestaltung des Verfahrens. Für die folgenden Ausführungen zum frühzeitigen Vergleich mit dem Verletzten (1.), zur „informellen Hinterlegungslösung“ (2.) und zur „vorbeugenden Schutzschrift“ (3.) gilt dabei der vor die Klammer gezogene Hinweis, dass Einzelfallanalyse und Abwägung mit der gesamten Verteidigungsstrategie unabdingbare Voraussetzungen bilden, um erfolgreiche Ergebnisse zu erzielen. Eine „one-size-fits-all“-Empfehlung gibt es nicht.

### 1. Ausschluss der Einziehung durch frühzeitigen Vergleich mit dem Verletzten (§ 73e Abs. 1 StGB)

Der Reformgesetzgeber hat die „vergleichsfreundliche“ Ausgestaltung des neuen Einziehungsrechts mit Blick auf den Grundsatz der Privatautonomie ausdrücklich hervorgehoben.<sup>76</sup> § 73e StGB bestimmt insoweit den Ausschluss der Einziehung, soweit der Anspruch des Verletzten erloschen ist. Dies gilt konsequenterweise für ein Erlöschen durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) ebenso wie für einen (Teil-)Erlas (§ 397 Abs. 1 BGB).<sup>77</sup> Tatverdächtigen sollte auf diesem Wege ein Anreiz zu einer zügigen (freiwilligen) Schadenswiedergutmachung gesetzt werden.<sup>78</sup> Im Einzelfall kann es erfolgsversprechend sein, bereits während des Ermittlungsverfahrens eine solche einvernehmliche Lösung mit dem Geschädigten herbeizuführen, um sodann, unter Verweis auf § 73e StGB, die Aufhebung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen zu beantragen.<sup>79</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Schadenswiedergutmachung lässt sich damit zugleich ein Beitrag zur Straf-

<sup>72</sup> RegE, BT-Drs. 18/9525, S. 49 („Der Schutz der Betroffenen vor nicht erforderlichen oder unverhältnismäßigen Sicherungsmaßnahmen wird durch die Vereinfachung nicht beeinträchtigt. Die bisherige Rechtsprechung zum ‚Arrestgrund‘ und zur Dauer vorläufiger Sicherungsmaßnahmen wird durch die Neuregelung nicht berührt.“); OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.6.2018 – 3 Ws 425/17 = BeckRS 2018, 15866, Rn. 8.

<sup>73</sup> Vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 12.4.2018 – 20 Ws 42/18 (3 Jahre); OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.06.2018 – 3 Ws 425/17; OLG Köln StV 2020, 226 (4 Jahre); LG Bremen StV 2020, 226 (1 Jahr 5 Monate); näher *Meinecke/Hübner StV 2020, 797, 799*; *Cordes NZWiSt 2021, 45, 49 f.*

<sup>74</sup> MAH WirtschaftsStrafR/Schilling/Corsten, 3. Aufl. 2020, § 13, Rn. 144; *Meißner/Schütrumpf, Vermögensabschöpfung*, 2. Aufl. 2021, Rn. 249–251.

<sup>75</sup> *Meinecke StV 2019, 69, 70.*

<sup>76</sup> RegE, BT-Drs. 18/9525, S. 69.

<sup>77</sup> RegE, BT-Drs. 18/9525, S. 69; OLG Hamm Beschl. v. 25.7.2019 – 1 RVs 44/19, BeckRS 2019, 37502; OLG München Urt. v. 20.7.2018 – 5 OLG 15 Ss 96/18 = wistra 2018, 518, 520 m.Anm. *Wengenroth*.

<sup>78</sup> BT-Drs. 18/11640, S. 79; OLG München Urt. v. 20.7.2018 – 5 OLG 15 Ss 96/18 = wistra 2018, 518, 520 m.Anm. *Wengenroth*.

<sup>79</sup> MAH WirtschaftsStrafR/Schilling/Corsten, 3. Aufl. 2020, § 13, Rn. 144.

milderung leisten. Bei der praktischen Ausgestaltung kann es sich im Einzelnen anbieten, dass der Verdächtige seinen Herausgabeanspruch gegen den Staat an den Geschädigten an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) abtritt, um so eine Freigabe der arrestierten Mittel herbeizuführen.<sup>80</sup> Zu Problemen kann es ferner kommen, wenn mit dem Verletzten eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen wird, weil nur tatsächlich bewirkte Leistungen ein Erlöschen i.S.d. § 73e StGB begründen können.<sup>81</sup> Auch diesen Aspekt sollte der Verteidiger also bei seiner Beratung berücksichtigen. Mit dem Ausschluss der Einziehung nach § 73e StGB verliert der Vermögensarrest im Normalfall vollständig seine Grundlage, sodass die frei werdenden Vermögenswerte ggf. eingesetzt werden können, um drängende Ansprüche Dritter zu befriedigen.

Für den Verletzten bietet der frühzeitige Vergleich auf der anderen Seite ebenfalls Vorteile: Nicht zuletzt erspart ihm die einvernehmliche Lösung mit dem Verdächtigen geräumen zeitlichen Aufwand, den das Abwarten des einziehungsrechtlichen Vollstreckungsverfahrens (nach Rechtskraft des Urteils) mit sich brächte, und zusätzlichen finanziellen Aufwand, den das parallele Beschreiten des Zivilrechtswegs erforderte. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass im Steuerstrafrecht über eine tatsächliche Verständigung im parallel stattfindenden Besteuerungsverfahren (und dessen materielle Bindungswirkung) entsprechende Effekte herbeigeführt werden können.<sup>82</sup>

## 2. „Informelle Hinterlegungslösung“

Das, was ich im Folgenden als „informelle Hinterlegungslösung“ beschreibe, soll dem Umstand in der Praxis Rechnung tragen, dass auf der einen Seite eine Aufhebung der Vollziehung des Vermögensarrestes durch Hinterlegung der Lösungssumme (§ 111g Abs. 1 StPO) tatsächlich kaum realisierbar ist, auf der anderen Seite die Wiederherstellung wirtschaftlicher Handlungsfähigkeit für bestimmte Mandanten allerdings zwingend geboten erscheint. In Abgrenzung zur Einrichtung eines Pfändungsschutzkontos (§ 850k ZPO), das der Sicherung des Existenzminimums durch automatischen Basispfändungsschutz in Höhe des Pfändungsfreibetrages dient,<sup>83</sup> soll die „informelle Hinterlegungslösung“ gerade in größerem Umfang finanzielle Flexibilität gewährleisten, insbesondere zur Weiterführung eines Unternehmens, zur Abwendung drohender Insolvenz, mitunter auch zur Sicherstellung von Verteidigungskosten.

Ein Mittel kann hier in der Einrichtung eines Rechtsanwalts-anderkontos für den Mandanten liegen, das mit einer Versicherungserklärung zu den konkreten Verwendungszwecken des freigegebenen Geldes gegenüber den Ermittlungsbehörden kombiniert wird.<sup>84</sup> Freilich bilden hier ein gewisser Grad an Kooperation, Kommunikation und auch Vertrauen unverzichtbare Voraussetzungen, um eine „Lahmlegung“ der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit abzuwenden. In der Regel wird des Weiteren absolute Transparenz zu den Vermögensverhältnissen des Mandanten erforderlich sein, um überhaupt Verhandlungsbereitschaft zu wecken. Die mittel- oder langfristige Perspektive betroffener Unternehmen, nicht selten gerichtet auf den Verlust von Arbeitsplätzen und Insolvenz, sollte im Rahmen von Gesprächen freilich deut-

lich vor Augen geführt werden. Wegen der Ausgestaltung im Einzelnen – ob etwa monatlich ein bestimmter Betrag freigegeben, einmalig eine höhere Summe zur Verfügung gestellt wird und inwiefern konkret getätigte Ausgaben zu dokumentieren sind – existieren keine Regeln. Der Verteidiger hat hier einen Spielraum, um im Einzelfall geschickt den Bedürfnissen des Mandanten Rechnung zu tragen und zugleich der Ermittlungsbehörde einen für sie akzeptablen Weg aufzuzeigen. § 4 BORA und § 43a Abs. 5 BRAO statuieren indes Sorgfaltspflichten, die vom Rechtsanwalt stets zu berücksichtigen sind. Neben einer grundsätzlichen Gesprächsbereitschaft der Ermittlungsbehörde wird es im Einzelfall auch darauf ankommen, ob die „informelle Hinterlegungslösung“ und die damit verbundene Kooperation mit der Verteidigungsstrategie im Übrigen kompatibel ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kann sie ein probates Mittel sein, um die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit des Mandanten kurzfristig wiederherzustellen.

## 3. Hinterlegung einer „vorbeugenden Schutzschrift“

Um im Vorfeld – präventiv – eine denkbare Vermögenssicherungsmaßnahme zu verhindern, bietet es sich in gedanklicher Anknüpfung an das Zivilprozessrecht an, eine „vorbeugende Schutzschrift“ zugunsten des Mandanten zu hinterlegen. § 945a ZPO sieht insofern die Einreichung von Schutzschriften zur vorbeugenden Verteidigung gegen erwartete Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung bei der Landesjustizverwaltung Hessen vor.<sup>85</sup> Das Bedürfnis nach einem solchen vorbeugenden Verteidigungsmittel ist auch im Strafverfahren mit den Händen zu greifen. Als Adressat dürfte sich dabei der verfahrenszuständige Dezernent der Staatsanwaltschaft am besten eignen. Bei der Staatsanwaltschaft sollte die Schutzschrift zur Verfahrensakte genommen und bei etwaigen Vermögenssicherungsmaßnahmen berücksichtigt werden.

Inhaltlich sollte grundsätzlich das Sicherungsbedürfnis als Arrestvoraussetzung im Zentrum der Ausführungen stehen – letztlich sollte die Schutzschrift deutlich machen, dass der beschuldigte (oder dritt Betroffene) Mandant keine Vermögensverhältnisse verschleiert, versteckt oder Vermögenswerte verschleudert und folglich mangels Sicherungsbedürfnis einer Sicherungsmaßnahme die Grundlage entzogen ist.

<sup>80</sup> Meißner/Schütrumpf, Vermögensabschöpfung, 2. Auflage 2021, Rn. 175.

<sup>81</sup> Meißner/Schütrumpf, Vermögensabschöpfung, 2. Auflage 2021, Rn. 175.

<sup>82</sup> Näher Spatscheck/Spilker NSTz 2019, 508.

<sup>83</sup> Dazu Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 850k, Rn. 1; Peters/Bröckers, Vermögensabschöpfung im Strafverfahren, 1. Aufl. 2019, Rn. 502.

<sup>84</sup> Vgl. auch MAH WirtschaftsStrafR/Schilling/Corsten, 3. Aufl. 2020, § 13, Rn. 115; zust. Cordes, NZWiSt 2021, 45, 49.

<sup>85</sup> Die Vorschrift trat zum 01.01.2016 in Kraft; zuvor war die Einreichung einer Schutzschrift gesetzlich nicht vorgesehen, in der Praxis – insb. in Wettbewerbssachen – aber bereits gebräuchlich, vgl. Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 945a, Rn. 1.



Wie bei den vorstehenden Verteidigungsansätzen gilt hier abermals, dass die Hinterlegung einer „vorbeugenden Schutzschrift“ mit der Verteidigungsstrategie im Übrigen kompatibel sein muss. Insbesondere sollte der Verteidiger bedenken, dass die Schutzschrift schnell und möglicherweise gar unbeabsichtigt den Charakter einer teilgeständige Einlassung tragen kann. Auf der anderen Seite birgt die Unvollständigkeit von Angaben die Gefahr, dass der Inhalt der Schutzschrift im Ergebnis als Argument für das Sicherheitsbedürfnis herangezogen wird. Die Angaben des Mandanten sollten also keineswegs unkritisch vom Verteidiger übernommen werden. Dahs und Burhoff weisen in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, dass die Bezeichnung als „Schutzschrift“ sich bereits sprachlich in verdächtiger Nähe zum Terminus „Schutzbehauptung“ befindet – und damit zugleich eine skeptische Reserviertheit von Staatsanwälten und Richtern sichtbar macht, die unter dem Ausdruck oft nichts anderes verstehen als ein mehr oder weniger durchdachtes Lügengewebe des Angeklagten.<sup>86</sup> Um entsprechende Assoziationen zu meiden, erscheint eine schlichte Bezeichnung als „Verteidigungsschrift“<sup>87</sup> in der Tat vorzugswürdig.

#### IV. Resümee

Die Situation des Betroffenen strafrechtlicher Vermögenssicherungsmaßnahmen ist geprägt von einer hohen Eingriffsintensität und von defizitären Rechtsschutzmöglichkeiten, die den Verteidiger im Wirtschaftsstrafrecht gerade zu Beginn eines neuen Mandats mitunter vor große Herausforderungen stellen.

Verteidigungsansätze – dies sollten die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben – sind bei näherer Betrachtung jedoch durchaus vorhanden. Zum einen betrifft dies das „formelle Programm“, namentlich etwa die präzise Bestimmung des Taterlangens, das Sicherheitsbedürfnis als eigenständige Arrestvoraussetzung, diverse in Bezug genommene Bestimmungen des Zivilprozessrechts und die begrenzende Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zum anderen existieren „informelle Strategien“ der Verteidigung, zum Beispiel der frühzeitige Vergleich mit dem Verletzten, die „informelle Hinterlegungslösung“ und die Hinterlegung einer „präventiven Schutzschrift“, um den dringenden Bedürfnissen des Mandanten im Einzelfall Rechnung zu tragen. Positiv gewendet bieten Vermögenssicherungsmaßnahmen dem Verteidiger insofern auch die Möglichkeit, durch eine gewisse Kreativität und wohl erwogenes Einschreiten die angespannte Situation des Mandanten merklich zu lösen und damit sein Vertrauen zu festigen. Priorität – dies zu betonen werde ich auch am Ende meines Beitrags nicht müde – muss jedoch immer das langfristige Ziel des Verteidigungsmandats genießen. Vom Rechtsschutz gegen Vermögenssicherungsmaßnahmen – sei er formeller oder informeller Natur – sollte abgesehen werden, wenn er mit der Verteidigungsstrategie im Übrigen nicht kompatibel ist.

<sup>86</sup> Dahs, Handbuch d. Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 440; Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn. 3772.

<sup>87</sup> Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn. 3772.

## INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Sören Schomburg und Rechtsreferendarin Greta-Luise Müller, beide Berlin\*

### INTERPOL – Eine Fallanalyse

#### A. Einleitung

Die Anzahl der von der Internationalen kriminalpolizeilichen Organisation – INTERPOL<sup>88</sup> – veröffentlichten internationalen Festnahmeersuchen – sog. Red Notices – bleibt beeindruckend: Allein im Jahr 2020 hat INTERPOL 11.094 Red Notices und 2.554 Yellow Notices veröffentlicht. Insgesamt waren Ende 2020 66.370 Red Notices und 12.892 Yellow Notices gültig.<sup>89</sup>

Trotz dieser erheblichen Anzahl der über INTERPOL verarbeiteten Fahndungen waren die Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen gegen Fahndungsmaßnahmen von INTERPOL lange sehr beschränkt.

Zu den wesentlichen Rechtsquellen von INTERPOL zählen neben der Verfassung (*Constitution*)<sup>90</sup> vor allem die Regeln zur Datenverarbeitung: *INTERPOL's Rules on the Processing*

*of Data (RPD)*<sup>91</sup> sowie die Regeln zur Arbeitsweise der *Commission for the Control of INTERPOL's Files* (nachfolgend CCF) in Form des *Statute of the Commission for the Control of INTERPOL's Files (SCCF)*.<sup>92</sup>

\* Der Autor Sören Schomburg ist Partner der Kanzlei Ufer Knauer Rechtsanwälte in Berlin. Greta-Luise Müller ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Berliner Standort der Kanzlei.

<sup>88</sup> Allgemein zur Geschichte und den Fahndungsmechanismen von INTERPOL vgl. S. Schomburg in SLGH/Riegel/S. Schomburg/Trautmann, 6. Aufl. 2020, IRG Vor § 19.

<sup>89</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/About-Notices>, zuletzt abgerufen am 28.09.2021.

<sup>90</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/content/download/590/file/Constitution%20of%20the%20ICPO-INTERPOL-EN.pdf>, zuletzt abgerufen am 09.12.2021.

<sup>91</sup> Abrufbar unter: [https://www.interpol.int/content/download/5694/file/24%20E%20RPD%20UPnDATE%207%2011%2019\\_ok.pdf](https://www.interpol.int/content/download/5694/file/24%20E%20RPD%20UPnDATE%207%2011%2019_ok.pdf), zuletzt abgerufen am 09.12.2021.

<sup>92</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Legal-documents#:~:text=The%20Statute%20of%20the%20Commission%20for%20the%20Control,General%20Secretariat%20conforms%20to%20the%20applicable%20INTERPOL%20rules>, zuletzt abgerufen am 18.11.2021.

Materiell-rechtlich waren – und sind – die Anfechtungsmöglichkeiten einer Red Notice weiterhin stark eingeschränkt. Die materielle Prüfung ist auf die Regelungen in Art. 2 und 3 der Verfassung von INTERPOL beschränkt. Nach Art. 3 ist es untersagt, Maßnahmen zu treffen, die einen politischen, militärischen, religiösen oder rassistischen Charakter haben. Im Februar 2013 veröffentlichte INTERPOL mit dem „*Repository of Practice on the Application of Article 3 of INTERPOL's Constitution*“<sup>93</sup> eine Auslegungshilfe zu Art. 3 der Verfassung von INTERPOL. Darin wird die Auslegung von Art. 3 anhand von Einzelfällen ausführlich erklärt. Eine vergleichbare Auslegungshilfe für Art. 2 besteht bislang nicht, obgleich diese bereits 2014 von der Generalversammlung von INTERPOL angefordert wurde.<sup>94</sup>

Auch zu den formalen Voraussetzungen der Eintragung einer Red Notice in Art. 82 ff. RPD wurde, soweit ersichtlich, bis heute keine Auslegungshilfe verfasst. Auch werden die Entscheidungen der CCF grundsätzlich nicht veröffentlicht.

Diese Arbeitsweise wurde international kritisiert. So veröffentlichte beispielsweise die Nichtregierungsorganisation (nachfolgend NGO) *Fair Trails International*<sup>95</sup> 2015 eine schriftliche Stellungnahme,<sup>96</sup> in der sie auf Fälle hinwies, in denen ein Missbrauch von INTERPOLs Red Notice und Diffusion Systemen stattgefunden hatte. Die Organisation brachte die Sorge zum Ausdruck, dass INTERPOL nicht alle notwendigen Schritte unternehmen würde, um die Einhaltung ihrer eigenen Rechtsgrundlagen zu gewährleisten.<sup>97</sup> Auch andere nationale und internationale Organisationen hatten sich, vor allem hinsichtlich der Zuverlässigkeit der von INTERPOL veröffentlichten Informationen, zunehmend besorgt gezeigt.<sup>98</sup> Die Washington Post, New York Times, der Economist, der Telegraph und der Guardian berichten zudem über einen Missbrauch von INTERPOL.<sup>99</sup> Im Zuge dieser Kritik beschloss die Generalversammlung von INTERPOL im Jahr 2016<sup>100</sup> Maßnahmen zur Steigerung der Transparenz zu ergreifen, verabschiedete das SCCF<sup>101</sup> und überarbeitete die RPD. Die SCCF bestimmen die Voraussetzungen, unter denen u.a. Auskunft über die bei INTERPOL gespeicherten Daten verlangt werden kann. Weiter wird der Entscheidungsprozess über derartige Anträge geregelt. Insgesamt sollte dadurch u.a. ein effektiver und zeitnaher Rechtsschutz ermöglicht werden.<sup>102</sup>

Eine weitere Maßnahme zur Verbesserung der Transparenz ist die Veröffentlichung von Auszügen aus nunmehr 45 Entscheidungen der CCF zwischen 2017 und 2019. Der vorliegende Beitrag versucht, diese Entscheidungen in Fallgruppen zu gliedern und daraus mögliche Verteidigungsstrategien gegen Red Notices abzuleiten.

## B. Erste Kategorisierung der veröffentlichten Entscheidungen

### I. Vorbemerkung

Die Veröffentlichung der Entscheidungen ist zunächst zu begrüßen, da sie zu mehr Transparenz der Aktivitäten der CCF und damit auch zur Ausübung eines effektiven Rechtsschutzes beitragen.

Leider lässt sich jedoch weder nachvollziehen, aus welchem Grund gerade diese Entscheidungen veröffentlicht wurden

noch, warum die Veröffentlichung 2019 endete. Nicht zu allen möglichen Ablehnungsgründen wurden Entscheidungen veröffentlicht, sodass unklar bleibt, ob es dazu keine Entscheidungen gibt/gab oder, ob diese lediglich nicht veröffentlicht wurden. In Anbetracht der Vielzahl der Entscheidungen der CCF ist auch nicht nachvollziehbar, warum nur 45 Entscheidungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden. INTERPOL spricht lediglich von „*certain anonymized decisions*“, die veröffentlicht würden, um die Aktivitäten der CCF zu dokumentieren.<sup>103</sup> Auch die generischen Formulierungen der Entscheidungen und die in den Veröffentlichungen entfernten Informationen, vor allem zu den Sachver-

<sup>93</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/en/content/download/12626/file/article-3-ENG-february-2013.pdf>, zuletzt abgerufen am 24.11.2021.

<sup>94</sup> Fabritius, Bernd, Report des Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parliamentary Assembly des Council of Europe vom 7.3.2017, S. 10 mwN.

<sup>95</sup> Fair Trails Internationale ist eine internationale Nichtregierungsorganisation mit Sitz in Brüssel, London und Washington D.C., abrufbar unter: <https://www.fairtrials.org/who-are-fair-trials>, zuletzt abgerufen am 09.12.2021.

<sup>96</sup> Written submission to INTERPOL's Working Group on the Processing of Information, abrufbar unter: [https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/GTI-Submission\\_Fair-Trials-2.pdf](https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/GTI-Submission_Fair-Trials-2.pdf), zuletzt abgerufen am 07.12.2021.

<sup>97</sup> Written submission to INTERPOL's Working Group on the Processing of Information S.1 (3.), abrufbar unter: [https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/GTI-Submission\\_Fair-Trials-2.pdf](https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/GTI-Submission_Fair-Trials-2.pdf), zuletzt abgerufen am 07.12.2021.

<sup>98</sup> Siehe beispielsweise: Sekaggya, M., UN-Sonderberichterstatter für Menschenrechtsaktivisten, Bericht an die Generalversammlung, 2012, A/67/292, Absatz 14; Vincent Cochetel, stellvertretender Direktor der Abteilung für internationale Flüchtlingshilfe des UN-Flüchtlingskommissariats (UNHCR), erklärte 2008, bei der Erörterung von Problemen, die den internationalen Schutz untergraben, dass "der UNHCR auch mit Situationen konfrontiert [ist], in denen Flüchtlinge ... bei Reisen außerhalb ihres Asyllandes ... aufgegriffen oder festgenommen werden, aufgrund von politisch motivierten Anfragen ihrer Herkunftsländer, die das Red Notice System von Interpol missbrauchen, abrufbar unter: <http://www.refworld.org/pdfid/4794c7ff2.pdf>, zuletzt abgerufen am 09.12.2021.

<sup>99</sup> Siehe beispielsweise: The Economist, „Abusing Interpol: Rogue States“, 16. November 2013, abrufbar unter: <http://www.economist.com/news/international/21589901-cross-border-policing-can-be-political-rogue-states>; The Washington Post, „Fair Trials International group urges reforms for Interpol arrest“, 29. November 2013, abrufbar unter: [http://www.washingtonpost.com/world/europe/fair-trials-group-urges-interpol-arrest-reforms/2013/11/29/46892a20-590c-11e3-bdbf-097ab2a3dc2b\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/world/europe/fair-trials-group-urges-interpol-arrest-reforms/2013/11/29/46892a20-590c-11e3-bdbf-097ab2a3dc2b_story.html); The Telegraph, „Interpol: who polices the world's police?“, 8. Mai 2014, abrufbar unter: <http://www.telegraph.co.uk/culture/books/10801997/Interpol-who-polices-the-worlds-police.html>.

<sup>100</sup> Resolution No. 6, AG-2016-RES-06, abrufbar unter: <https://www.interpol.int/Resources/Documents>, zuletzt abgerufen am 2.12.2021.

<sup>101</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/en/content/download/5695/file/Statute%20of%20the%20CCF-EN.pdf>, zuletzt abgerufen am 24.11.2021.

<sup>102</sup> SLGH/Riegel/S. Schomburg/Trautmann, 6. Aufl. 2020, IRG Vor § 19, Rn. 61f.

<sup>103</sup> INTERPOL Website, abrufbar unter: <https://www.interpol.int/Who-we-are/Commission-for-the-Control-of-INTERPOL-s-Files--CCF/CCF-sessions-and-decisions>, zuletzt abgerufen am 28.09.2021.

haltsdarstellungen (in den veröffentlichten Entscheidungen dargestellt durch „[...]“)<sup>104</sup> erschweren eine Auswertung. Es kann daher bereits hier festgehalten werden: die 45 Entscheidungen können nur der Anfang sein.

### 1. Gegenstand der Entscheidungen

39 der 45 veröffentlichten Entscheidungen betrafen eine Red Notice oder eine sog. Diffusion, d.h. ein Festnahmeersuchen, das nicht an alle, sondern nur an bestimmte INTERPOL-Mitglieder gerichtet ist. Zwei Entscheidungen betreffen eine sog. Blue Notice, die der Bestimmung des Aufenthaltsortes einer Person dient. Eine Entscheidung betrifft eine sog. Yellow Notice (Auffindung vermisster Personen). Zwei weitere Entscheidungen betreffen eine sog. Green Notice (Warnung vor Straftätern) und eine Entscheidung befasst sich mit „Stolen and Lost Travel Documents“.<sup>105</sup>

### 2. Erfolgsquote und Gründe der Entscheidungen

Von 39 Entscheidungen zu Red Notices und Diffusions waren 21 Anträge erfolgreich. In zehn dieser Fälle war ein politischer Charakter der Verfolgung entscheidend für den Erfolg des Antrags.<sup>106</sup> Rechtsgrundlage hierfür bilden Art. 3 der Verfassung und Art. 34 Abs. 2, Abs. 3 RPD. In sechs Fällen war der Antrag aufgrund eines Verstoßes gegen Menschenrechte nach Art. 2 der Verfassung und Art. 34 Abs. 1 RPD, der auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (nachfolgend AEMR)<sup>107</sup> Bezug nimmt, erfolgreich.<sup>108</sup> In vier Fällen war der Antrag erfolgreich, da es sich um privatrechtliche Belange nach Art. 83 Abs.1 RPD handelte.<sup>109</sup> In drei Fällen war der Antrag erfolgreich, da keine Straftat vorlag, die von Interesse für die internationale polizeiliche Zusammenarbeit nach Art. 5 Abs. 3, 35, 83 Abs. 1 a RPD war<sup>110</sup> und in drei weiteren Fällen war ein fehlendes Auslieferungersuchen ein durchschlagendes Argument.<sup>111</sup> Hierfür bilden Art. 82 und Art. 84 Abs. 2 RPD die rechtliche Grundlage. In weiteren drei Fällen war auch die unzureichende Kommunikation von Informationen nach Art. 36 der Verfassung, Art. 11 RPD, Art. 3, 31 Abs. 3, 33, 35 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 SCCF ein erfolgreiches Argument.<sup>112</sup> In einem Fall war der Antragsteller vom ersuchenden Staat noch nicht angeklagt und es bestand keine Verknüpfung zur Anklage.<sup>113</sup> Für beide Argumente bilden Art. 83 Abs. 2 b und Art. 84 RPD die rechtliche Grundlage. In einem anderen Fall waren die Daten nicht vollständig, nach Art. 11, 12, 34 Abs. 1 RPD.<sup>114</sup>

18 Anträge blieben hingegen ohne Erfolg. In acht Fällen wurde ein politischer Charakter der Verfolgung iSd Art. 3 der Verfassung, Art. 34 Abs. 2, Abs. 3 RPD<sup>115</sup> und in fünf Fällen eine Verletzung von Menschenrechten gem. Art. 2 der Verfassung, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR abgelehnt.<sup>116</sup> In weiteren fünf Fällen waren ein fehlendes oder abgelehntes Auslieferungersuchen nach Art. 82 und Art. 84 Abs. 2 RPD keine erfolgreichen Argumente.<sup>117</sup> In drei Fällen lag eine privatrechtliche Streitigkeit gem. Art. 83 Abs.1 RPD nicht vor.<sup>118</sup> In drei weiteren Fällen lag der von der Verteidigung angeführte Mangel an Beweisen gem. Art. 83 Abs. 2 b RPD<sup>119</sup> und in zwei Fällen prozessuale Unregelmäßigkeiten nach Art. 83 Abs. 2 b (i) RPD nicht vor.<sup>120</sup> In zwei Fällen wurde ein „seeking extradition“ nach Art. 81 Abs. 3 d RPD nicht als Grund für eine Löschung der Red Notice oder Diffusion anerkannt.<sup>121</sup> Auch

ein mangelnder krimineller Charakter gem. Art. 82, Art. 83 Abs. 2 b RPD stellte in einer veröffentlichten Entscheidung kein hinreichendes Argument dar.<sup>122</sup> Ein fehlendes Interesse der internationalen Polizei nach Art. 5 Abs. 3, 35, 83 Abs. 1 a RPD wurde in einem Fall als ausschlaggebendes Argument abgelehnt.<sup>123</sup> Darüber hinaus wurde „ne bis in idem“ nach Art. 54 SDÜ, Art. 50 GrCh in keiner der Entscheidungen als durchschlagendes Argument anerkannt.<sup>124</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Nach einer ersten Kategorisierung der veröffentlichten Entscheidungen lässt sich zunächst feststellen, dass vor allem ein möglicher politischer Charakter der Entscheidung nach Art. 3 der Verfassung, Art. 34 Abs. 2, 3 RPD häufig in Frage stand und in zehn der veröffentlichten Entscheidungen zur Löschung der Red Notice führte. Auch die Verletzung von Menschenrechten nach Art. 2 der Verfassung, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. der AEMR und das Vorliegen einer rein privatrechtlichen Streitigkeit waren häufig Thema der Entscheidungen der CCF.

Hervorhebenswürdig erscheint des Weiteren, dass die CCF auf die Europäische Menschenrechtskonvention (nachfol-

<sup>104</sup> Siehe beispielsweise Case 2019/05 Rn. 7 ff.

<sup>105</sup> Siehe zur vertieften Erklärung des Ausschreibungssystems von INTERPOL: SLGH/Riegel/S. Schomburg/Trautmann, 6. Aufl. 2020, IRG Vor § 19, Rn. 45 ff.

<sup>106</sup> Case 2017/05; Case 2017/14; Case 2018/01; Case 2018/04; Case 2018/07; Case 2018/08; Case 2018/12; Case 2018/13; Case 2018/14; Case 2018/17.

<sup>107</sup> Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 in Paris (Resolution 217 A der Generalversammlung) als gemeinsamer Standard für alle Völker und Nationen verabschiedet, abrufbar unter: <https://www.un.org/Depts/german/menschenrechte/aemr.pdf>, zuletzt abgerufen am 09.12.2021.

<sup>108</sup> Case 2018/03; Case 2018/14; Case 2018/15; Case 2018/17; Case 2019/05; Case 2019/06.

<sup>109</sup> Case 2017/04; Case 2017/08; Case 2018/04; Case 2019/01.

<sup>110</sup> Case 2018/03; Case 2019/01; Case 2019/07.

<sup>111</sup> „Lack of Extradition“/ „Denial of Extradition“: Case 2017/14; Case 2018/01; Case 2018/15.

<sup>112</sup> Case 2018/07; Case 2018/12; Case 2018/17.

<sup>113</sup> Case 2017/01.

<sup>114</sup> Case 2017/05.

<sup>115</sup> Case 2017/02; Case 2017/03; Case 2017/12; Case 2017/13; Case 2018/05; Case 2018/06; Case 2018/18; Case 2019/09.

<sup>116</sup> Case 2017/12; Case 2017/13; Case 2018/06; Case 2018/16; Case 2018/18.

<sup>117</sup> Case 2018/06; Case 2018/16; Case 2019/02; Case 2019/03; Case 2019/08.

<sup>118</sup> Case 2017/13; Case 2018/02; Case 2018/11.

<sup>119</sup> Case 2017/17; Case 2019/02; Case 2019/08.

<sup>120</sup> Case 2018/11; Case 2019/10.

<sup>121</sup> Case 2017/02; Case 2017/03.

<sup>122</sup> Case 2019/03.

<sup>123</sup> Case 2019/08.

<sup>124</sup> Case 2017/09.

gend EMRK)<sup>125</sup> als Hilfsmittel zur Entscheidung, ob eine Verletzung von Menschenrechten nach Art. 2 der Verfassung, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR vorliegt, zurückgreift,<sup>126</sup> obwohl sie an diese nicht gebunden ist und Art. 2 und Art. 3 der Verfassung keinen Verweis auf die Konvention enthalten.

Die gehäufte Veröffentlichung von Entscheidungen zu Art. 3 der Verfassung erscheint dagegen fragwürdig, da bereits 2013 das „*Repository of Practice on the Application of Article 3 of INTERPOL's Constitution*“<sup>127</sup> veröffentlicht wurde, das sich vertieft mit Art. 3 beschäftigt und daneben auch Beispiele aus der Praxis von INTERPOL enthält.<sup>128</sup> Die veröffentlichten Entscheidungen zu Art. 3 der Verfassung können insofern kaum einen Mehrwert bieten. Eine Veröffentlichung zu anderen Themenfeldern wäre vorzugswürdig gewesen. So spielen vor allem Formalia, wie beispielsweise die Ungenauigkeit der übermittelten Daten oder die Informationsübermittlung, in den veröffentlichten Entscheidungen bedauerlicherweise nur selten eine Rolle.

Ob dieser erste Befund die Gesamtheit der Entscheidungen der CCF reflektiert, lässt sich allerdings nicht mit Bestimmtheit sagen, da der Großteil der Entscheidungen der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht wird und die veröffentlichten Entscheidungen daher lediglich einen marginalen Ausschnitt der Entscheidungspraxis der CCF widerspiegeln.

## C. Analyse der Entscheidungen im Einzelnen

Im Folgenden soll auf die rechtlichen Maßstäbe sowie einige der veröffentlichten Entscheidungen vertieft und mit Blick auf die von der Kommission als einschlägig erachteten Argumente eingegangen werden.

### I. Art. 2 INTERPOL's Constitution, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR

In elf der von INTERPOL veröffentlichten Entscheidungen berief sich die Verteidigung des Antragstellers auf eine Verletzung des Art. 2 der Verfassung von INTERPOL, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR.

#### 1. Rechtlicher Maßstab der CCF

Den rechtlichen Maßstab hierfür bildet Art. 2 der Verfassung und Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR. Nach Art. 2 zielt INTERPOL auf die weitest mögliche polizeiliche Zusammenarbeit ab - dies im Rahmen der gesetzlichen Grenzen der verschiedenen Staaten und im Geiste („*in the spirit of*“) der AEMR vom 10. Dezember 1948.

Gemäß Art. 34 Abs. 1 RPD muss dabei vor jeder Speicherung von Daten in einer polizeilichen Datenbank sichergestellt werden, dass die Daten mit Artikel 2 der Verfassung in Einklang stehen. Außerdem muss eine Überprüfung erfolgen, ob die nationale oder internationale Stelle nach den geltenden, in den nationalen Gesetzen und internationalen Übereinkommen sowie in der AEMR verankerten Menschenrechten zur Speicherung dieser Daten berechtigt ist.

Die Entscheidungen sind in der Regel nach den formellen Eintragungsvoraussetzungen und einem „Human Rights-Teil

untergliedert. Die Ausführungen im zweiten Teil ähneln häufig einer Argumentation, wie sie im deutschen Auslieferungsverfahren als Auslieferungshindernisse vorgetragen werden könnte. Diese Reihenfolge wird jedoch nicht in allen veröffentlichten Entscheidungen eingehalten.

## 2. Entscheidungsanalyse

Die Analyse der Entscheidungen, in denen die Verletzung des Art. 2 der Verfassung, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR als Argument angeführt wurde, zeigt, dass die CCF großen Wert auf eine einzelfallbezogene Argumentation legt.

### a. Case 2018/03: Unmenschliche Haftbedingungen im ersuchenden Staat

Der Antragsteller machte geltend, dass eine Auslieferung an den ersuchenden Staat ihn in seinen Menschenrechten nach der EMRK verletzen würde, da es stichhaltige Gründe für die Annahme gäbe, dass ihm im ersuchenden Staat die Gefahr einer unmenschlichen Behandlung in den Gefängnissen drohe. Die Red Notice würde deshalb Art. 2 der Verfassung und die AEMR, auf die sich diese bezieht, verletzen<sup>129</sup>. Darüber hinaus ergeben sich die voraussichtlichen Menschenrechtsverletzungen zu einem großen Teil daraus, dass das Justizsystem des ersuchenden Staates Menschen mit einem bestimmten ethnischen Hintergrund und religiösen Überzeugungen diskriminiere.<sup>130</sup>

Die CCF gab dem Antrag statt, da es sich nicht lediglich um allgemeine Schlussfolgerungen handele („*the decision does not make general conclusions concerning all prisons and all trials*“),<sup>131</sup> sondern um konkrete Feststellungen in Bezug auf den ersuchenden Staat. Zur Begründung ihrer Entscheidung verweist die CCF unter anderem auf die drohende Verletzung der EMRK. Das Gericht des ersuchten Staates habe dieses Risiko erkannt und daher eine Auslieferung abgelehnt.<sup>132</sup> Die CCF betont dabei zwar, dass sie nicht an die Entscheidung nationaler Gerichte gebunden sei, wonach eine Verletzung vorliegen würden, verweist sodann jedoch maßgeblich auf die Ansicht des nationalen Gerichts, wonach die Gefahr bestünde, dass eine Diskriminierung aufgrund von Abstammung, Religion und Nationalität erfolgen würde.<sup>133</sup>

<sup>125</sup> Die Konvention mit der SEV-Nr. 003 wurde im Rahmen des Europarats ausgearbeitet, am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet und trat am 3. September 1953 in Kraft, abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_deu.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_deu.pdf), zuletzt abgerufen am 09.12.2021.

<sup>126</sup> Case 2018/03 Rn. 54.

<sup>127</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/en/content/download/12626/file/article-3-ENG-february-2013.pdf>, zuletzt abgerufen am 24.11.2021.

<sup>128</sup> Repository of Practice on Article 3, abrufbar unter: <https://www.interpol.int/en/content/download/12626/file/article-3-ENG-february-2013.pdf>, S. 3, zuletzt abgerufen am 24.11.2021.

<sup>129</sup> Case 2018/03 Rn. 13 f.

<sup>130</sup> Case 2018/03 Rn. 41.

<sup>131</sup> Case 2018/03 Rn. 39.

<sup>132</sup> Case 2018/03 Rn. 40 f.

<sup>133</sup> Case 2018/03 Rn. 49, 54.

b. Case 2017/12: Verhandlung trotz Abwesenheit des Angeklagten möglich

Der Antragsteller machte hier geltend, er sei in Abwesenheit verurteilt worden und habe daher sein Recht, sich persönlich zu verteidigen und den Rechtsbeistand eines Anwalts in Anspruch zu nehmen, nicht ausüben können. Außerdem stellte er die Unparteilichkeit des Gerichtssystems im um Auslieferung ersuchenden Staat in Frage. Auch das Einlegen eines Rechtsmittels gegen die rechtskräftigen Entscheidungen der nationalen Gerichtsinstanzen sei ihm nicht möglich gewesen. Es liege daher eine Verletzung des Rechts auf Verteidigung und ein faires Verfahren nach Art. 2 Abs. 1 der Verfassung von INTERPOL und Art. 10 AEMR vor.<sup>134</sup>

Die Kommission lehnt den Antrag auf Löschung und eine Verletzung von Art. 2 der Verfassung ab. Der Antragsteller habe sich der Verhandlung entzogen und könne sich daher nicht darauf berufen, dass das Verfahren in seiner Abwesenheit geführt bzw. er in Abwesenheit verurteilt worden sei.<sup>135</sup>

c. Case 2019/05: Gesundheitszustand des Antragstellers

In Case 2019/05 nimmt die CCF – erneut unter Hinweis auf die fehlende Bindungswirkung – Bezug auf die Feststellungen eines nationalen Gerichts.<sup>136</sup> Die Löschung der Red Notice werde angeordnet, weil das Recht des Verfolgten auf körperliche Unversehrtheit verletzt sei, Hintergrund war die Tatsache, dass die Auslieferung zu unwiderruflichen Schäden und einer lebensbedrohlichen Lage beim Verfolgten führen würde.<sup>137</sup>

d. Case 2018/06: Abstrakte Bewertung eines Haftsystems nicht ausreichend

Der Antragsteller behauptete auch in diesem Verfahren zu Art. 2 der Verfassung, dass er in allen Strafverfahren des um Auslieferung ersuchenden Staates in Abwesenheit verurteilt worden sei, ohne dass er die Möglichkeit hatte, sich zu verteidigen.<sup>138</sup> Außerdem machte er geltend, dass gegen ihn im ersuchenden Staat die Todesstrafe verhängt werde und ihm Folter drohen würde.<sup>139</sup>

Die CCF lehnt den auf Art. 2 gestützten Löschantrag ab, weil sie keine Bewertung des Justizsystems eines Staates in abstracto vornehme. Sie müsse ihre Feststellungen auf der Grundlage von spezifischen Informationen treffen, die Aufschluss darüber geben, ob der rechtliche Rahmen von INTERPOL in einem bestimmten Fall eingehalten wurde.<sup>140</sup> Im vorliegenden Fall würden die vom Antragsteller vorgelegten Angaben nicht belegen, dass im Verlauf seiner Verfolgung und seines Urteils ein faires Verfahren in eklatanter Weise verweigert wurde.<sup>141</sup>

Auch die Verurteilung in Abwesenheit verletzte nicht Artikel 2 der Verfassung von INTERPOL, da das Urteil in Übereinstimmung mit dem nationalen Strafprozessrecht des ersuchenden Staates ergangen sei und die nationalen Behörden außerdem zugesichert hätte, dass der Antragsteller bei seiner Rückkehr Rechtsmittel einlegen könne.<sup>142</sup>

### 3. Zwischenfazit

Ein Verstoß gegen Art. 2 der Verfassung, Art. 34 Abs. 1 RPD i.V.m. AEMR setzt demnach eine Schilderung des konkre-

ten Einzelfalls voraus. Allgemeine Kritik am Rechtssystem des ersuchenden Staates begründen die Löschung dagegen nicht.

Ein Verstoß gegen Art. 2 der Verfassung kann unter anderem mit Verweis auf Berichte internationaler Organisationen wie des *United Nations Human Rights Committee (UNHRC)*<sup>143</sup> und Entscheidungen eines nationalen Gerichts über die Unzulässigkeit einer Auslieferung im konkreten Fall begründet werden.<sup>144</sup>

## II. Art. 3 INTERPOL's Constitution, Art. 34 Abs. 2, 3 RPD

In 18 der von INTERPOL veröffentlichten Entscheidungen bildete der politische Charakter der Verfolgung ein tragendes Argument der Verteidigung.

### 1. Rechtlicher Maßstab der CCF

Rechtsgrundlage für das Vorliegen einer politisch motivierten Verfolgung bilden Art. 3 der Verfassung<sup>145</sup> und Art. 34 Abs. 2, 3 RPD.<sup>146</sup> Danach ist es untersagt, sich in politische, militärische, religiöse oder rassistische Angelegenheiten einzumischen.

Im Repository of Practice zu Art. 3 der Verfassung übernimmt INTERPOL die im Auslieferungsrecht gängige Unterscheidung zwischen rein politischen Straftaten („*Pure Offences*“), die ausschließlich aufgrund ihres politischen, militärischen, religiösen oder rassistischen Charakters unter Strafe gestellt werden und praktisch nie mit Artikel 3 in Einklang stehen, und politischer Verfolgung („*Relative Offences*“). Dabei handelt es sich um die Verfolgung gängiger Delikte, die jedoch politisch motiviert ist.<sup>147</sup> Da *Relative Offences* Elemente des allgemeinen Strafrechts enthalten, können sie Gegenstand

<sup>134</sup> Case 2017/12 Rn. 42 ff.

<sup>135</sup> Case 2017/12 Rn. 48.

<sup>136</sup> Case 2019/05 Rn. 10 f., 26.

<sup>137</sup> Case 2019/05 Rn. 22, 31.

<sup>138</sup> 2018/06 Rn. 23.

<sup>139</sup> Case 2018/06 Rn. 46.

<sup>140</sup> Case 2018/06 Rn. 29.

<sup>141</sup> Case 2018/06 Rn. 30.

<sup>142</sup> Case 2018/06 Rn. 31; In Bezug auf die vom Antragsteller geltend gemachte drohende Todesstrafe stellt die Kommission in Case 2018/06 Rn. 55 fest, dass keine der Strafsachen, auf die sich die Red Notice bezieht, zu einer Verurteilung zum Tode, sondern lediglich zu einer Freiheitsstrafe führen würde. Auch die Behauptungen der drohenden Folter, beruht lediglich auf allgemeinen Behauptungen zur Sicherheitslage und den Haftbedingungen im ersuchenden Staat.

<sup>143</sup> Case 2018/14 Rn. 46 f.

<sup>144</sup> Case 2018/15 Rn. 40 ff.

<sup>145</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/content/download/590/file/Constitution%20of%20the%20ICPO-INTERPOL-EN.pdf>, zuletzt abgerufen am 23.11.2021.

<sup>146</sup> Abrufbar unter: <https://www.interpol.int/content/download/5694/file/INTERPOL%20Rules%20on%20the%20Processing%20of%20Data-EN.pdf>, zuletzt abgerufen am 24.11.2021.

<sup>147</sup> Siehe auch § 6 IRG.

einer Red Notice sein, selbst wenn die Strafverfolgung auch einige politische Elemente aufweist.<sup>148</sup>

Für diese „*Relative Offences*“ wendet INTERPOL den *Predominance Test* an, der internationalen Standards entspricht.<sup>149</sup> Anhand dieses Tests wird festgestellt, ob politische, militärische, religiöse oder rassistische Elemente in einem bestimmten Fall „vorherrschen“. Gemäß Artikel 34 Abs. 3 RPD berücksichtigt das Generalsekretariat dabei die Art der Straftat, den Status der betroffenen Personen, die Identität der Informationsquelle, den von den INTERPOL-Mitgliedern vertretenen Standpunkt, die völkerrechtlichen Verpflichtungen, die Auswirkungen auf die Neutralität von INTERPOL und den allgemeinen Kontext des Falles.<sup>150</sup>

Kritik aus dem Ausland, von internationalen Organisationen oder NGO's oder die Verweigerung der Auslieferung durch andere Mitgliedstaaten können es wahrscheinlicher machen, dass die Kommission eine einzelne Red Notice als politisch motiviert einstuft.<sup>151</sup> Die Gewichtung dieser Indizien erfolgt jedoch einzelfallabhängig („*as to which the following appear to the Commission to be key in the present case*“).<sup>152</sup>

## 2. Entscheidungsanalyse

Die Analyse der veröffentlichten Entscheidungen zeigt, dass die CCF besonderen Wert auf die Person des Verfolgten und die Position anderer Organisationen legt. Regelmäßig nicht ausreichend sind Straftaten mit wirtschaftlichem Kontext.

### a. Case 2018/07: Einzelfallabhängige Gewichtung der Indizien

Der Antragsteller war Journalist und anerkannter Flüchtling, wurde im Auslieferungsverfahren festgenommen und beantragte die Löschung der bei INTERPOL zu ihm gespeicherten Daten.<sup>153</sup>

Die Kommission stellt zunächst fest, dass es sich nicht um eine politische Straftat, sondern um ein allgemeinen Deliktstatbestand handele. Sie hält jedoch, unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR zur Meinungsfreiheit, fest, dass bereits die Anwendung von Terrorismusgesetzen eine vertiefte Prüfung erfordere. Im Ergebnis wird eine politische Verfolgung angenommen und diese unter anderem unter Verweis auf Berichte des UN-Sonderberichterstatters und internationaler Journalistenvereinigungen begründet.<sup>154</sup> Darüber hinaus verweist die CCF maßgeblich auf die Anerkennung als Flüchtling und deren Begründung.<sup>155</sup>

### b. Case 2017/05: Antragsteller war Oppositionspolitiker

Der Antragsteller war als Politiker in der Opposition tätig.<sup>156</sup> Die Kommission weist in dieser Entscheidung erneut auf die Notwendigkeit des *Predominance Tests* hin und führt diesbezüglich den Status des Antragstellers und die von anderen internationalen Einrichtungen vertretene Position als entscheidende Punkte für ihre Entscheidung an.<sup>157</sup>

Die CCF gibt dem auf Art. 3 der Verfassung gestützten Antrag statt. Unter anderem bezieht sie sich auf die Entscheidungen verschiedener nationaler Gerichte, wonach Oppositionelle in dem ersuchenden Staat mitunter politisch motivier-

ten Angriffen ausgesetzt wurden.<sup>158</sup> Aufgrund der Vielzahl nationaler und internationaler Gerichtsentscheidungen, in denen das Handeln des ersuchenden Staates kritisiert wurde, kommt die Kommission daher zu der Entscheidung, dass der Fall einen überwiegend politischen Charakter aufweise.<sup>159</sup>

### c. Case 2018/06: Antragsteller kein Politiker

In diesem Fall war der Antragsteller nicht Politiker oder ehemaliger Politiker, sondern hatte lediglich mehrere hochrangige Positionen bekleidet. Auch die dem Antragsteller vorgeworfenen Straftaten wurden nicht im Rahmen der Ausübung eines politischen Amtes begangen.<sup>160</sup> Ihm wurde Untreue vorgeworfen, die er mit ihm zur Verfügung stehenden offiziellen Machtbefugnissen und ohne Kenntnis der Regierung vorgenommen habe, um sich persönlich zu bereichern.<sup>161</sup> Die Löschung der Red Notice wurde daher als unbegründet zurückgewiesen.<sup>162</sup>

### d. Case 2019/09: Lediglich unternehmensbezogener Kontext

Die Kommission stellt fest, dass der Antragsteller kein Politiker, sondern vielmehr ein hochrangiger Manager in einem strategischen, staatlich kontrollierten Unternehmen war. Er behauptete die verfahrensgegenständliche Untreue im Zusammenhang mit der Restrukturierung sei auf eine Regierungsentscheidung zurückzuführen.

Selbst wenn man davon ausgehe, dass es in diesem Fall politische Elemente gebe, reichen die Informationen nach Ansicht der Kommission nicht aus, um ein Übergewicht über die materiell-rechtliche Dimension des Falles zu begründen. Auch die Verbindung zur Regierung genüge dafür nicht, da sie allen staatlich bestimmten Positionen gemein sei.<sup>163</sup>

<sup>148</sup> Repository of Practice on Article 3, S. 22-23.

<sup>149</sup> Buckland, Aimee J. „Offending Officials: Former Government Actors and the Political Offense Exception to Extradition“. *California Law Review*, März 2006. 94 (2); Kinneally, James J., III (1987). „The Political Offense Exception: Is the United States-United Kingdom Supplementary Extradition Treaty the Beginning of the End?“. *American University Journal of International Law and Policy*. 2 (1).

<sup>150</sup> Repository of Practice on Article 3, Rn. 28; Art. 34 (2), (3) RPD; Case 2017/02 Rn. 27 ff., Case 2017/03 Rn. 28 f., Case 2018/17 Rn. 38 ff.

<sup>151</sup> Case 2017/02 Rn. 28; Case 2017/03 Rn. 28, Case 2018/17 Rn. 38 f.

<sup>152</sup> Case 2018/10 Rn. 62 f.

<sup>153</sup> Case 2018/07 Rn. 47.

<sup>154</sup> Case 2018/07 Rn. 55 f.

<sup>155</sup> Case 2018/07 Rn. 48 f.

<sup>156</sup> Case 2017/05 Rn. 30.

<sup>157</sup> Case 2017/05 Rn. 29.

<sup>158</sup> Case 2017/05 Rn. 32.

<sup>159</sup> Case 2017/05 Rn. 34.

<sup>160</sup> Case 2018/06 Rn. 41.

<sup>161</sup> Case 2018/06 Rn. 40.

<sup>162</sup> Case 2018/06 Rn. 42..

<sup>163</sup> Case 2019/09 Rn. 33.

## I. Fehlendes Interesse an der internationalen Verfolgung, Art. 5 Abs. 3, 35, 83 Abs. 1 a RPD

In vier Entscheidungen stellte das fehlende Interesse an der internationalen Verfolgung das Hauptargument der Verteidigung dar.

### 1. Rechtlicher Maßstab der CCF

Nach Artikel 5 Abs. 3 RPD besteht ein Bestreben ein Höchstmaß an Informationen zwischen den Mitgliedern auszutauschen, die für die Zwecke der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit von Interesse sind. Dabei muss jedoch der politischen Neutralität, der Unabhängigkeit der Organisation sowie der jeweiligen nationalen Gesetzgebung und der internationalen Übereinkünfte, denen sie beigetreten sind, gebührend Beachtung geschenkt werden. Bevor die Daten in einer polizeilichen Datenbank gespeichert werden, muss daher sichergestellt werden, dass selbige auch dem Zweck der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit dienen.

Nach Artikel 35 Abs. 2 RPD wird die Erfüllung dieser Bedingung für die Speicherung von Daten in Bezug auf Folgendes beurteilt:

- den spezifischen Zwecken der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit, die in Artikel 10 Abs. 2 RPD festgelegt sind,
- dem internationalen Charakter der Daten und insbesondere dem Ausmaß, in dem die Daten von nationalen Zentralbüros, nationalen Stellen oder internationalen Stellen, die nicht die Quelle sind, verwendet werden können.

Beispielsweise dann, wenn die angeklagte Tat in anderen Mitgliedsstaaten nicht als Straftat, sondern als zivilrechtliche Angelegenheit behandelt wird, kann die Veröffentlichung einer Red Notice nicht zur internationalen polizeilichen Zusammenarbeit führen und verstößt gegen Art. 5 Abs. 3, 35, 83 Abs. 1 a RPD.<sup>164</sup>

### 2. Entscheidungsanalyse

Gerade im Bereich der Vermögensdelikte lässt die Entscheidungspraxis, wie die nachfolgenden Entscheidungen zeigen, keine klare Linie erkennen.

In drei der von INTERPOL veröffentlichten Entscheidungen war das fehlende Interesse an der internationalen Verfolgung ein erfolgführendes Argument.

#### a. Case 2019/01

In dieser Entscheidung hatte der Antragsteller einen nichtgedeckten Scheck ausgestellt.<sup>165</sup> Die Kommission macht in ihrer Begründung deutlich, dass nach Artikel 35 (1) RPD, alle in den Akten von INTERPOL gespeicherten Daten „für die Zwecke der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit von Interesse“ sein müssten.<sup>166</sup>

Hinsichtlich des strafrechtlichen Charakters der Handlung des Antragstellers stellt die Kommission fest, dass die meisten Mitgliedstaaten die bloße Ausstellung eines ungedeckten

Schecks nicht als Straftat einstufen. Daher sei zu erwarten, dass die beiderseitige Strafbarkeit in einer Vielzahl der Mitgliedstaaten nicht erfüllt werde.<sup>167</sup>

#### b. Case 2019/08

In Case 2019/08 wurde der Antragsteller verdächtigt, sich eines Betruges schuldig gemacht zu haben.<sup>168</sup> Er soll ohne Zustimmung der Gesellschafter Gelder der Gesellschaft an Dritte überwiesen haben. Damit habe er jedoch lediglich, so der Antragsteller, berechnete Bonusansprüche erfüllt. Die Kommission macht – in einer sehr detaillierten und am nationalen Recht orientierten Begründung – deutlich, dass selbst eine zivilrechtliche Einigung sich auf die Ausschreibung nicht auswirke, solange der ersuchende Staat an der strafrechtlichen Verfolgung festhalte. Die Einigung lasse daher nicht auf einen vorrangig privaten bzw. zivilrechtlichen Charakter des Falles schließen.<sup>169</sup> Die CCF macht wenig aufschlussreiche Ausführungen dazu, ob der durch die Tat erlangte Betrag relevant sei. Obgleich das Ausmaß („seriousness“) für die Beurteilung von Bedeutung sei.<sup>170</sup>

## II: Weitere Argumente

### a. Fehlendes Auslieferungersuchen

Ein fehlendes Auslieferungersuchen war in keiner der von INTERPOL veröffentlichten Entscheidungen ein erfolgreiches Argument. So macht die Kommission in Case 2017/03 deutlich, dass ein fehlendes Auslieferungersuchen unter anderem dann unschädlich ist, wenn der Heimatstaat ohnehin nicht ausgeliefert hätte. Art. 81 Abs. 3 d RPD, der vorsieht, dass das Generalsekretariat eine Bekanntmachung aufhebt, wenn der ersuchende Staat, trotz Kenntnis der erforderlichen Daten keine Maßnahmen unternimmt, findet in diesem Fall keine Anwendung. Das fehlende Auslieferungersuchen bzw. die mangelnden Auslieferungsbemühungen des ersuchenden Staates sind dann nicht kausal für die nicht erfolgte Auslieferung.<sup>171</sup>

### b. Zusammenhang zu privaten Angelegenheiten

Das Vorliegen einer privatrechtlichen Straftat oder Streitigkeit nach Art. 83 Abs. 1 a RPD war in vier Fällen als Argument für die Löschung einer Red Notice erfolgreich.<sup>172</sup> Art. 83 Abs. 1 a (i) RPD sieht vor, dass „für Straftaten im Zusammenhang mit privaten Angelegenheiten [...] keine Bekanntmachungen veröffentlicht werden dürfen, es sei denn, die strafbare Handlung zielt auf die Erleichterung einer schweren Straftat ab

<sup>164</sup> Case 2018/03 Rn. 30: es ging um den Vorwurf des Ausstellens ungedeckter Checks.

<sup>165</sup> Case 2019/01 Rn. 13.

<sup>166</sup> Case 2019/01 Rn. 24.

<sup>167</sup> Case 2019/01 Rn. 28 f.

<sup>168</sup> Case 2019/08 Rn. 23.

<sup>169</sup> Case 2019/08 Rn. 51, 72

<sup>170</sup> Case 2019/08 Rn. 52, 64.

<sup>171</sup> Case 2017/03 Rn. 44 f.

<sup>172</sup> Case 2017/04; Case 2017/08; Case 2018/04; Case 2019/01.

oder es besteht der Verdacht, dass sie mit der organisierten Kriminalität in Verbindung steht.“<sup>173</sup> So stellt beispielsweise die Unfähigkeit zur Zahlung einer Geldstrafe nach Ansicht der Kommission eher eine zivilrechtliche Streitigkeit dar.<sup>174</sup>

#### c. Beweisgrundlage

Das Fehlen einer Beweisgrundlage war als Argument in keinem der veröffentlichten Fälle erfolgreich. Die Kommission machte hier deutlich, dass sie nicht in der Lage ist, Beweise zu prüfen und ein Urteil über die Schuld oder Unschuld einer Person vor einem nationalen Gericht zu fällen.<sup>175</sup>

#### d. Ne bis in idem

Darüber hinaus war das Doppelbestrafungsverbot in keiner der Entscheidungen ein einschlägiges Argument. In Case 2017/09 stellt die Kommission fest, dass es Aufgabe der nationalen Gerichte ist, zu entscheiden, ob dieser Grundsatz Anwendung findet.<sup>176</sup> Die Red Notice sei ein internationales Instrument der Strafverfolgung, das von der Anwendung des ne-bis-in-idem-Grundsatzes unabhängig ist. Eine internationale oder völkerrechtliche Grundlage für die Anwendung des Grundsatzes gäbe es in diesem Fall nicht.<sup>177</sup>

INTERPOL wird jedoch dazu gezwungen sein, zumindest regional den ne-bis-in-idem-Grundsatz umzusetzen.

Der EuGH hatte jüngst in seiner Entscheidung zum Doppelbestrafungsverbot vom 12. Mai 2021<sup>178</sup> klargestellt, dass Art. 54 SDÜ, Art. 21 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 50 GrCh dahingehend auszulegen sind, dass sie der vorläufigen Festnahme einer Person, die Gegenstand einer auf Antrag eines Drittstaats von INTERPOL herausgegebenen Red Notice ist, durch die Behörden eines Vertragsstaats nicht entgegenstehen.

Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn mit einer, durch einen Mitgliedstaat ergangenen rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung festgestellt wird, dass die betreffende Person von einem Vertragsstaat wegen derselben Taten, auf die sich die Red Notice bezieht, bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist. In einem solchen Fall ist eine vorläufige Festnahme nach dem Urteil des EuGH unzulässig.<sup>179</sup>

Im Fall des Vorliegens einer solchen gerichtlichen Entscheidung ist auch die Verarbeitung der in einer von INTERPOL herausgegebenen Red Notice enthaltenen personenbezogenen Daten nicht gestattet. INTERPOL muss daher dringend Überlegungen anstellen, wie ein solcher Fall gehandhabt werden soll. Zwar besteht keine Bindungswirkung des EuGH zu INTERPOL. Jedoch bindet die Entscheidung des EuGH die Mitgliedsstaaten der EU. Daraus ergibt sich ein Spannungsverhältnis, das dazu führt, dass, wenn eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zur Geltung des Doppelbestrafungsverbot vorliegt, die Datenverarbeitung – zumindest in der EU – in Zukunft gestoppt werden muss. Sollten die Daten weiterhin gespeichert werden, müssten sie mit dem Hinweis versehen werden, dass die betreffende Person in einem Mitglied- oder Vertragsstaat aufgrund des Verbots der Doppelbestrafung wegen derselben Taten nicht mehr verfolgt werden darf.<sup>180</sup>

Es bleibt abzuwarten, wie INTERPOL dieses Problem lösen wird.

## D. Fazit

Trotz der Bemühungen um mehr Transparenz und ein ordnungsgemäßes Verfahren, erzeugt die von INTERPOL veröffentlichte Entscheidungssammlung das Bild einer Scheintransparenz, der es an Repräsentanz fehlt. So wurden bereits im Jahr 2020 keine Entscheidungen mehr veröffentlicht. Daneben stellt die teils lange Bearbeitungszeit eines Löschungsersuchens unverändert einen Problemschwerpunkt dar.

Auch in der internationalen Gemeinschaft werden weiterhin Forderungen nach Reformen laut, um einen Missbrauch der Organisation zur Verfolgung unliebsamer, vor allem politischer Gegner zu verhindern.<sup>181</sup> So hatte zuletzt die italienische Föderation für Menschenrechte und die Initiative für verhaftete Anwälte eine Resolution eingereicht, in der sie mehr Transparenz der Verfahren und eine präventive und nachträgliche Prüfung der Ersuchen von Staaten fordert. Insgesamt beteiligen sich an der Forderung 64 zivilgesellschaftliche Organisationen und Einzelpersonen, darunter namhafte Menschenrechtsaktivisten, Abgeordnete und Mitglieder des Europäischen Parlaments.<sup>182</sup>

Im Rahmen dieser Reformforderungen moniert auch die NGO *Fair Trials International*, die Red Notice werde von Ländern auf der ganzen Welt zur Verfolgung von Flüchtlingen, Journalisten und friedlichen politischen Demonstranten missbraucht, was für diese Personen mit enormen persönlichen Einschränkungen und Kosten verbunden ist.<sup>183</sup> So sei beispielsweise der russische Aktivist Petr Silaev aufgrund einer von INTERPOL verbreiteten Red Notice inhaftiert worden. Er wurde von Russland des „Hooliganismus“ beschuldigt, einem

<sup>173</sup> Case 2019/09 Rn. 37.

<sup>174</sup> Case 2019/01 Rn. 25.

<sup>175</sup> Case 2019/02 Rn. 52.

<sup>176</sup> Case 2017/09 Rn. 31.

<sup>177</sup> Case 2017/09 Rn. 29 ff.

<sup>178</sup> EuGH, Urteil vom 12. Mai 2021, C-505/19.

<sup>179</sup> EuGH, Urteil vom 12. Mai 2021, C-505/19.

<sup>180</sup> EuGH, Urteil vom 12. Mai 2021, C-505/19 Rn. 120.

<sup>181</sup> The Guardian, 17. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/global-development/2021/oct/17/has-interpol-become-the-long-arm-of-oppressive-regimes>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021; Fair Trials, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/global-development/2021/oct/17/has-interpol-become-the-long-arm-of-oppressive-regimes>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021; Parliamentary Assembly, 29. März 2017, abrufbar unter: <https://pace.coe.int/pdf/a725d34d2354295cff2ad986ddaa93174644d4a02d4cd60a229316d34b0eb042/doc.%2014277.pdf>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021.

<sup>182</sup> Abrufbar unter: <https://arrestedlawyers.org/2021/11/16/8029/>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021; FIDU, abrufbar unter: <https://fidu.it/language/en/civil-society-resolution-on-the-forthcoming-89th-ga-of-interpol/>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021; statewatch, abrufbar unter: <https://www.statewatch.org/news/2021/november/interpol-must-change-its-practices-to-protect-human-rights/>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021.

<sup>183</sup> Fair Trials, abrufbar unter: <https://www.fairtrials.org/campaign/interpol>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021.



Straftatbestand, der in Russland häufig missbraucht wird, um politische Gegner, wie auch die Punkband „Pussy Riot“ zu verfolgen.<sup>184</sup>

Ob in Zukunft weitere Reformen beschlossen werden, bleibt abzuwarten.

Die Wahl des Generalmajors Ahmed al-Raisi zum neuen INTERPOL-Präsidenten bei der diesjährigen Generalversammlung in Istanbul wirft allerdings erneut Fragen auf, da gegen al-Raisi in fünf Ländern wegen des Vorwurfs der Beteiligung an Folter ermittelt wird.<sup>185</sup>

Abschließend lässt sich feststellen, dass insbesondere, wenn die Verfolgung des Antragstellers sich als politisch motiviert darstellt, Chancen bestehen, die Löschung der Red Notice zu erwirken. Insgesamt ist vor allem eine einzelfallbezogene Argumentation erforderlich. Pauschalisierende Ausführungen zum Justizsystem eines Staates werden von der Kommission nicht berücksichtigt. Des Weiteren werden vor allem

nationale Gerichtsentscheidungen und Bewertungen von internationalen Organisationen von der Kommission bei der Entscheidung über ein Lösungsersuchen stark gewichtet. Auch ein mangelndes Interesse der internationalen Strafverfolgung an der Tat kann in Einzelfällen und je nach begangener Tat ein erfolgreiches Argument bilden.

Um eine weitere Transparenz, insbesondere auch in Bezug auf Argumente der Verteidigung zu ermöglichen, ist eine dauerhafte und vollständige Veröffentlichung der Entscheidungen der Kommission nötig. Gründe, die gegen ein solches Entscheidungsregister sprechen, sind nicht ersichtlich.

<sup>184</sup> Fair Trails, 24, März 2018, abrufbar unter: <https://www.fairtrials.org/case-study/petr-silaev>, zuletzt abgerufen am 08.12.2021.

<sup>185</sup> Zeit, abrufbar unter: [https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-11/ahmed-nasser-al-raisi-interpol-praesident-foltervorwurfe?utm\\_source=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F](https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-11/ahmed-nasser-al-raisi-interpol-praesident-foltervorwurfe?utm_source=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F), zuletzt abgerufen am 08.12.2021.

## ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwältin Christine Thürmann, Hamburg

### Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege, zugleich Anm. von BGH, 4. Strafsenat, Beschluss, 11.05.2021, 4 StR 350/20

Die strafrechtliche Würdigung vorsätzlichem vertragsärztlichem (kassenärztlichem) Fehlverhaltens folgt komplexen sozialrechtlichen Regelungen. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen der eigenen vertragsärztlichen Leistungserbringung und veranlassten – verordneten – Leistungen, etwa Heil- oder Arzneimitteln oder der hier gegenständlichen häuslichen Krankenpflege. Bei letzteren hängt die Strafbarkeit erneut von heterogenen sozialrechtlichen Regelungszusammenhängen ab. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte sich mit dieser Fragestellung im Zusammenhang mit der Verordnung von häuslicher Krankenpflege zu befassen. Dem lag der folgende Sachverhalt zugrunde.

#### I. Die Entscheidung des 4. Strafsenats

Der Angeklagte war Facharzt für Allgemeinmedizin und verfügte über eine vertragsärztliche Zulassung. Seine Ehefrau führte einen Pflegedienst. In kollusivem Zusammenwirken entwickelten sie den Plan, dass der Angeklagte Patienten häusliche Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V verordnete, obwohl diese nicht notwendig war. Die vertragsärztliche Verordnung ist bei häuslicher Krankenpflege indes nicht aus-

reichend. Vielmehr muss auf Grundlage dieser Verordnung ein Antrag bei der jeweiligen Krankenkasse der versicherten Patienten gestellt werden. Die Ehefrau des Angeklagten stellte für die Patienten die Anträge bei den Kostenträgern und schloss mit den versicherten Patienten Verträge über die Pflegeleistungen ab. Sie rechnete die – in Wahrheit nicht oder nur geringfügig erbrachten Leistungen – teilweise unter Vorlage falscher Leistungsnachweise, gegenüber den Krankenkassen ab. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe.

Der BGH änderte den Schuldspruch dahingehend ab, dass der Angeklagte sich nur der Beihilfe zum durch seine Ehefrau begangenen Abrechnungsbetrug strafbar gemacht habe, nicht hingegen der Untreue. Der BGH lehnte die Untreue mit der Begründung ab, dass eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB hinsichtlich der Verordnung von häuslicher Krankenpflege nicht gegeben sei. Grundlage einer Vermögensbetreuungspflicht sei die inhaltlich besonders herausgehobene Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, die auf Grund von vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsbeziehungen bestehe. Dies sei im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln: die Pflicht, auf fremde Vermögensinteressen Rücksicht zu nehmen, müsse als Hauptpflicht ausgestaltet sein. Unter anderem müsse insbesondere berücksichtigt werden, welche Kontrollmöglichkeiten dem Treugeber verblieben und inwieweit eine Entscheidung des Täters eigenverantwortlich und bindend sei. In Anwendung dieser Maßstäbe bestehe bei häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V gerade keine Vermögensbetreuungspflicht. Häusliche Krankenpflege setze zwar eine vertragsärztliche Verordnung voraus. Diese sei jedoch nicht hinreichend für den Leistungsbezug, weil sie für die Krankenkasse nicht bindend sei. Vielmehr müsse die jeweilige Krankenkasse vor Leistungsbeginn eine Bewilligungsentscheidung treffen. Die Krankenkasse sei an die Verordnung des jeweiligen Vertragsarztes nicht gebunden. Kommt sie zu einer anderen Bewertung als der Vertragsarzt, so kann sie eine gutachterliche

Stellungnahme des Medizinischen Dienstes (früher: MDK) einholen.

## II. Anmerkung

Im Rahmen von § 266 Abs. 1 StGB muss in jeder Tatbestandsvariante eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegen. Eine solche liegt vor, wenn der Täter selbst persönlich verpflichtet ist, die Geschäfte eines anderen zu besorgen, wobei in Bezug auf das fremde Vermögen eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung als wesentlicher Inhalt der Rechtsbeziehung vorliegen muss.<sup>186</sup> Sofern einem Arzt eine vermögensrechtliche Befugnis eingeräumt wird, ist auch der Anwendungsbereich des § 266 StGB eröffnet.<sup>187</sup> Dem Täter muss hierbei auf der einen Seite Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und Selbständigkeit zustehen und andererseits muss der Treugeber keine tatsächliche Möglichkeit haben, steuernd und überwachend in die Entscheidungen des Täters einzugreifen.<sup>188</sup>

Einen Arzt trifft daher grundsätzlich bei der Abrechnung eigener Leistungen keine Vermögensbetreuungspflicht,<sup>189</sup> unabhängig davon, ob es sich um Kassenpatienten handelt, die Abrechnung also gegenüber der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung, bei Selektivverträgen mit den Krankenkassen unmittelbar, oder um Selbstzahler handelt. Denn im Verhältnis Arzt und Patient ist die Behandlung gesundheitlicher Belange wesentlicher Inhalt der Rechtsbeziehung.<sup>190</sup> Die unter dem Stichwort „Arztuntreue“ diskutierten Sachverhalte rekurren zumeist auf Fehlverhalten bei ärztlich veranlassten Leistungen, insbesondere Verordnungen.<sup>191</sup> Die Begründung soll hier im Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 12, 70 SGB V liegen.<sup>192</sup> Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist indes zwar notwendig, aber nicht hinreichend für die Annahme der „Arztuntreue“ bei veranlassten Leistungen. Denn es gilt für alle Leistungserbringer im Gesundheitswesen und für alle Versicherten und sämtliche Leistungen (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V), so dass, wäre es hinreichend, auch jegliche Falschabrechnung und alle Verordnungen zugleich unter § 266 StGB fallen müssten. Dies ist indes selbst nach der als zu weit kritisierten<sup>193</sup> Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht der Fall. Vielmehr kommt es auch auf die Eigenverantwortlichkeit der Leistungserbringung und die fehlende Eingriffsmöglichkeit des Treugebers an:

So wird bei der Verordnung von Heilmitteln zurecht eine Vermögensbetreuungspflicht angenommen.<sup>194</sup> Heilmittel sind dem Heilzweck dienende oder den Heilerfolg sichernde ärztlich verordnete Dienstleistungen, die nur von entsprechend ausgebildeten Personen erbracht werden dürfen;<sup>195</sup> etwa Logopädie, Physio- oder Ergotherapie. Bei der Verordnung von Heilmitteln stellt der Vertragsarzt in eigener Verantwortung eine Verordnung aus und für die Krankenkassen verbindlich fest, dass die medizinischen Voraussetzungen für den Eintritt des Versicherungsfalls vorliegen, und dass das Heilmittel notwendig und wirtschaftlich (§§ 12, 70 SGB V) ist. Eine vor Verordnung der Heilmittel stattfindende Kontrolle durch die Krankenkassen ist nicht vorgesehen. Die Krankenkasse wird bereits leistungspflichtig, wenn die Verordnung ausgestellt und erbracht wird. War die Verordnung (die Überprüfung des Ordnungsverhaltens darf nicht mit der Überprüfung der Leistungserbringung durch den Heilmittelerbringer verwechselt werden; diese findet getrennt davon statt), die erst im Nachhinein überprüft werden kann, unwirtschaftlich oder

unrechtmäßig, so wird der Vertragsarzt regresspflichtig.<sup>196</sup> Insbesondere unter dem Aspekt des Wirtschaftlichkeitsgebots ergibt sich somit eine besondere Verantwortung des Vertragsarztes hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen, mithin eine Vermögensbetreuungspflicht. Selbige Überlegung gilt auch für Verordnung von Sprechstundenbedarf. Auch hier trifft den Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht, da er die Gesetzlichen Krankenkassen durch die Verordnung selbst zu Zahlungen verpflichten kann. Die Gesetzlichen Krankenkassen haben indes keine Kontrollmöglichkeit.<sup>197</sup>

Anders ist der Fall bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege (§ 37 Abs. 2 SGB V) zu bewerten: Die Verordnung häuslicher Krankenpflege unterliegt gemäß § 6 Abs. 1 HKP-RL – einer Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses und damit untergesetzliches Bundesrecht – dem Genehmigungsvorbehalt der jeweiligen Krankenkasse. Eine solche Vorschrift findet sich in der Heilmittel- und Arzneimittelverordnung gerade nicht. Bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege liegt es folglich nicht allein in der Hand des verordnenden Arztes, ob eine Leistungspflicht der jeweiligen Krankenkasse entsteht. Vielmehr verfügt diese über bereits vorgeschaltete verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten. Bestehen nämlich Zweifel seitens der jeweiligen Krankenkasse, dass die Verordnung rechtmäßig ist, so hat sie eine Prüfung durch den Medizinischen Dienst (früher MDK) vornehmen zu lassen, § 275 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, § 6 Abs. 2 HKP-RL. Gleiches gilt, sofern die häusliche Krankenpflege länger als vier Wochen durchgeführt werden soll, § 275 Abs. 2 Nr. 3 SGB V. Demnach besteht bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege keine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes.

Fraglich ist indes, wie sich der Genehmigungsvorbehalt in der Praxis darstellt. Werden die Anträge durch die jeweiligen Krankenkassen in der Regel ohne weitere Prüfung ge-

<sup>186</sup> Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 9, 10

<sup>187</sup> BGH NJW 2016, 3253 3253; Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 29, 32 mwN.

<sup>188</sup> BGH NJW 2016, 3253, 3253 f.; BGH NJW 2015, 1618, 1618 f.

<sup>189</sup> Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 28; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer, StGB § 266, Rn. 50.

<sup>190</sup> BGH NJW 2012, 2530, 2533, 2534 f.; Spickhoff/Schuh, 3. Aufl. 2018, StGB, § 266 Rn. 28.

<sup>191</sup> Zur Entwicklung der Untreuestrafbarkeit von Vertragsärzten vor dem Hintergrund der sich gewandelten BSG-Rechtsprechung vgl. Sommer/Tsambikakis, in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Clausen/Schroeder-Printzen, 3. Aufl. 2020, § 3, Rn. 155; vgl. auch Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Auflage 2021, Rn. 1703 ff.

<sup>192</sup> Zuck/Gokel, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht 4. Auflage 2018, § 74, Rn. 11.

<sup>193</sup> Sommer/Tsambikakis aaO; Magnus, Aktuelle Probleme des Abrechnungsbetrugs (§ 263 StGB), NStZ 2017, 249, 252.

<sup>194</sup> BGH NStZ 2017, 32.

<sup>195</sup> Vgl. § 2 HeiM-RL; Krauskopf/Vossen, SGB V, 110. EL März 2021, § 138 Rn. 3.

<sup>196</sup> Juris PK-SGB V/Matthäus, 4. Aufl., § 73 Rn. 136.

<sup>197</sup> BGH NStZ-RR 2017, 313.

nehmt und die Leistung erst gegebenenfalls im Nachhinein regressiert, so könnte sich die Situation vergleichbar mit der Verordnung von Heilmitteln darstellen und eine Vermögensbetreuungspflicht auslösen. Dies ist – unabhängig von der tatsächlichen Prüfdichte – jedoch abzulehnen, da die Strafbarkeit des Vertragsarztes nicht von ihm unbekanntem internen Abläufen verschiedener Krankenkasse abhängen kann. Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht wird hinsichtlich der vertragsärztlichen Abrechnung eigener Leistungen die nicht (ordnungsgemäß) erbracht wurden, vom BGH zurecht abgelehnt. Hier bleibt es zumindest bei der Strafbarkeit wegen Abrechnungsbetruges gegenüber und zum Nachteil der Kassenärztlichen Vereinigungen.

Hinsichtlich ärztlich veranlasster Leistungen – also bei Verordnungen – ist zu differenzieren: In den Fällen, in denen eine Verordnung durch einen Arzt unmittelbare Zahlungspflichten der gesetzlichen Krankenkassen auslöst, ist eine Vermögensbetreuungspflicht zu bejahen. In solchen Konstellationen ist in der Regel keine Täterschaft des Vertragsarztes hinsichtlich eines Betruges erfüllt, da der Vertragsarzt verordnete Leistungen nicht selbst abrechnet und im Hinblick auf die Bereicherung eines Dritten regelmäßig keinen

Vorsatz hat – anders im vorliegenden Fall. In den Fällen, in denen – wie bei der häuslichen Krankenpflege – eine vorgeschaltete Überprüfung der Leitungsvoraussetzungen durch den Kostenträger erfolgt, liegt keine Vermögensbetreuungspflicht vor. Die Strafbarkeit folgt also auch hier den sozialrechtlichen Regelungen.

### III. Ausblick

Der hier diskutierte Beschluss fußt auf einem Sachverhalt vor Einführung der §§ 299a, 299b, 300 StGB. Fraglich ist, ob ein solcher Fall heute unter diese Regelungen fallen würde. Jedenfalls in einer Konstellation wie dieser, in der nicht notwendige Leistungen einzig aus dem Grund verordnet wurde, dass ein kollusiv zusammenwirkender Dritter diese Leistungen abrechnen kann, findet keine Wettbewerbsbevorzugung statt. Denn hier lag nie eine Wettbewerbssituation, die mit den strafrechtlichen Mitteln der §§ 299a, 299b, 300 StGB geschützt werden müsste, vor. Eine Strafbarkeitslücke entsteht hierdurch indes nicht, da die kollusiv zusammenwirkenden Täter eines Betruges, bzw. einer Teilnahme daran strafbar sind.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

## Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht

### I. Strafprozessrecht

#### 1. Molekulargenetische Untersuchung bei Subventionsbetrug – § 81g StPO

Der Subventionsbetrug ist angesichts der „Corona-Krise“ als Straftat von erheblicher Bedeutung i.S.d. § 81g StPO zu werten.

LG Saarbrücken, Beschluss vom 01.06.2021 – 2 Qs 9/21, wistra 2021, 411

Zu der Entscheidung zu Recht krit. Bosch, wistra 2021, 413.

#### 2. Durchsuchung bei Dritten – § 103 StPO

Eine Durchsuchungsanordnung, die einen Nichtverdächtigen betrifft, setzt voraus, dass hinreichend individualisierte verfahrensrelevante Beweismittel gesucht werden. Diese Gegenstände müssen im Durchsuchungsbeschluss soweit konkretisiert werden, dass weder bei dem Betroffenen noch bei dem die Durchsuchung vollziehenden Beamten Zweifel über die zu suchenden und zu beschlagnehmenden Gegenstände entstehen können. Ausreichend ist dafür allerdings, dass die Beweismittel der Gattung nach näher bestimmt sind; nicht erforderlich ist, dass sie in allen Einzelheiten bezeichnet werden. Die Durchsuchung bei einem Nichtbeschuldigten stellt zudem erhöhte Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Vor der Vollstreckung ist ihm daher in der Regel Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe des sicherzustellenden Gegenstandes zu geben. Im Einzelfall kann es geboten sein, anstelle einer Durchsuchungsanordnung ein

Herausgabeverlangen (§ 95 StPO) vordringlich in Betracht zu ziehen, insbesondere dann, wenn Gewissheit herrscht, dass sich ein beschlagnahmefähiger Beweisgegenstand im Gewahrsamsbereich eines herausgabepflichtigen Adressaten befindet, es zur Erlangung des Gegenstandes nicht auf einen Überraschungseffekt ankommt, die Maßnahme erfolgversprechend ist, das Gebot der Verfahrensbeschleunigung nicht entgegensteht und weder ein das Ermittlungsverfahren bedrohender Verlust der begehrten Sache zu befürchten ist noch etwaige Verdunkelungsmaßnahmen zu besorgen sind. BGH, Beschluss vom 18.11.2021 – StB 6+7/21, wistra 2022, 85 Zu der Problematik s. aktuell auch LG Stuttgart, Beschluss vom 04.11.2021 – 6 Qs 9/21, n.v., sowie Schwerdtfeger/Brune, jurisPR-StrafR 2/2022 Anm. 2.

#### 3. Durchsicht von Papieren und Speichermedien – § 110 StPO

Die Durchsicht beschlagnahmter Papiere bzw. elektronischer Speichermedien ist gem. § 110 Abs. 1 StPO Aufgabe der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihrer Ermittlungspersonen, nicht der Verteidigung. Zu Beweisstücken im Sinne des § 147 Abs. 1 StPO werden im Rahmen der Durchsuchung vorläufig sichergestellte Datenträger bzw. Schriftstücke erst, wenn die Durchsicht gem. § 110 Abs. 1 StPO abgeschlossen und eine Beschlagnahmeanordnung ergangen ist. Ein Besichtigungsrecht der Verteidigung entsteht erst nach erfolgter Durchsicht und entsprechender Beschlagnahme. Damit korrespondiert die Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, die Auswertung vorläufig sichergestellter Schriftstücke und Daten im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Rechte eventuell Drittbetroffener zügig vorzunehmen, um abhängig von der Menge des sichergestellten Materials und der Aufwendigkeit der Auswertung in angemessener Zeit zu entscheiden, was als potentiell beweisrelevant dem Gericht zur Beschlagnahme vorgelegt werden und was an den Beschuldigten oder Drittbetroffenen herausgegeben

werden soll. Dabei ist zu gewährleisten, dass nicht noch während bereits laufender Hauptverhandlung zuvor nicht ausgewertete Beweismittel aus dem sichergestellten Datenbestand nachgeschoben werden, welche den übrigen Beteiligten noch unbekannt sind. Ein mit der Durchsicht umfangreicher Datenbestände verbundener erhöhter Auswertungsaufwand rechtfertigt keine andere Vorgehensweise.

OLG Koblenz, Beschluss vom 30.03.2021 – 5 Ws 16/21, NZWiSt 2021, 386

Zu der Entscheidung s. Gehm, NZWiSt 2021, 391, sowie Greier, jurisPR-StrafR 14/2021 Anm. 1.

#### 4. Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters im Adhäsionsverfahren – § 403 StPO

Der Insolvenzverwalter rückt kraft seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen (§ 80 InsO) grundsätzlich in die Verletztstellung im Sinne der §§ 403 ff. StPO ein. Ob dies allein für Ansprüche in Betracht kommt, die erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, oder ob der Insolvenzverwalter darüber hinaus auch bereits vor dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf ihn entstandene Ansprüche, die zur Insolvenzmasse gehören, als Adhäsionskläger geltend machen darf, bleibt weiter offen. Soweit sich das Urteil eines Strafgerichts auf einen geltend gemachten Adhäsionsanspruch beziehen, sind die Urteilsgründe zwar nicht an zivilprozessualen Vorschriften zu messen; die Ausführungen müssen dem Revisionsgericht aber die Prüfung erlauben, weshalb der zugesprochene Anspruch begründet ist.

BGH, Beschluss vom 28.10.2021 – 4 StR 145/21, ZInsO 2021, 2740

Ausführlich zu der Problematik s. bereits Weyand, ZInsO 2013, 865.

#### 5. Gewährung von Akteneinsicht an den Verletzten – § 406e StPO

Die Gewährung von Akteneinsicht an den Verletzten (§ 406e Abs 1 StPO) ist regelmäßig mit einem Eingriff in Grundrechtspositionen des Beschuldigten, namentlich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verbunden. Daher ist die Staatsanwaltschaft vor Gewährung der Akteneinsicht zu einer Anhörung des Beschuldigten verpflichtet. Das Unterlassen der Anhörung stellt einen schwerwiegenden Verfahrensfehler dar, der durch die Durchführung des Verfahrens auf gerichtliche Entscheidung nicht geheilt werden kann. Das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gebietet, in einem gerichtlichen Verfahren vor einer Entscheidung rechtliches Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen.

BVerfG, Beschluss vom 08.10.2021 – 1 BvR 2192/21, NJW 2021, 3654.

Der Entscheidung zustimmend Kienzerle, FD-StrafR 2021, 443188. Zu der Problematik vgl. vgl BVerfG, Beschluss vom 30.10.2016, 1 BvR 1766/14, n.v. S. auch BVerfG, Beschluss vom 26.10.2006 – 2 BvR 67/06, NJW 2007, 1052.

## II. Materielles Strafrecht

#### 1. Faktischer Geschäftsführer und Analogieverbot – Art 103 GG, § 14 StGB

Es ist nicht Aufgabe des BVerfG, bei Rüge des Analogieverbots nach Art. 103 Abs. 2 GG seine Auffassung von der zu-

treffenden oder überzeugenden Auslegung einfachen Rechts an die Stelle derjenigen der Strafgerichte zu setzen. Die Rechtsprechung des BGH, wonach auch der faktische Geschäftsführer unter dem Begriff des „Mitglieds eines Vertretungsorgans“ zu fassen ist und tauglicher Täter einer nach § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 InsO strafbaren Insolvenzverschleppung sein kann, ist mit der Wortlautgrenze der Strafbestimmung vereinbar.

BVerfG, Beschluss vom 16.08.2021 – 2 BvR 972/21, ZInsO 2021, 2080

Zum faktischen Organ s. grundlegend BGH, Beschluss vom 18.12.2014 – 4 StR 323/14, ZInsO 2015, 196.

#### 2. Beihilfe durch steuerliche Berater – § 27 StGB

Auch wenn der Steuerberater von steuerstrafrechtlichen Ermittlungen gegen seinen Mandanten weiß, für diesen aber weiter Steuererklärungen erstellt, führt dies auch bei objektiv unrichtigen Angaben nicht ohne weiteres zum Vorwurf der Beihilfe.

BGH, Beschluss vom 17.06.2021 – 1 StR 132/21, wistra 2022, 22.

Obwohl er von Ermittlungen gegen die Verantwortlichen einer von ihm steuerlich betreuten GmbH wusste, führte er das Mandat fort und übermittelte weitere USt-Voranmeldungen an das FA. Die Erklärungen wurden allein aufgrund der Informationen durch die Mandantschaft erstellt; sie enthielten aber unzutreffende Vorsteueransprüche, weshalb Erstattungen zu Unrecht erfolgt waren bzw. erfolgen sollten. Angesichts der st. Rspr. des BGH zur „professionellen Adäquanz“ (grundlegend grundlegend BGH, Beschluss vom 20.09.1999 – 5 StR 729/98, wistra 1999, 459) sah der BGH – anders als das LG – keine Hinweise auf einen direkten (Gehilfen-)Vorsatz, weshalb er die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und zur erneuten Verhandlung zurückverwies. Zu der Entscheidung s. Beymer, Stbg 2021, 462, Peters, ZWH 2022, 60, sowie Weyand, kp 2021, 203.

#### 3. Ersparte Aufwendungen und Geldwäsche – § 261 StGB

Durch Steuerhinterziehung ersparte Aufwendungen sind kein taugliches Tatobjekt im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.05.2021 – 4 Ws 53/21, NZWiSt 2021, 622

Zu der Entscheidung s. die krit. Anm. von Bülte, NZWiSt 2021, 399, sowie Winkler, jurisPR-StrafR 17/2021 Anm. 3.

#### 4. Subventionsbetrug und Corona-Soforthilfen – § 264 StGB

Bei den in der Corona-Pandemie ausgezahlten Soforthilfen handelt es sich um Subventionen, die dem Tatbestand des Subventionsbetruges unterfallen.

BGH, Beschluss vom 04.05.2021 – 6 StR 137/21, wistra 2021, 322

Die Rechtsfrage war bereits Gegenstand einer ausführlich begründeten Entscheidung des LG Hamburg (Beschluss vom 18.01.2021 – 608 Qs 18/20, NJW 2021, 707, m. Anm. Brockhaus, jurisPR-StrafR 4/2021 Anm. 1). Zu der Entscheidung des BGH s. gleichfalls Brockhaus, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 1, Kappel/Bader, jurisPR-Compl 4/2021 Anm. 1, sowie Dillmann, NJW 2021, 2056.

#### 5. Subventionsbetrug und Corona-Soforthilfen – § 264 StGB

Die formelhafte Wendung, dass „Tatsachen, die für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder

das Belassen der Zuwendung von Bedeutung sind, subventionserheblich im Sinne von § 264 des Strafgesetzbuches und § 2 des Subventionsgesetzes in Verbindung mit § 1 des Landessubventionsgesetzes [Berlin] sind“, reicht für die nach § 264 Abs. 9 Nr. 1 Alt. 2 StGB erforderliche hinreichend konkrete Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen nicht aus.

KG, Beschluss vom 10.09.2021 - (4) 121 Ss 91/21 (134/21), 4 Ss 134/21, 121 Ss 91/21, wistra 2021, 495.

Der Entscheidung zustimmend Brockhaus, jurisPR-StrafR 23/2021 Anm. 3.

## 6. Subventionsbetrug und Steuergeheimnis – § 264 StGB, § 30AO

Der Subventionsbetrug (§ 264 StGB) ist als Wirtschaftsstraftat i.S.d. 30 Abs. 4 Nr. 5b) AO zu werten. Bezieht sich der Subventionsbetrug auf eine Corona-Soforthilfe, muss die Finanzbehörde nach § 30 Abs. 5 Nr.5b) AO vom Steuergeheimnis geschützte Daten offenbaren, da die Tat nach ihrer Begehungsweise geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs erheblich zu erschüttern.

LG Koblenz, Beschluss vom 25.05.2021 - 10 Qs 30/21, wistra 2021, 414

Zu der Entscheidung krit. Friedrich, FD-StrafR 2021, 443190. Das LG Koblenz teilt die Auffassung des LG Aachen, Beschluss vom 16.11.2020 - 86 Qs 302 Js 736/20 - 19/20, wistra 2021, 126, mit zu Recht ablehnender Anm. Schelzke/Balaneskovic, jurisPR-StrafR 13/2021 Anm. 2.

## 7. Handeln „als Organ“ beim Bankrott – § 283 StGB

Ist der Schuldner keine natürliche Person, können Bankrott-handlungen dem Täter – etwa einem faktischen Geschäftsführer – über § 14 StGB zugerechnet werden. Voraussetzung dieser Zurechnung ist, dass der Handelnde „als“ Organ oder Vertreter der juristischen Person agiert, nicht aber bloß „bei Gelegenheit“ tätig wird.

BGH, Beschluss vom 04.08.2021 - 2 StR 352/20, ZInsO 2021, 2194

S. in diesem Zusammenhang noch Bittmann, ZInsO 2022, 53.

## 8. Bankrott durch Verheimlichung von (ererbtem) Grundstück im laufenden Insolvenzverfahren – § 283 StGB

Pflichtwidriges Verschweigen eines Vermögensgegenstands stellt spätestens 2 Wochen nach dem Entstehen der Offenbarungspflicht ein tatbestandliches Verheimlichen i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB dar. Wird das Verheimlichen eines Vermögensgegenstands im laufenden Insolvenzverfahren durch dessen pflichtwidriges Verschweigen und damit durch ein Unterlassen begangen, ist eine Strafraumverschiebung gem. §§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB regelmäßig nicht angezeigt. LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 28.10.2021 - 12 Ns 511 Js 2080/19, ZInsO 2021, 2633

Zu der Entscheidung Bittmann, ZWH 2022, 117.

## 9. Freigabe des Kundenstamms und Schuldnerbegünstigung – § 283d StGB

Gibt der Insolvenzverwalter den Kundenstamm einer insolventen AG frei, liegt hierin keine Schuldnerbegünstigung i.S.d. § 283d StGB.

LG Paderborn, Beschluss vom 09.06.2021 - 8 Kls 7/21, ZInsO 2021, 2206

Zu der Entscheidung Riewe/Leithaus, NZI 2021, 971.

## 10. Bestechung im geschäftlichen Verkehr – § 299 StGB a.F.

Inhaber des Betriebs im Sinne des § 299 StGB a.F. (des Unternehmens im Sinne des § 299 StGB n.F.) sind bei juristischen Personen die Anteilseigner. Wer einem Angestellten oder Beauftragten einer juristischen Person einen Vorteil für seine Bevorzugung im geschäftlichen Verkehr gewährt, macht sich daher nicht wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar, wenn die Anteilseigner mit dieser Zuwendung – vergleichbar den zur Untreue (§ 266 StGB) entwickelten Grundsätzen – einverstanden sind.

BGH, Beschluss vom 28.07.2021 - 1 StR 506/20, ZInsO 2021, 2425

Der Entscheidung zustimmend Pelz, jurisPR-Compl 6/2021 Anm. 2. S. überdies ausführlich Brand, GmbHR 2021, 1340, sowie Krack, wistra 2022, 165.

## III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

### 1. Inhabilität eines Gesellschaftsorgans – § 6 Abs. 2 GmbHG

Falls eine zum Geschäftsführer bestellte Person die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, ist deren Löschung als Gesellschaftsorgan zwingend vorzunehmen; es kommt nicht darauf an, dass das Hindernis nur noch für kurze Zeit (hier: für etwa 9 Monate) besteht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2021 - 3 Wx 65/21, ZInsO 2021, 2453

### 2. Inhabilität: Reichweite der Versicherung nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG

Die eidesstattliche Versicherung eines Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 lit. e GmbHG muss sich auch auf die Straftatbestände der §§ 265c, 265d und 265e StGB erstrecken.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2021 - 3 Wx 182/21, ZIP 2022, 691

Diese Auffassung wird auch vertreten vom KG, Beschluss vom 22.07.2019 - 22 W 40/19, NJW-RR 2019, 1514, sowie vom OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.01.2018 - 12 W 126/17, ZInsO 2018, 824. Zu Recht a.A. aber OLG Hamm, Beschluss vom 27.09.2018 - I-27 W 93/18 - 27 W 93/18, ZInsO 2018, 2761. ZU der Entscheidung des OLG Düsseldorf s. Hippeli, jurisPR-HaGesR 3/2022 Anm. 3, sowie Klingen/Krasenbrink, EWIR 2022, 170. Umfassend zu der Problematik Weyand, ZInsO 2022, 6.

### 3. Rechtliches Interesse eines Dritten an der Einsicht in die Insolvenzakten – § 299 ZPO, § 4 InsO

Einer am eröffneten Insolvenzverfahren nicht beteiligten Person kann Einsicht in die vom Insolvenzgericht geführte Verfahrensakte ohne Einwilligung der Verfahrensbeteiligten nur gestattet werden, wenn ein rechtliches Interesse dargelegt und glaubhaft gemacht ist. Abzuwägen ist bei der Entscheidung über das Einsichtsgesuch des Dritten das Interesse der Verfahrensbeteiligten an der Geheimhaltung des Verfahrens mit dem gegenläufigen, gleichfalls geschützten Informationsinteresse des Dritten. Diese Abwägung ist unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzu-

nehmen. Bei der Ermessensausübung sind mit Blick auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip die Geeignetheit der begehrten Einsicht zur Verfolgung des rechtlichen Interesses, deren Erforderlichkeit sowie die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu berücksichtigen. Erfordert es die Verfolgung des rechtlichen Interesses nicht, Einsicht in die gesamte Akte zu nehmen, so kommt die Gewährung von Einsicht in Aktenteile in Betracht, außerdem die Schwärzung sensibler Informationen. Gemäß dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind umso höhere Anforderungen an das Gewicht des Einsichtsinteresses zu stellen, je größer das Schutzbedürfnis der Beteiligten ist; umgekehrt gilt das Entsprechende. Eine ermessensfehlerfreie Interessenabwägung setzt voraus, dass den Betroffenen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zunächst Gelegenheit gegeben wird, ihre Geheimhaltungsinteressen geltend zu machen.

BayObLG, Beschluss vom 02.09.2021 - 101 VA 100/21, ZInsO 2021, 2200

Der Senat hob eine Entscheidung des AG, mit der eine beantragte Akteneinsicht verweigert wurde, als ermessensfehlerhaft auf und verwies die Sache zurück. Der Entscheidung zustimmend Baumert, FD-InsR 2021, 442995; s. ferner Baumert, EWIR 2021, 760-761. Zu der Problematik s. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.01.2021 - 14 VA 15/20, ZInsO 2021, 908, m. Anm. Baumert, NZI 2021, 276, sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.02.2021, ZInsO 2021, 958, m. Anm. Kontny, NZI 2021, 509, sowie die nachstehend dargestellte Entscheidung des BayObLG vom 14.10.2021.

#### **4. Rechtliches Interesse eines Dritten an der Einsicht in die Insolvenzakten – § 299 ZPO, § 4 InsO**

Gegen einen Dritten gerichtete Ansprüche, die unabhängig vom Insolvenzverfahren in der Person des Insolvenzschuldners entstanden sind und nach Verfahrenseröffnung vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden, begründen in der Regel kein rechtliches Interesse des Dritten i. S. d. § 299 Abs. 2 ZPO an der Einsicht in die Insolvenzakten.

BayObLG, Beschluss vom 14.10.2021 - 102 VA 66/21, ZInsO 2021, 2433

Hintergrund der sehr rigiden Entscheidung waren Ansprüche, die ein Insolvenzverwalter gegenüber einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wegen der Verletzung von Hinweispflichten im Rahmen der Jahresabschlussprüfungen geltend machte. Das Unternehmen beantragte vergeblich Einsicht in die Insolvenzakten, insbesondere in das Gutachten des Sachverständigen im Eröffnungsverfahren.

#### **5. Rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung, Darlegungs- und Beweislast – § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB**

Wird ein deliktischer Schadensersatzanspruch auf eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung wegen Beihilfe zum Betrug gestützt, trifft den Anspruchsgegner eine gesteigerte Erwiderungslast, in deren Rahmen er konkrete Umstände für die von ihm behauptete Unwahrheit seines im Strafverfahren abgelegten Geständnisses darlegen muss. Hat er insoweit substantiiert vorgetragen, obliegt dem Anspruchsteller der Beweis der Richtigkeit des Geständnisses.

BGH, Urteil vom 26.08.2021 - III ZR 189/19, BB 2021, 2510

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Zollner, BB 2021, 2513, und Prütting, ZWH 2022, 26. Ausführlich zu der Problematik Weyand, ZInsO 2022, 281.

## **IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz**

### **1. Erweiterte Gewerbeuntersagung bei nachfolgender Insolvenzeröffnung nebst Freigabe der selbständigen Gewerbetätigkeit – §§ 12, 35 GewO**

Die von § 12 Satz 2 GewO angeordnete Ausnahme von der durch § 12 Satz 1 GewO grundsätzlich postulierte Sperrwirkung in Insolvenzverfahren bzw. Restrukturierungssachen hat keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung wegen einer auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruhenden Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlassen wurde.

BayVGH, Beschluss vom 28.10.2021 - 22 ZB 21.1923, ZInsO 2021, 2666

Zu § 12 Abs. 1 GewO s. noch BVerwG, Urteil vom 15.04.2015 - 8 C 6/14, ZInsO 2015, 1625.

### **2. Erweiterte Gewerbeuntersagung wegen langjähriger Steuerschulden (auch) bei Restschuldbefreiung für Vorgängerbetrieb – § 35 GewO**

Für die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich; Entwicklungen, die in zeitlicher Hinsicht nach diesem Zeitpunkt liegen, müssen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung unberücksichtigt bleiben.

OVG Saarland, Beschluss vom 21.10.2021 - 1 A 260/20, ZInsO 2021, 2672

### **3. Drohende Insolvenz als „unbillige Härte“ bei Versagung von glücksspielrechtlicher Erlaubnis für Bestandsspielhalle – § 29 GlüStVtrNW**

Ein für die Annahme einer unbilligen Härte notwendiger atypischer Einzelfall liegt vor, wenn besondere unvermeidbare Belastungen gegeben sind, denen andere Betriebe von Bestandsspielhallen, die nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist geschlossen werden müssen, grds. nicht ausgesetzt sind. Die Tatsache, dass im Fall der Schließung einer Spielhalle wirtschaftliche Einbußen des Spielhallenbetreibers bis hin zur möglichen Insolvenz entstehen können, kann für sich genommen keine unbillige Härte begründen.

OVG Münster, Beschluss vom 22.06.2021 - 4 A 3519/20, ZInsO 2021, 2028

## VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a. M.

### Also doch Deckmantelgesetzgebung! „Klammheimliche“ Reform des sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellungsverfahrens in § 7a SGB IV

Zu den straf- bzw. bußgeldrechtlichen Implikationen sowie Fragen der Contractor Compliance (Teil 2)

#### IV. Die Durchführung von Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV als Instrument straf- und bußgeldrechtlicher Haftungsvermeidung

##### 1. Auswirkungen des Anfrageverfahrens nach § 7a SGB IV a.F. auf den Tatbestand des § 266a StGB

Gemäß § 266a StGB macht sich nur strafbar, wer als Arbeitgeber vorsätzlich fällige, tatsächlich geschuldete Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberbeiträge vorenthält.

Führt ein Auftraggeber, der gerade kein Beschäftigungsverhältnis mit seinem Auftragnehmer begründen will, sondern Werk- und / oder Dienstleistungen vergeben möchte, ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV durch, hat dies unter bestimmten Voraussetzungen Auswirkungen auf den Beginn einer etwa festgestellten Versicherungspflicht.

a. Bereits nach früherer Rechtslage ließ sich das strafrechtliche Haftungsrisiko aus § 266a StGB für die Dauer der Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens bzw. bis zur rechtskräftigen Klärung der Statusfrage auf Ebene des objektiven Tatbestands des § 266a StGB ausschließen.

Unter der Privilegierung des § 7a Abs. 6 SGB IV a.F. konnte bei Durchführung des Anfrageverfahrens innerhalb eines Monats nach Beginn des Auftragsverhältnisses bei Feststellung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung der Bescheid angefochten und gerichtlich überprüft werden.

Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wurde abweichend von § 23 SGB IV erst fällig, wenn die Entscheidung zum Vorliegen einer Beschäftigung unanfechtbar geworden war, § 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV a.F.<sup>198</sup>

Entweder erwuchs der Bescheid der DRV in Bestandskraft, dann hatte der Arbeitgeber ab Bekanntgabe der Entscheidung die Meldungen nach §§ 28a ff. SGB IV zu erstatten und Gesamtsozialversicherungsbeiträge abzuführen. Ein strafrechtlich relevantes Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen ist wegen der hinausgeschobenen Versicherungspflicht und Fälligkeit für den Zeitraum davor nicht zu besorgen.

Oder die behördliche Entscheidung wurde angefochten, dann galt mit Widerspruch und / oder Klage das oben Gesagte: Die Versicherungspflicht trat mit Bekanntgabe des Ausgangsbescheids ein. Gemäß § 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV a.F. wurde aber die Fälligkeit auf den Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit der behördlichen Entscheidung hinausgeschoben.

Mangels Fälligkeit war in solchen Fällen der objektive Tatbestand des § 266a StGB für den Zeitraum bis zur Unanfechtbarkeit mangels Vorenthaltens fälliger Gesamtsozialversicherungsbeiträge nicht erfüllt.

Überlegungen zum subjektiven Tatbestand mussten bei Durchführung des Anfrageverfahrens unter der Privilegierungsnorm des § 7a SGB IV a.F. nicht (mehr) angestellt werden.

b. Es gab darüber hinaus aber auch Möglichkeiten, im laufenden Auftragsverhältnis nach § 7a Abs. 1 SGB IV a.F. den Status klären zu lassen.

Dies konnte z. B. notwendig werden, wenn im Verlauf der Auftragsausführung oder nach Beendigung der Vertragsbeziehung Zweifel am sozialversicherungsrechtlichen Status des Auftragnehmers aufkamen.

Anders als in der eingangs beschriebenen Fallkonstellation ließ sich eine vollständige strafrechtliche Haftungsvermeidung durch Ausschluss bereits des objektiven Tatbestands des § 266a StGB damit nicht erreichen. Ohne die Privilegierung des § 7a Abs. 6 SGB IV a.F. wurde in Anfrageverfahren im laufenden Auftragsverhältnis (später als 1 Monat nach Beginn der Tätigkeit initiiert) eine mögliche Versicherungspflicht ab Beginn des Vertragsverhältnisses festgestellt.

Wurde die behördliche Einordnung angefochten, von den Gerichten aber gehalten, war zumindest objektiv von fälligen Gesamtsozialversicherungsbeiträgen ab Beginn des Auftragsverhältnisses auszugehen und der objektive Tatbestand des § 266a StGB insoweit erfüllt, als bei Statusverfehlungen die fälligen Sozialversicherungsbeiträge gerade nicht abgeführt werden.

Für die Schadensminimierung war § 7a Abs. 1 SGB IV gleichwohl ein sinnvolles Instrument.

In subjektiver Hinsicht war in diesen Fällen im Einzelfall zu prüfen, ob die Verantwortlichen, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt von Tatsachen, welche eine abhängige Beschäftigung begründen, keine Kenntnis hatten, kein Tatvorsatz angenommen werden konnte.

Nach der vor der Novellierung des Statusfeststellungsverfahrens maßgeblichen ständigen Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH handelte bezüglich des Tatbestandsmerkmals „Arbeitgeber“ mit Tatvorsatz, wer alle tatsächlichen Umstände kennt, die die Arbeitgebereneigenschaft begründen. Denn dann kenne man auch den für die Unrechtsbegründung wesentlichen Bedeutungsgehalt des Merkmals „Arbeitgeber“.

<sup>198</sup> Zu den Einzelheiten siehe Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 5. Teil, 6. Kapitel.

ber“ mit den daraus folgenden Pflichten.<sup>199</sup> Irrtümer über die Arbeitgeberstellung sollten nach Auffassung des 1. Strafsenats lediglich einen den Vorsatz nicht berührenden Subsumtionsirrtum darstellen. Dieser sei – so der Senat – regelmäßig durch Durchführung eines Statusverfahrens nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV a.F. vermeidbar gewesen.<sup>200</sup>

Diese Auffassung erfuhr sowohl von den Instanzgerichten als auch im Schrifttum zurecht reichlich Kritik.<sup>201</sup>

Die Durchführung des Anfrageverfahrens war aus Sicht der Verfasserin stets geeignet, den subjektiven Tatbestand des § 266a StGB auszuschließen, soweit die Angaben der Parteien wahrheitsgemäß erfolgten und gerade der Vermeidung der Statusverfehlung und damit der Verletzung zentraler Arbeitgeberpflichten dienen sollte.

Umgekehrt konnte aus der Nichtdurchführung eines nicht verpflichtenden Verfahrens nicht ohne Weiteres auf einen (bedingten) Tatvorsatz geschlossen werden. Dies gilt umso mehr, als das Verfahren nur für sog. Zweifelsfälle vorgesehen war. Gingen die Parteien (ggf. irrig) davon aus, dass es sich bei der beabsichtigten oder durchgeführten Zusammenarbeit um ein Auftrags- und nicht um ein Beschäftigungsverhältnis handelt, ergaben sich solche Zweifel nicht.

## 2. Auswirkungen des novellierten Statusfeststellungsverfahrens § 7a SGB IV<sup>202</sup>

a. Über die Einzelheiten des novellierten Verfahrens zur Statusfeststellung nach § 7a SGB IV und die Gesetzesmaterialien hat die Verfasserin in diesem Journal in der Ausgabe 2/3 2021 berichtet.<sup>203</sup>

Nach der seit 1.4.2022 geltenden Rechtslage wird im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV nicht mehr über eine potenzielle Versicherungspflicht bei abhängiger Beschäftigung in den jeweiligen Zweigen der Sozialversicherungspflicht entschieden.

Der Gesetzgeber hat damit die Diskussion um die Zulässigkeit der sog. Elementenfeststellung beendet.<sup>204</sup> Ziel des Gesetzgebers ist zum einen die Beschleunigung des Verfahrens. Zum anderen begründet der Gesetzgeber diese Umkehr damit, dass die Antragsteller nicht an der Feststellung der Versicherungspflicht sondern des Erwerbsstatus interessiert seien.<sup>205</sup>

Das kann durchaus anders gesehen werden, da die bloße Feststellung des Erwerbsstatus Folgefragen offenlässt,<sup>206</sup> weshalb auch bezweifelt wird, dass die Rechtssicherheit durch die Änderung gestärkt wird.<sup>207</sup>

b. Die strafrechtliche Haftung aus § 266a StGB knüpft an das Vorenthalten fälliger Beiträge an.

Mit der Feststellung des Erwerbsstatus ist die Frage der Versicherungspflicht seit April 2022 jedoch nicht ohne Weiteres geklärt. Gelangt die DRV zu der Erkenntnis, dass – anders als von den Parteien angenommen und beabsichtigt – eine Beschäftigung vorliegt, ist vom Auftraggeber / Arbeitgeber die Versicherungspflicht im Anschluss an die Feststellung zum Erwerbsstatus selbst zu prüfen.

Zu Recht betont Zieglmeier, dass bestimmte Konstellationen höchst schwierige Folgefragen auslösen: „unständige Beschäftigung nach § 27 III Nr. 1 SGB III, kurzfristige Beschäftigung nach § 8 I Nr. 2 SGB IV, hauptberufliche Selbständigkeit nach § 5 V SGB V usw.“<sup>208</sup>

Auch die Feststellung der Selbständigkeit des Auftragnehmers kann sozialversicherungsrechtliche Fragestellungen offenlassen. Denn der sog. Soloselbständige ist, wie bestimmte vom Gesetzgeber definierte Berufsgruppen, unter Umständen sozialversicherungspflichtig, § 2 SGB VI. In einem solchen Fall treffen die Prüfungsobliegenheiten nicht zuerst den Auftraggeber, sondern den Auftragnehmer, der ggf. für sich selbst Beiträge zur Sozialversicherung abzuführen oder eine Befreiung von der Beitragspflicht zu beantragen hat.

Der Vorwurf der Beitragsvorenthaltung nach § 266a StGB träfe dann zwar den Soloselbständigen. Nimmt man Contractor Compliance aber ernst, wird man dem Auftraggeber in Zweipersonenverhältnissen vor dem Hintergrund der bußgeldrechtlichen Auftraggeberhaftung in § 23 Abs. 2 AEntG bzw. § 21 Abs. 2 MiLoG mit Bußgeldrahmen von bis zu EUR 500.000,00 raten, im Rahmen des Vertrags- und Dokumentenmanagements zu hinterfragen, ob Nachweise der Abführung von Beiträgen oder eine Befreiung von der Versicherungspflicht vorliegen. Mindestens bedürfte es nach Auffassung der Verfasserin einer entsprechenden Versicherung des Auftragnehmers in der Vertragsurkunde. Denn wer vorsätzlich weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass der Auftragnehmer seinen Abführungspflichten nicht nachkommt, ver-

<sup>199</sup> Schulz ZIS 2014, 572, 575.

<sup>200</sup> BGH wistra 2010, 29, 30; BGH 4.9.2013 - 1 StR 94/13, Rn. 16 zitiert nach juris

<sup>201</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 4. Teil, 4. Kapitel; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausarbeitung WD 7 -3000 -185/16 „Arbeitgeberbegriff und diesbezügliche Irrtümer in § 266a StGB. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots“, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de>; Habetha, StV 2019, 39, 40; v. Galen/Dawidowicz, NSTz 2019, 148; Schneider/Rieks, HRRS 2019, 62, 65f.; Rode/Hinderer, wistra 2018, 341; Reichling, StraFo 2018, 357; Floeth, NSTz-RR 2018, 182, 183; MüKoStGB/Joecks, § 16 Rn. 70; Radtke, GS Joecks, 543, 549; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 16 Rn. 26; BeckOK StGB/Kudlich, 42. Ed., § 16 Rn. 14ff.; zuletzt zur Unbestimmtheit des § 266a StGB: LG Frankfurt (Oder) (3. Strafkammer), Urteil v. 20.3.2020 - 23 Wi KLS 1/18, Rn. 26, BeckRS 2020, 12422.

<sup>202</sup> § 7a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 geänd. mWv 5.4.2017 durch G v. 29.3.2017 (BGBl. I S. 626); Überschrift und Abs. 1 Satz 1 neu gef., Satz 3 aufgeh., Abs. 2 Satz 1 geänd., Sätze 2-4, Abs. 4 Satz 2 Abs. 4a-4c angef., Abs. 5 aufgeh., bish. Abs. 6 wird Abs. 5 und Satz 1 geänd., Satz 2 eingef., bish. Satz 2 wird Satz 3, bish. Abs. 7 wird Abs. 6 und Satz 1 geänd., Satz 2 eingef., bish. Satz 2 wird Satz 3, Abs. 7 angef. mWv 1.4.2022 durch G v. 16.7.2021 (BGBl. I S. 2970).

<sup>203</sup> Abrufbar unter <https://wi-j.com>.

<sup>204</sup> BSG Urt. v. 11.3.2009 - B 12 KR 11/07 R, BSGE 103, 17; 26.2.2019 - B 12 R 8/18 R, BeckRS 2019, 8265.

<sup>205</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150. S. 5, 16.

<sup>206</sup> Dazu Zieglmeier, NZA 2021, 977, 978.

<sup>207</sup> Zieglmeier, NZA 2021, 977, 978 f.

<sup>208</sup> Zieglmeier, NZA 2021, 997, 998.



hält sich unter Umständen ordnungswidrig – mit weitreichenden, auch außerstrafrechtlichen Folgen.

c. Das neue Statusfeststellungsverfahren kann weiterhin ein wichtiges Instrument zur Vermeidung strafrechtlicher Haftung nach § 266a StGB darstellen.

Dabei sollte man die geänderte Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH zur Vorsatzfeststellung bei § 266a StGB, vor allem den Aspekt der Erkundigungspflicht in den Blick nehmen.

Der Senat führte insoweit aus:

„(...) Ob ein Arbeitgeber seine entsprechende Stellung und das Bestehen hieraus folgender sozialversicherungsrechtlicher Abführungspflichten für möglich gehalten und billiger in Kauf genommen hat, muss vom Tatgericht im Rahmen der Beweiswürdigung im Einzelfall anhand der konkreten Tatumstände geklärt werden.

Hierbei kann zunächst Bedeutung erlangen, wie eindeutig die Indizien sind, die – im Rahmen der außerstrafrechtlichen Wertung – für das Vorliegen einer Arbeitgeberstellung sprechen. Zudem kann von Relevanz sein, ob und inwiefern der Arbeitgeber im Geschäftsverkehr erfahren ist oder nicht und ob das Thema illegaler Beschäftigung in der jeweiligen Branche im gegebenen zeitlichen Kontext gegebenenfalls vermehrt Gegenstand des öffentlichen Diskurses war. Ein gewichtiges Indiz kann daneben überdies sein, ob das gewählte Geschäftsmodell von vornherein auf Verschleierung oder eine Umgehung von sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen ausgerichtet ist. Jedenfalls bei Kaufleuten, die als Arbeitgeber zu qualifizieren sind, sind auch die im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten in Bezug auf die arbeits- und sozialrechtliche Situation in den Blick zu nehmen, weil eine Verletzung einer Erkundigungspflicht auf die Gleichgültigkeit des Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflicht hindeuten kann (vgl. BGH, NStZ 2012, 160 Rn. 27).“<sup>209</sup>

Zunächst ist es möglich, bereits vor dem Beginn eines Auftragsverhältnisses die Statusfrage behördlich einschätzen zu lassen. Die Antragsteller können Rahmen und Ausführung des Auftrags, Art- und Weise der Zusammenarbeit darlegen.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern, § 7a Abs. 4 SGB IV. Daran anknüpfend lassen sich wesentliche Umstände der vertraglichen und tatsächlichen Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses entnehmen.

Wird der Antrag auf Statusfeststellung vor Beginn des Auftragsverhältnisses gestellt, können naturgemäß nur die beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung angegeben und von der DRV zugrunde gelegt werden. Ändern sich die schriftlichen Vereinbarungen und / oder die Umstände der Vertragsdurchführung bis zu einem Monat nach der Aufnahme der Tätigkeit, haben die Beteiligten dies der DRV unverzüglich mitzuteilen, die bei wesentlichen Änderungen ihren Bescheid aufhebt, § 48 SGB X. Die Aufnahme der Tä-

tigkeit gilt als Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse, § 7a Abs. 4 Satz 5 SGB IV.

Im Rahmen der Contractor Compliance bedarf es daher in solchen Konstellationen bei einer dem Antrag entsprechenden Entscheidung der DRV mit Beginn des Auftragsverhältnisses eines Monitorings: insbesondere die tatsächlichen Umstände der Auftragsausführung sind wiederkehrend zu prüfen. Was unter einer wesentlichen Veränderung zu verstehen ist, wird nicht definiert und lässt sich auch den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Wegen der Monatsfrist ist eine Fristenkontrolle einzuführen.

Es ist zu erwarten, dass die ohnehin kritisch eingestellten Strafverfolgungsbehörden in Fällen, in denen von den antizipierten Umständen der Auftragsausführung abgewichen wird, ohne dies mitzuteilen, von einem Missbrauch des Verfahrens ausgehen werden.

Sollen mehrere gleichartige Aufträge vergeben werden, lässt sich mit der neuen sog. Gruppenfeststellung eine gutachterliche Einschätzung für alle potenziellen Auftragsverhältnisse gleichen Inhalts einholen.

„Auftragsverhältnisse sind gleich, wenn die vereinbarten Tätigkeiten ihrer Art und den Umständen der Ausübung nach übereinstimmen und ihnen einheitliche vertragliche Vereinbarungen zu Grunde liegen. In der gutachterlichen Äußerung sind die Art der Tätigkeit, die zu Grunde gelegten vertraglichen Vereinbarungen und die Umstände der Ausübung sowie ihre Rechtswirkungen anzugeben. Bei Abschluss eines gleichen Auftragsverhältnisses hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Kopie der gutachterlichen Äußerung auszuhändigen.“<sup>210</sup>

Wird in einem konkreten Auftragsverhältnis innerhalb eines Monats nach Beginn der Tätigkeit die Statusfeststellung unter den Privilegierungsvoraussetzungen des § 7a Abs. 5 SGB IV und die gutachterliche Einschätzung für gleiche Auftragsverhältnisse beantragt, gilt der Tag der Bekanntgabe der Entscheidung als Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis, falls eine Beschäftigung festgestellt wird. Das hat Auswirkung auf eine potenzielle Versicherungspflicht und damit wiederum auf die Frage der Fälligkeit.

Hat die Deutsche Rentenversicherung Bund in einer gutachterlichen Äußerung nach § 7a Abs. 4b SGB IV das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angenommen und stellt sie in einem Verfahren nach § 7a Abs. 1 SGB IV oder ein anderer Versicherungsträger in einem Verfahren auf Feststellung

<sup>209</sup> BGH, Beschluss vom 24.9.2019 – 1 StR 346/18, Rn. 17 ff. NJW 2019, 3532 ff.; Entscheidungsbesprechungen: FD-SozVR 2020, 424373 (Plagemann); Newsdienst Compliance 2019, 310005 (m. Anm. Carolin Püschel); JuS 2020, 365 (m. Anm. Prof. Dr. Jörg Eisele); GWR 2020, 73 (m. Anm. Dr. Thomas Schulteis); NZS 2020, 38 (m. Anm. Dr. Christian Zieglermeier); NJW-Spezial 2019, 728 (m. Anm.); ArbRAktuell 2019, 589 (m. Anm. Björn Krug); CCZ 2020, 106 (m. Anm. Volker Stück); EWIR 2020, 249 (Floeth, Michael); ZIP 2019, 2324 (m. Anm.); GmbH-StB 2020, 42 (m. Anm. Dr. Joachim Krämer); JR 2020, 74; JZ 2020, 365 (m. Anm. Professor Dr. Roland Schmitz).

<sup>210</sup> § 7a Abs. 4b Satz 2 SGB IV.

von Versicherungspflicht für ein gleiches Auftragsverhältnis eine Beschäftigung fest, so tritt eine Versicherungspflicht auf Grund dieser Beschäftigung erst mit dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung ein, wenn die Privilegierung des § 7a Abs. 5 SGB IV greift, die dortigen Voraussetzungen also erfüllt sind.

So wäre ebenfalls der objektive Tatbestand des § 266a StGB mangels Fälligkeit auszuschließen. Allerdings ist diese Möglichkeit auf Auftragsverhältnisse begrenzt, die innerhalb von zwei Jahren seit Zugang der gutachterlichen Äußerung geschlossen werden.

Die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens während oder nach Beendigung des Auftragsverhältnisses stellt die Parteien auch in Zukunft vor größere Herausforderungen. Der Auftraggeber trägt das volle Haftungsrisiko.

Um bei Fremdpersonaleinsatz im Dreiecksverhältnis die Klärung des Status durch umfassende Aufklärung der vertraglich vereinbarten und tatsächlich gelebten Verhältnisse durch alle Beteiligten zu stärken, soll nach § 7a Abs. 2 S. 2 und 3 SGB IV das Anfrageverfahren auch in Dreiecksverhältnissen zulässig sein.

Anders als im Zweipersonenverhältnis konzentriert sich das Risiko aus einer Statusverfehlung auf den Einsatzbetrieb, da der dorthin Vermittelte möglicherweise dort weisungsunterworfen und eingegliedert, mithin abhängig beschäftigt sein kann. Nach dem Recht der Arbeitnehmerüberlassung läge eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Beteiligten von dem Einsatz Selbständiger ausgegangen waren. Mit der Fiktionswirkung aus §§ 10 Abs. 1, 9 Abs. 1 AÜG haften die Verantwortlichen des Einsatzbetriebes nach § 266a StGB strafrechtlich, soweit der subjektive Tatbestand erfüllt ist. Der Dritte, also der Einsatzbetrieb, kann - mit einem eigenen Antragsrecht ausgestattet - das Verfahren ins Rollen bringen, wenn er als zahlungspflichtig für Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Betracht kommt.

Aus Sicht der Verfasserin ist diese Regelung als praxisfern zu qualifizieren. Denn entweder gehen die Vertragspartner von einer Arbeitnehmerüberlassung aus, dann haben sie

entsprechend transparent einen Vertrag zur Arbeitnehmerüberlassung zu schließen. Gehen Sie von einem Auftragsverhältnis aus, sind keine Umstände vorstellbar, unter denen der Dritte eine Statusfeststellung im Dreiecksverhältnis beantragen sollen. Einzig denkbar sind Konstellationen, in denen z.B. aus Compliance Prüfungen oder neuen tatsächlichen Umständen der Auftragsausführung eine geänderte Einschätzung der Vertragsparteien resultiert. Dann dürfte in der Praxis aber bereits ausreichend Zweifel an der ursprünglichen Statusbeurteilung bestehen, so dass den Vertragsparteien zur Minimierung strafrechtlicher oder bußgeldrechtlicher Haftung von einer Nachmeldung und Nachentrichtung von Beiträgen eher zu raten wäre, als zur Statusfeststellung im laufenden Auftragsverhältnis. Es ist im Einzelfall zu entscheiden, welches Instrument anzuwenden ist.

d. Dreh- und Angelpunkt bleibt auch im novellierten Verfahren § 7 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 SGB IV, nämlich die Beantragung der Statusfeststellung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Beschäftigung, mit der bei Vorliegen aller Privilegierungsvoraussetzungen § 266a StGB wegen des Beginns der Beschäftigung ab Bestandskraft des Bescheids, und damit des Eintritts der Versicherungspflicht zu diesem Zeitpunkt, bereit im Objektiven auszuschließen ist. Daneben ist mit Blick auf die oben dargestellten Erkundigungsobliegenheiten, welche der 1. Strafsenat im Zusammenhang mit der Vorsatzfeststellung durch die Tatgerichte<sup>211</sup> sieht, zu einer Statusanfrage zu raten, falls die Parteien Zweifel haben.

Im Rahmen einer wirksamen Contractor Compliance ist wie bisher vor Vertragsschluss zu prüfen, welchen Vertragstyp die Parteien im Blick haben und ob der Parteiwille der praktischen Umsetzung entspricht. Werden vor Beginn des Auftragsverhältnisses Statusanfragen durchgeführt, ist neben der Fristenkontrolle ein Dokumentenmanagement einzuführen.

<sup>211</sup> Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 8.1.2020 - 5 StR 122/19, Rn. 6, BeckRS 2020, 1453; BGH, Beschluss vom 3.3.2020 - 5 StR 595/19, NZWiSt 2020, 288.

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a. M.

## Update 1.6.2022: Register zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen abrufbar!

In diesem Journal, WiJ 2/2017, 43, hat die Verfasserin mit dem Beitrag „Haben Sie das schon registriert?!“ den Entwurf des Gesetzes zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz - WRegG)<sup>212</sup> vorgestellt<sup>213</sup> und auf den Entwurf zur WRegVO<sup>214</sup> aufmerksam gemacht, WiJ 1/2021.

Nach langem Anlauf ist es nun eingerichtet, das Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt als Registerbehörde. Nach Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 29.10.2021<sup>215</sup> hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie festgestellt, dass die Voraussetzungen für die elektronische Datenübermittlung an das Bundeskartellamt vorliegen. Entsprechend sind Strafverfolgungs- und Bußgeldbehörden bereits seit dem 1.12.2021 zur Mitteilung registerrelevanter Entscheidungen an das Bundeskartellamt verpflichtet, § 4 Abs. 1 WRegG.

<sup>212</sup> BGBl. I S. 2739.

<sup>213</sup> Abrufbar unter: [www.wi-j.com](http://www.wi-j.com).

<sup>215</sup> Wettbewerbsregisterverordnung vom 16. April 2021 nun in Kraft, siehe BGBl. I S. 809.

Ebenfalls ab dem 1.12.2021 kann das Bundeskartellamt öffentlichen Auftraggebern auf deren Ersuchen bereits die Möglichkeit zur Abfrage des Wettbewerbsregisters eröffnen.<sup>216</sup>

Ab dem 1.6.2022 unterliegen Auftraggeber und Konzessionsgeber nach § 99 GWB bei einem geschätzten Auftragswert ab 30.000 Euro ohne Umsatzsteuer der Verpflichtung, vor Erteilung des Zuschlags abzufragen, ob der Bieter, der den Auftrag erhalten soll, wegen bestimmter Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren auszuschließen ist. Für Sektorauftraggeber sowie Konzessionsgeber nach §§ 100 und 101 GWB ist diese Abfrage ab Erreichen der EU - Schwellenwerte zur Abfrage verpflichtend. Es besteht aber auch die Möglichkeit der freiwilligen Abfrage, falls diese Betragsgrenzen nicht erreicht sind.

Ein Verzicht auf die Abfrage ist zulässig, wenn das Unternehmen, das sich um den Auftrag bewirbt, innerhalb der letzten 2 Monate bei dem Auftraggeber bereits eine Auskunft aus dem Wettbewerbsregister vorgelegt hat.

Nach der Pflicht zur Anwendung des Wettbewerbsregisters entfällt ab 1.6.2022 die Abfragepflicht bei dem Gewerbezentralregister und bei den Landeskorrupsionsregistern. Diese werden nicht fortgeführt. Ein Übertrag dortiger Eintragungen in das Wettbewerbsregister ist nicht vorgesehen.

Das Landeskorrupsionsregister Berlin stellt z.B. seinen Betrieb zum 31.5.2022 ein und hat öffentlich gemacht, dass

danach „keine Eintragungen mehr im Korruptionsregister des Landes Berlin vorgenommen und keine Auskünfte mehr erteilt“ werden. „Die gespeicherten Datensätze im Korruptionsregister (Datenbank) und die dazugehörigen Papierakten werden nach einer Aufbewahrungsfrist von drei Monaten nach Beginn der verpflichtenden Anwendung des Wettbewerbsregisters gelöscht.“<sup>217</sup>

Bestehende Abfragepflichten der Behörden aus anderen Gesetzen, also gem. § 21 Abs. 1 S. 5 SchwarzArbG, § 19 Abs. 4 MiLoG, § 21 Abs. 4 AEntG und gem. § 98c Abs. 1 und 3 AufenthG i.V.m. § 21 Abs. 4 AEntG i.V.m. § 150a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GewO werden ab 1.6.2022 durch die Abfrage beim Wettbewerbsregister ersetzt.

Um eine Informationslücke für Auftraggeber zu verhindern, besteht die Möglichkeit, das Gewerbezentralregister auf freiwilliger Basis für drei Jahre bis zum 31.5.2025 abzufragen.

Die Abfrage beim Wettbewerbsregister in einem Vergabeverfahren setzt die Registrierung der Auftraggeber voraus.

<sup>216</sup> [https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/WettbewReg\\_node.html?msclkid=63fee9e3cef611ec8e65f6d6c57ccca4](https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/WettbewReg_node.html?msclkid=63fee9e3cef611ec8e65f6d6c57ccca4).

<sup>217</sup> Abrufbar unter <https://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/hinweise-fuer-auftraggeber/artikel.773672.php>.

Rechtsreferendar Florian Rebmann, Stuttgart

## Veranstaltungsbericht zum Praxiskolloquium „Unternehmenssanktionsrecht und Hinweisgeberschutz“

Auf den 6.12.2021 lud die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. zu dem Praxiskolloquium „Unternehmenssanktionsrecht versus Hinweisgeberschutz“ ein. Anlass der Veranstaltung ist der Konflikt zwischen den Implikationen eines Unternehmenssanktionsrechts auf der einen, und der Hinweisgeberschutzrichtlinie (EU-RL 2019/1937) auf der anderen Seite. Zu Beginn führte RAin Frau Dr. Schmitz die Teilnehmerinnen und Teilnehmer nach einer kurzen Begrüßung in das Thema ein und kündigte die Dozenten an.

Den Start machte sodann OStA a.D. Herr Dr. Richter mit einem Vortrag zu dem Thema „Unternehmenssanktionsrecht – Alter Wein aus neuen Schläuchen?“. Einleitend erörterte er nochmals die Kernpunkte des Entwurfs eines Verbandsanktionsrechts aus der vergangenen Legislaturperiode. Er erinnerte im Zuge dessen auch an die hierarchische Struktur der Staatsanwaltschaft und deren Bindung an das Legalitätsprinzip. Daraufhin ging er auf die staatsanwaltliche

Praxis unter der aktuellen Rechtslage ein, insbesondere die derzeit mögliche Verfolgung von Unternehmen gem. §§ 30, 130 OWiG. Er zeigte auch auf, wie z. B. benachbarte Staaten mit dem Unternehmenssanktionsrecht umgehen. Herr Dr. Richter schloss damit, dass die Staatsanwaltschaft, die strikt an das Legalitätsprinzip gebunden sei, sich auch eventuelle Ergebnisse interner Ermittlungen bei Vertrauensanwälten verschaffen müsse. Das versprach eine lebhafte Diskussion am Ende des Kolloquiums.

Sodann stellte RA Herr Dr. Frank den Blickwinkel der Vertrauensanwälte dar. Zu Beginn seines Vortrags „Aufgabe des Identitätsschutzes für Hinweisgeber“ führte er in die EU-Whistleblower-Richtlinie ein. Er erläuterte das Spannungsverhältnis zwischen der Richtlinie, dem darauf gründenden Referentenentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG) und dem Entwurf eines Unternehmenssanktionsrechts. Er beschrieb die Gefahr, dass die Unternehmen bei drohender Sanktion durch die Staatsanwaltschaften die Abwägung zu Lasten der Vertraulichkeit vornehmen würden. Vertrauensanwälten riet er, Daten zur Identität eines Hinweisgebers nur verschlüsselt und passwortgeschützt zu sichern, sodass das Mandatsgeheimnis die Ermittlung des Hinweisgebers verhindere. Sollte das Unternehmen als Mandant jedoch aufgrund seiner gesetzlichen Compliance-Verpflichtungen die Ombudsperson von dem Mandatsgeheimnis entbinden, sah Herr Dr. Frank weder zivilrechtliche noch strafprozes-

suale Mittel, die Aufdeckung der Identität des Hinweisgebers effektiv zu verhindern. Dem Zugriff der Staatsanwaltschaft auf die Informationen des Vertrauensanwalts stehe so nichts mehr im Weg.

Angesichts dieses Dilemmas blieb die anschließende Diskussion, trotz des überwiegend digitalen Formats, nicht aus. Spannend waren nicht zuletzt die Konsequenzen, die Herr OStA a. D. Dr. Richter aufzeigte: Wenn Entscheidungsträger sich für den Schutz des Hinweisgebers entschieden und so

die Bebußung des Unternehmens mangels Mitwirkung desselben nicht reduziert werde, lasse sich nicht nur ein Schaden von 50 % beziffern, sondern das berge auch das Risiko der strafbaren Untreue des Entscheidungsträgers zu Lasten des Unternehmens in sich.

Es darf daher mit Spannung die Veranstaltung der German Ombudsman Association erwartet werden, die sich am 24.3.2022 nochmals mit dieser Thematik auseinandersetzen wird.

## REZENSIONEN

Rechtsanwältin Dr. Karolina Kessler, Köln

### AG Medizinstrafrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

Unter dem Titel „Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht“ ist der Tagungsband zum 11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag erschienen. Darin haben die Vorträge von Prof. Dr. Duttge, Dr. Leimenstoll, Prof. Dr. Hilgendorf, Prof. Dr. Scholz, Dr. Pflugmacher und Dr. med. Prierer und Schulz zu aktuellen Themen des Medizin- und Arztstrafrechts in verschriftlichter Form Eingang gefunden. Der 11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag wurde am 21. November 2020 von der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) und dem Düsseldorfer Institut für Rechtsfragen der Medizin (IMR) in virtueller Form veranstaltet. Die Veranstalter und Herausgeber streben mit der Publikation der Beiträge eine Förderung des Austauschs zwischen Wissenschaft und Praxis über Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts an.

Prof. Dr. Gunnar Duttge eröffnet den Tagungsband mit seinem Beitrag „Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen“, der sich mit dem Spannungsfeld des strafrechtlichen Lebensschutzes befasst. Zunächst beschäftigt sich Duttge mit dem assistierten Suizid und stellt dabei unter anderem die Kernaussagen der Entscheidung des BVerfG zur Nichtigkeit des § 217 a.F. StGB dar. So sei es eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, selbstbestimmt über den Tod entscheiden zu können. Zudem umfasse das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben auch die Unterstützung durch einen Dritten. Des Weiteren hinterfragt Duttge die Ausgestaltung der Beteiligung der Ärzteschaft im Hinblick auf die Suizidassistenz kritisch. Es folgt das Thema Lebensschutz zwischen erlaubtem Fetoizid und Totschlag. Duttge beleuchtet in diesem Zusammenhang insbesondere den Zeitpunkt des Menschseins bei Zwillingen. Schließlich geht er auf die Triage in Zeiten von SARS-CoV-2 ein und ordnet diese strafrechtlich ein. Er legt dar, welche Auswahlkriterien herangezogen werden können, um eine Entscheidung in einer Triage-Situation zu treffen. Ferner erörtert er,

dass nach seiner Ansicht „keinerlei plausibler Grund erkennbar“ sei, die Szenarien der „ex ante-Triage“ und die der „ex post-Triage“ zu unterscheiden. Dementsprechend seien die Erkenntnisse, die in Bezug auf die „ex ante-Triage“ gefunden wurden, auf die „ex post-Triage“ übertragbar.

Es folgt der Beitrag von Dr. Ulrich Leimenstoll mit dem Titel „Die Vertretung von Unternehmen und Zeugen im Medizinstrafverfahren“. Zu Beginn erläutert Leimenstoll die Besonderheiten der Vertretung von Unternehmen im Medizinstrafverfahren, insbesondere die unterschiedlichen Arten der Betroffenheit des Unternehmens und die unterschiedlichen Besonderheiten der Verfahren. So könne bspw. das Unternehmen etwa Opfer einer Straftat geworden oder selbst auf unterschiedliche Weisen von dem Ermittlungsverfahren betroffen sein. Im Hinblick auf das zum Zeitpunkt des Vortrags geplante Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) erörtert Leimenstoll die denkbare – zu Recht aber abzulehnende – Erweiterung der Sanktionierung des Krankenhauses als Verband auch bei Verstößen gegen höchstpersönliche Berufspflichten. Anschaulich am Beispiel des Chefarztes, der zugleich ärztlicher Direktor ist, plädiert Leimenstoll für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Leitungsperson oder alternativ des Begriffs der Verbandspflicht. Jedenfalls bedürfe es für diese Fälle einer Eindämmung der Sanktionierungsmöglichkeiten bereits weit vor Opportunitätserwägungen. Sodann wendet sich Leimenstoll den Anforderungen an den strafrechtlichen Unternehmensanwalt zu. So seien die ganzheitliche Erfassung drohender Konsequenzen, die interdisziplinäre Zusammenarbeit, insbesondere mit der unternehmenseigenen Rechtsabteilung und weiteren externen Beratern, und eine an den wohlerwogenen Unternehmensinteressen und -zielen orientierte Verteidigung ausschlaggebend. Der Beitrag hebt weiter die zunehmende Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit als Zeugenbeistand hervor. Der Skizzierung der Rechtsstellung des Zeugenbeistands im Strafverfahren folgen Ausführungen zur Aufgabe und Funktion des Zeugenbeistands im (Medizin-)Strafverfahren nach. Abschließend untersucht Leimenstoll die Vereinbarkeit der Vertretung des Unternehmens und dessen Mitarbeitern und weist auf potentielle Interessenkonflikte zwischen dem Unternehmen und beschuldigten Mitarbeitern hin. Diese seien auch in der Konstellation Unternehmen und Mitarbeiter als Zeugen zu bedenken und zu vermeiden. Zuzustimmen ist dabei insbesondere der Feststellung, dass davon die koordinierende Funktion des Unternehmensanwalts, die in eilbedürftigen Situationen auch die Wahrung der Zeugenrechte umfasst, unberührt bleiben müsse.

Im nächsten Beitrag erforscht *Prof. Dr. Eric Hilgendorf* in seinem Beitrag „Auf dem Weg zu einer digitalen Transformation der Medizin. Rechtlicher Rahmen und strafrechtliche Herausforderungen“ die Digitalisierung in der Medizin. Zunächst verweist er – trotz veranschaulichten Scheiterns der Corona-Warn-App – auf den Digitalisierungsschub bedingt durch die Corona-Pandemie. Es folgt eine Beschreibung der Fortschritte in der digitalen Medizin, bspw. des Einsatzes von EDV im Gesundheitswesen, der Nutzung von Wellness- und Gesundheits-Apps bis hin zu Robotern in der Pflege. Den Rahmen für diese Entwicklungen bilde das Recht, insbesondere das Verwaltungsrecht, aber auch das Strafrecht. *Hilgendorf* verweist auf zwei Problemfelder, die sich im Zuge der Digitalisierung der Medizin ergeben und regt ein Überdenken im Umgang mit Daten an: Zum einen seien die medizinischen Angebote besonders datenintensiv, das europäische Datenschutzrecht jedoch restriktiv, sodass Europäischen Anbietern nicht genügend Daten zur Verfügung stehen könnten. Zum anderen befürchtet *Hilgendorf* eine Monopolisierung der plattformgestützten Medizin, begründet dadurch, dass Benutzer nur die beste Plattform nutzen möchten und somit eine Abhängigkeit von Anbieter aus den USA und China entstehen könne. Er stellt den geltenden rechtlichen Rahmen der Digitalisierung in der Medizin dar und geht dabei auf die verschiedenen Rechtsquellen näher ein.

Für den Bereich des Strafrechts legt *Hilgendorf* dar, welche Implikationen die digitalisierte Medizin für bekannte Fragestellungen und Tatbestände mit sich bringt. Hierunter fallen insbesondere neue digitale Begehungsweisen und Angriffe auf digitalisierte Infrastrukturen. Ebenfalls erörtert er die Herausforderungen durch die Digitalisierung und den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Medizin. Diese wie auch die Sabotageanfälligkeit technischer Systeme wirken sich auf den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab aus. In diesem Kontext diskutiert er die Frage, inwieweit der Vertrauensgrundsatz, nach dem jeder sich in der Interaktion mit anderen Menschen darauf verlassen darf, dass der jeweilige Kooperationspartner sich regelkonform verhält, sofern nicht gegenteilige Anhaltspunkte vorliegen, auch bei der Anwendung autonomer Systeme greifen und auch auf diese Systeme ausgeweitet werden könne. Nach derzeitiger Rechtslage klar zu beantworten, in der Diskussion aber offen sei die Frage nach einer strafrechtlichen Verantwortung von Künstlicher Intelligenz. Abschließend widmet sich *Hilgendorf* den neuen Herausforderungen der Digitalisierung in der Medizin im Besonderen Teil und der Providerverantwortung. Er kritisiert die eingeschränkte Haftung des Internet-Providers aufgrund der Privilegien im Telekommunikationsgesetz und plädiert für eine Anpassung der Regeln der zivilrechtlichen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

Zusammenfassend stellt *Hilgendorf* fest, dass der geltende Rechtsrahmen einer Weiterentwicklung der Digitalisierung der Medizin nicht im Wege stehe, und fordert, dass das Recht die Digitalisierung der Medizin nicht verhindern, sondern fördern solle.

*Prof. Dr. Karsten Scholz* stellt in seinem Beitrag „Erfahrungen zu dem sozialrechtlichen Verbot der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten (§ 128 SGB V)“ zunächst die Entwicklung und Grundstruktur dieser Norm dar. Es folgt ein Überblick über die Sanktionen,

die aus § 128 SGB V herrühren sowie ihrer strafrechtlichen Folgen. Im Anschluss widmet sich *Scholz* den Besonderheiten in einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ). Hier argumentiert er aufgrund des vergleichbaren Zusammenwirkens mit den Neuerungen des anwaltlichen Berufsrechts, zu denen er Parallelen sieht. So seien disziplinarische Maßnahmen sowohl gegen die einzelnen Berufsträger als auch gegen die Berufsausübungsgesellschaften möglich. Im MVZ drohten zudem dem ärztlichen Leiter disziplinarische Maßnahmen, soweit dieser seiner Kontrollpflichten gegenüber anderen im MVZ tätigen Ärzten nicht nachkomme. Als eine besonders enge Form der Zusammenarbeit veranschaulicht *Scholz* den verkürzte Versorgungsweg, der seinen Niederschlag in § 128 Abs. 4 bis 4b SGB V gefunden hat. In der Analyse der Norm fortschreitend befasst sich *Scholz* mit dem Depotverbot in Absatz 1 und dem Zuwendungsverbot nach Absatz 2. Letzteres dient der Unbeeinflussbarkeit der ärztlichen Leistungserbringer von eigenen finanziellen Interessen bei der Verordnung oder Beratung und hat in der Tat durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen zusätzliche Bedeutung erlangt. Als Unterfall des Zuwendungsverbots wird das Beteiligungsverbot durch *Scholz* näher beleuchtet und auf die verfassungsrechtlichen Bedenken an § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V hingewiesen. Nach dem Willen des Gesetzgebers solle daher ausschlaggebend sein, ob die Zuwendungen Unternehmen betreffen, „die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen,“ womit Kriterien des Zuweisungsverbots des § 31 Abs. 1 MBO-Ä angesprochen sind. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die einzelnen Fallgestaltungen gestaltet sich freilich diffizil.

Abschließend geht *Scholz* kurz auf das Beeinflussungsverbot ein und kommt zu dem Ergebnis, dass die mehrfachen Änderungen der Norm diese unübersichtlich gemacht haben und sie für den überwiegenden Teil ihres Anwendungsbereichs „versteckt“ geregelt ist; auch unter weiteren Gesichtspunkten bestehe Reformbedarf.

*Dr. Ingo Pflugmacher* erörtert in seinem Beitrag „MVZ als Strafbarkeitsrisiko“ die Risiken bei der Gründung, beim Betrieb und beim Verkauf eines MVZ. Im Hinblick auf die Gründung erörtert er anhand des Urteils des BGH vom 19.08.2020, 5 StR 558/19 zum Abrechnungsbetrug durch ein MVZ die Gründereigenschaft als Risiko. Er gibt – anschaulich an zwei Beispielen – zu bedenken, dass eine Ausweitung der Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs und damit eines Strafverfolgungsrisikos die gesellschaftsrechtlichen Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger Einflussnahme nicht ausblenden dürfte. Weitere Risiken, die sich bei der Gründung ergeben, seien zum einen die wahrheitswidrige Angabe der Arbeitszeit der im MVZ angestellten Ärzte und zum anderen die Angabe des Willens zur dreijährigen Tätigkeit als Angestellter des MVZ nach Zulassungsverzicht. Als Risiken beim Betrieb eines MVZ benennt *Pflugmacher* insbesondere falsche Sammelerklärungen, die zu einem Betrug gemäß § 263 StGB führen können, und Verstöße gegen die Vorschriften zur Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB) durch variable Vergütungen. Mit Abgabe der Quartalsabrechnung gebe jeder vertragsärztliche Leistungserbringer eine Sammelerklärung ab, mit der er versichere, dass die Abrechnung vollständig und gemäß des Vertragsarztrechts erfolgt sei. Nach *Pflugmacher* ergebe

sich für ein MVZ aufgrund der komplexen internen Strukturen ein erhöhtes Strafbarkeitsrisiko. Ein Strafbarkeitsrisiko nach §§ 299a, 299b StGB veranschaulicht *Pflugmacher* anhand eines Vergleichs zwischen ärztlicher Berufsausübungsgemeinschaft und MVZ und hebt hervor, dass handhabbare Kriterien für die Praxis fehlen. Beim Verkauf eines MVZ liege das Risiko besonders in der – für die Praxis typischen – Erteilung einer Garantieerklärung im Hinblick auf die „Beachtung sämtlicher gebühren- und vertragsrechtlicher Vorschriften. Nach Auffassung von *Pflugmacher* solle nicht eine Garantieerklärung abgegeben werden, die als wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung gewertet werden könnte. Insofern sei eine Zweckbeschränkung entsprechender Erklärungen vorzunehmen.

In dem Beitrag „Neues zur Sanktionierung von medizinischen Einrichtungen. Die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung von Gemeinschaftspraxis, MVZ, Krankenhaus & Co“ von *Dr. med. Mathias Prierer* und *Jonas C. Schulz* geht es schließlich um die Neuordnung des unternehmensbezogenen Sanktionenrechts mit Blick auf das zum Zeitpunkt des Vortrags geplante Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten.

Nach der einleitenden Darstellung der Diskussion um eine Neuordnung des unternehmensbezogenen Sanktionenrechts und ihrer Entwicklung werden die Problemkreise bei der Sanktionierung von medizinischen Einrichtungen aufgezeigt. Anschließend beschäftigen sich *Prierer* und *Schulz* eingehend mit der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes: Sie thematisieren dazu die staatliche Informationstätigkeit unter Zugrundelegung eines Drei-Ebenen-Modells und unternehmen den Versuch, die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung nach dem – zu

diesem Zeitpunkt – geplanten Verbandssanktionengesetz in das System staatlicher Informationstätigkeit einzuordnen. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die öffentliche Bekanntmachung als Institut des Verbraucherschutzes und zugleich Sanktionsinstrument ein neuartiges Konzept bilde. Es folgt die Darstellung des verfassungsrechtlichen Rahmens unter Einbeziehung der Grundrechte des Verbands und derjenigen der hinter dem Verband stehenden Personen. Im Anschluss daran gehen sie auf die Rechtsanwendung der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes auf Tatbestands-, Rechtsfolgen- und Strafzumessungsebene ein. Maßgeblich zu berücksichtigen sei der Zweck des Rechtsinstituts, das ausschließlich der Information der durch die Verbands-tat Geschädigten dienen soll.

Wie *Prierer* und *Schulz* bereits einleitend vermutet haben, ist das Gesetzesvorhaben des Verbandssanktionengesetzes in der kürzlich vergangenen Legislaturperiode tatsächlich letztlich gescheitert. Im neuen Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition heißt es, dass eine Überarbeitung der Vorschriften zur Unternehmenssanktion geplant sei, um die Rechtssicherheit von Unternehmen im Hinblick auf Compliance-Pflichten zu verbessern und einen präzisen Rechtsrahmen für interne Untersuchungen zu schaffen (Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 111, Z. 3732-3735). Insofern bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Durch die Vielseitigkeit der praxisrelevanten Beiträge beschert der Tagungsband dem Leser eine fokussierte, kurzweilige sowie zur Vertiefung der einzelnen Themen motivierende Lektüre – und weckt nicht zuletzt Vorfreude auf den nächsten Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag.

Rechtsanwältin Ana-Christina Vizcaino Diaz, LL.M.,  
Düsseldorf

## Sarah Bayer, Die betrugsspezifische Garantenstellung, Eine Analyse der Rechtsprechung zu §§ 263 Abs. 1, 13 StGB

Diss., 1. Auflage 2021, Nomos Verlagsgesellschaft,  
320 S., 96,00 EUR.

### 1. Einleitung

Einen Überblick par excellence bietet *Bayer* im Zusammenhang mit der vorgelegten Dissertation zu dem Thema „Die betrugsspezifische Garantenstellung, Eine Analyse der Rechtsprechung zu §§ 263 Abs. 1, 13 StGB“. Mit Nichten kauft der Leser die „Katze im Sack“; er erhält vielmehr, was das Werk verspricht: Eine dezidierte Auseinandersetzung mit dem Untersuchungsgegenstand im Rahmen der bisher ergangenen Judikatur. Mit der vorgelegten Dissertation möch-

te *Bayer* einen Beitrag zur Konturierung der betrugsspezifischen Garantenstellung liefern, die nicht nur in Kreisen der strafrechtswissenschaftlichen Literatur, sondern auch (und gerade) in der Rechtsprechung durch eine breit gefächerte Kasuistik geprägt ist. Dies gelingt ihr durch die Analyse der gesamten bisher zu diesem Themenkomplex ergangenen Rechtsprechung, wobei sich Ihre Arbeit nicht allein in der Darstellung der Judikatur erschöpft. *Bayer* stellt vielmehr Leitlinien der Rechtsprechung heraus, die sodann durch die Autorin bewertet und in die dogmatische Diskussion eingeordnet werden.

Ausgangspunkt der Überlegungen *Bayers* ist die Tatsache, dass die einzelfallabhängig geformten Ausführungen der Rechtsprechung in der Praxis weniger zu der gewünschten Rechtssicherheit führt und vielmehr einen Flickenteppich (doch) möglicher Strafbarkeit durch Unterlassen besteht. Im Rahmen ihrer Arbeit versucht *Bayer* diesen zu strukturieren und etwaige Leitlinien der Rechtsprechung – die sie selbst nicht sehe – herauszuarbeiten. Dies gelingt durch die beharrliche Analyse der Entscheidungen; die gesamte Judikatur zum Betrug durch Unterlassen sei hinsichtlich der Garantenstellung als zentrale Voraussetzung der Strafbarkeit auf ein gemeinsames Leitmotiv zurückzuführen, den Gedanken berechtigten Vertrauens in die Abwendung des tatbestand-

lichen Erfolgs. Diese Bewertung sei aus Sicht *Bayers* weder als tatsächlich noch als rechtlich konsequent anzusehen. Sie fordere vielmehr eine Rückbesinnung und ausschließliche Anwendung der durch Feuerbach geprägten formellen Rechtsquellen im Zusammenhang mit der Annahme einer Strafbarkeit durch Unterlassen, um die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen. Damit kommt *Bayer* zu dem begrüßenswerten Schluss, dass der durch die Rechtsprechung verlangte Anknüpfungspunkt, dass sog. besondere Vertrauen in die Abwendung des tatbestandlichen Erfolgs mangels Bestimmbarkeit kein adäquates Mittel zur Konturierung der Garantenstellung sei. Dem Bedürfnis der Praxis nach sachgerechten Einzelfalllösungen könne aus ihrer Sicht vielmehr bereits durch eine saubere Abgrenzung der Begehungsweisen, Tun und Unterlassen begegnet werden, ohne reflexartig auf eine Konstruktion der Unterlassenstrafbarkeit abzustellen. Im Rahmen der Unterlassenstrafbarkeit könne – und müsse – ausschließlich auf die formelle Rechtsquellenlehre abgestellt werden. Ferner sei aus Sicht *Bayers* eine Garantenstellung aus Ingerenz mangels Strafwürdigkeit des Verhaltens gänzlich obsolet.

Käme es auf dieser Grundlage am Ende des Tages womöglich im Einzelfall zu einem – aus Sicht der Rechtsprechung – unbefriedigenden Ergebnis, schließt *Bayer* ihre Arbeit mit dem zutreffenden Appell, dass die Änderung dieses Zustands nicht der Praxis obliege, sondern dem Gesetzgeber. Die materielle Aufweichung der Garantenstellung in der Rechtsprechung sei jedenfalls nicht der richtige Weg.

## 2. Zum Inhalt

Die Arbeit lässt sich in drei maßgebliche Kapitel unterteilen:

In ihrem ersten Kapitel (S. 25–122) legt *Bayer* die Grundlagen für ihre Diskussion, indem sie die allgemeinen Voraussetzungen für eine Täuschung durch Unterlassen darstellt. Dabei lässt sie die Gretchenfrage, ob grundsätzlich verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 13 StGB bestehen, mit dem Verweis auf die höchstrichterlichen Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht<sup>218</sup> bewusst außenvor und konzentriert sich dankenswerterweise auf den eigenen Untersuchungsgegenstand. Gleiches gilt für die Garanten Diskussion; bezüglich derer sie auf die mannigfaltigen Bemühungen ihrer Kolleginnen und Kollegen in der Strafrechtswissenschaft verweist. Ausgangspunkt ihrer Forschung bildet zunächst die Feststellung, dass der abzuwendende Erfolg die irrtumsbedingte vermögensbezogene Selbstschädigung des Opfers sei (S. 38), an dieser müssen die Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit ausgerichtet werden. Dazu stellt *Bayer* allgemeine Grundlagen der Garantenstellung als Kernvoraussetzung einer Unterlassenstrafbarkeit dar (S. 39 ff., 122) und geht insbesondere auf die Rechtspflichttheorie von Feuerbach ein; eine – auch für *Bayer* – maßgebliche Theorie an die die Autorin in ihrem Ergebnis anknüpft, um die betrugsspezifische Garantenstellung zu beschränken (S. 294 ff.). Zuvor flankiert sie in ihrem Grundlagenkapitel den Gedanken, die Maßstäbe der Vermögensbetreuungspflicht der Untreue gem. § 266 StGB als Anknüpfungspunkt für die Einschränkung zu übertragen, den sie – denklogisch – mangels Vergleichbarkeit der Deliktstypen sowie der Schutzrichtungen der Normen als Anknüpfungspunkt zur Konturierung der Garantenpflicht verwirft (S. 44 ff.). Im nächsten Schritt widmet sich *Bayer* der Funktion der Entsprechungsklausel

und stellt akzentuiert dar, dass diese im Zusammenhang mit dem Betrug nicht zwingend voraussetze, dass das Verhalten des Täters einen Erklärungswert aufweise. In der Praxis komme ihr vielmehr die Aufgabe zu, bei Bejahung der Garantenstellung diese einzelfallbezogen zu korrigieren (S. 50 ff., 60). Ausführlich widmet sich *Bayer* dann der Abgrenzung der Begehungsweisen – konkludente Täuschung vs. Unterlassen – und appelliert erstmalig, sich auf eine saubere Abgrenzung zu besinnen, ehe automatisch auf eine Strafbarkeit durch Unterlassen abgestellt werde (ab S. 77 ff.). In diesem Kontext verwirft sie die vorherrschenden allgemeinen Abgrenzungstheorien bzw. -merkmale, die auf die eingesetzte Energie (S. 95), auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit (S. 98) oder auf das Kausalitätskriterium (S. 100) abstellen, ebenso wie den Ansatz *Kühnes*, auf die schadenstiftende Ausgangssituation abzustellen (S. 104 f.). Vielmehr eigne sich das Erklärungskriterium als Unterscheidungsmerkmal, um die Täuschung durch Unterlassen vom Anwendungsbereich der konkludenten Täuschung abzugrenzen, dass ebenfalls partielle Unterlassungsmomente enthalte. Spiegelbildlich zur aktiven Begehung setze die Rechtsprechung für die Annahme eines aktiven Tuns voraus, dass eine falsche Erklärung abgegeben werde, andernfalls sei eine Strafbarkeit durch Unterlassen, als umfassender Auffangtatbestand, anzunehmen. Dass dies aus Sicht *Bayers* wenig adäquat erscheine, wird an dieser Stelle moniert, bleibt im Rahmen der Analyse der ergangenen Entscheidungen (Kapitel zwei) aber zunächst unberücksichtigt; worauf die Autorin aber auch hinweist. Als Grundlage für die anschließende dezidierte Auseinandersetzung mit der ergangenen Judikatur stellt *Bayer* fest, dass allein auf eine betrugsspezifische Garantenstellung abzustellen sei. Dabei müsse aufgrund des Erfolgsbezugs in § 13 Abs. 1 StGB eine vermögensbezogene Aufklärungspflicht vorliegen, deren dogmatische Grundlage es herauszufinden gilt.

In ihrem zweiten Kapitel (S. 123–282) setzt sich *Bayer* daher akribisch mit der Darstellung der Garantenlehre in der Rechtsprechung auseinander. Da die Arbeit den ambitionierten Zweck verfolgt, aus der Gesamtschau von Einzelfällen normative Leitlinien zu entwickeln, die einen Ausblick auf die künftige Gerichtspraxis zum Betrug durch Unterlassen ermöglichen, kommt dem Leser die harte Arbeit der Autorin in Form einer dezidierten Übersicht über die gesammelten Entscheidungen obergerichtlicher Rechtsprechung zur Garantenstellung zu diesem Themenkomplex zugute. Dazu wird die Argumentation und die daraus resultierenden Leitlinien für die Bejahung der Garantenstellung aus Gesetz (S. 124 ff.), (Vor-)Vertrag (S. 131 ff., 146 ff.) und Ingerenz (S. 178 ff.) beleuchtet. In diesem Zusammenhang arbeitet *Bayer* insbesondere im Bereich des Vertragsrechts vordergründige Parallelen zur zivilrechtlichen Judikatur und die damit umfasste Risikoverteilung heraus (bspw. S. 150). Da die strafrechtliche Judikatur zivilrechtliche Aspekte jedoch nur als Anknüpfungspunkt nutzt, um in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Garantenstellung im Einzelfall anzunehmen ist, setzt sich *Bayer* dezidiert mit dem Merkmal des „besonderen Vertrauensverhältnisses“ auseinander. Hintergrund dieser Einschränkung ist, dass nicht jede Vertragsart bzw. jede vertraglich verankerte Klausel eine Garantenpflicht begründbar machen soll (S. 142 ff., 152). Ferner geht *Bayer*

<sup>218</sup> Vgl. BVerfGE NJW 2003, 1030; BVerfGE 96, 68, 98.

auf die sog. Entsprechungsklausel ein, dies aus der Rechtsprechung stammende Kriterium modifiziert die Dogmatik und diene damit als zusätzliche Beschränkung des Kreises an potenziellen Garantenstellungen. Insofern stellt *Bayer* eine dem Zivilrecht abweichende Wertung fest, sodass sie das besondere Vertrauensverhältnis als zusätzliches „strafrechtsautonomes Kriterium“ qualifiziert. Zusätzlich arbeitet sie akzentuiert heraus, dass die Rechtsprechung sich dadurch von der formellen Rechtsquellenlehre entfernt hat und Garantenstellungen zunehmend nur aus dem Vertrauensverhältnis selbst abgeleitet werden (S. 177, 205, insb. im Bereich der Fallgruppen im Zwischenbereich der traditionellen Rechtsquellenlehre, S. 211). Insofern kommt *Bayer* zu dem konsequenten Zwischenergebnis, dass der Vertrauensgedanke als materieller Kern der strafrechtlichen Garantenstellung dient (S. 212). Entscheidend für die Annahme einer Garantenstellung sei demnach nicht das formelle Bestehen eines Vertragsverhältnisses, sondern dass das zivilrechtliche Verhältnis durch ein gewisses tatsächliches Vertrauen der Parteien zueinander geprägt sein muss (S. 224). Dieses fehle bspw. bei einem schlichten Leistungsaustausch (S. 224) wird jedoch bei gesellschaftsrechtlichen Beziehungen bejaht (S. 226 f.). Problematisch erscheint die Bewertung im Rahmen von arbeitsvertraglichen Verhältnissen, wobei *Bayer* die entwickelte ablehnende Tendenz der Rechtsprechung deutlich herausarbeitet (S. 227 ff.). Die Darstellung pointiert in luzider Weise, dass diese Linie der Rechtsprechung wenig mit einer generalisierenden Betrachtungsweise zu tun hat. Es gehe vielmehr um eine Einzelfallbetrachtung, die die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehung zwischen den Vertragspartnern in den Blick nimmt (S. 242). Zusammenfassend stellt *Bayer* aber dar, dass die Vertragstypen, bei denen die Rechtsprechung ein Vertrauensverhältnis annimmt, sowohl durch das Merkmal der Dauerhaftigkeit, durch die besondere Personenbezogenheit sowie durch das strukturelle Informationsgefälle der Vertragsparteien geprägt sind (S. 246, 248, 250). Die Ausführungen *Bayers* münden in ihrem konsequent durchdachten Ergebnis, dass die betrugspezifische Garantenstellung nach Auffassung der Judikatur ihren Kern im materiellen Vertrauensprinzip findet, sodass die formelle Rechtsquellenlehre hiermit abgelöst zu sein scheint (S. 281).

Ihre gefundenen Ergebnisse nimmt sie zum Anlass, um diese in ihrem dritten Kapitel (S. 282 – 311) einer kritischen Würdi-

gung zu unterziehen und „den Finger in die Wunde zu legen“. Hierzu wird sowohl die fehlende Aussagekraft des Vertrauensbegriffs sowie die mangelnde Bestimmtheit der sozialen Erwartungen an die Speerspitze ihrer Kritik gestellt. Systematisch entzieht *Bayer* jedem Konzept zur Konturierung des durch die Rechtsprechung verlangten „berechtigten Vertrauens“ den Boden, indem sie deren Schwachstelle beleuchtet und aufzeigt, dass die Argumentation meist einem Zirkelschluss unterliegt oder es bei genauer Betrachtung an der originären Verankerung des Vertrauensgedankens im Recht fehlt. Auch der Versuch, den unbestimmten Rechtsbegriff über die „Erwartungserwartungen“ zu schärfen, enttarnt *Bayer* nonchalant als Feigenblatt, dem selbst die Konkretisierung fehle. Im Einklang mit *Vogel* weist sie auf die fehlende Basis – rechtssoziologischer Erkenntnisse – hin, die zur Bestimmung sozialer Erwartungshaltungen gefunden werden und eine gewisse Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen können. Zur Überwindung dieser Schwierigkeiten fordert *Bayer* eine beharrliche Rückbesinnung auf die formelle Rechtsquellenlehre und führt dezidiert aus, warum es einer Ingerenz-Garantenstellung nicht mehr bedürfe (S. 292 ff.).

### 3. Fazit

*Bayer* gelingt es durch eine äußerst sorgfältige Recherche die Rechtsprechungspraxis der letzten Jahrzehnte zu rekapitulieren und hinsichtlich der zum Teil undurchdringbar anmutenden Argumentationslinien der Rechtsprechung „Licht ins Dunkeln“ zu bringen. Diese Systematisierung ist gleichzeitig der wichtigste Beitrag, den die Verfasserin durch ihre Arbeit sowohl der Praxis als auch der Wissenschaft liefert. Sie bietet aus praktischer Perspektive weitreichende rechtliche Anreize, um in Betrugsstrafsachen eine einheitliche Argumentationslinie aufzubauen und gleichzeitig auf zahlreiche Entscheidungen zuzugreifen. Dies wird auch durch die klare und akzentuierte Ausdrucksweise der Verfasserin deutlich. Die rechtlichen Schlussfolgerungen, nämlich die Rückbesinnung auf die formelle Rechtsquellenlehre sowie die Obsoleszenz der Ingerenz-Garantenstellung sind in diesem Kontext jedenfalls zwar keine „neuartigen“ Lösungsvorschläge, was *Bayer* aber durch ausreichende Zitate kenntlich macht (vgl. S. 315 ff.). Ihre Leistung ist dennoch insgesamt beachtenswert.

Syndikusrechtsanwältin Franziska Stapelberg,  
LL.M. (Wirtschaftsstrafrecht), Köln

## Schwartzmann/Jaspers/ Thüsing/Kugelman: DS-GVO/ BDSG – Datenschutzgrund- verordnung/Bundesdaten- schutzgesetz

C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2. neu bearbeitete  
Auflage 2020, ISBN 978-3-8114-5565-8, EUR 189,00.

Der Kommentar zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) und zum Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist in der Reihe der Heidelberger Kommentare im C.F. Müller Verlag erschienen. Er wurde zwei Jahre nach Erstausgabe und damit auch gut zwei Jahre nach Inkrafttreten der DS-GVO in neuer Auflage veröffentlicht und umfangreich überarbeitet. Herausgeber sind Rolf Schwartzmann, Andreas Jaspers, Gregor Thüsing und Dieter Kugelman, die weiteren Autor\*innen sind namhafte Expert\*innen im Datenschutzrecht aus Wissenschaft, Aufsichtsbehörden und unternehmerischer Beratung.

Die Kommentierung der Europäischen Datenschutzgrundverordnung ist bereits komplex aufgrund des Nebeneinanders wie auch des Ineinandergreifens von europäischer



und nationaler Gesetzgebung zum Datenschutz, der Verwendung von Öffnungsklauseln, der Datenschutz-Gesetzgebung der einzelnen Bundesländer und der zum Verständnis und Hintergrund der Entwicklung zu ziehenden Vergleiche zur vormaligen Rechtslage (BDSG alter Fassung (a.F.) und Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG). Daneben sind die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie auch deutscher, unterschiedlicher (Fach-)Gerichte – von Bundesgerichtshof bis hin zu beispielsweise Landesarbeitsgerichten und Verwaltungsgerichten –, Äußerungen des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) sowie Verlautbarungen der Datenschutzkonferenz (DSK) und Entscheidungen einzelner Aufsichtsbehörden, auszuführen, um nur einige Beispiele zu nennen.

Ebenso sind weitere, teilweise eng verwandte oder angrenzende/ergänzende Rechtsgebiete wie Regelungen zur ePrivacy, zum Telekommunikations- und Telemedienrecht, aber auch der IT-Security und dem eCommerce auszuführen, wobei gerade die ersteren sich bekanntermaßen in stetiger Entwicklung der Rechtssetzung befanden und befinden – vor kurzem erst ist das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) in Kraft getreten. Des Weiteren ist die datenschutzrechtliche Einordnung oder auch Prüfung der Zulässigkeit von Datenverarbeitungen in besonderem Maße auch den (technischen) Fortschritten in der Datenverarbeitung unterworfen beziehungsweise geht mit diesem einher; genannt seien als Beispiele die Möglichkeiten des Trackings im Allgemeinen, die Gestaltung von Cookies im Besonderen oder die Entwicklung bei (lernender) KI, diese Materien entwickeln sich überaus rasant und sind teilweise sehr technisch geprägt. Die Voraussetzungen beispielsweise des Transfers von Daten in ein Drittland sind ebenso stetiger Entwicklung unterworfen und können der Natur der Sache nach nur bis Redaktionsschluss aktualisiert werden. Ähnliches gilt auch für Entwicklungen der Auskunftsansprüche nach Artikel 15 DS-GVO, welche mittlerweile durch eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere zu deren Reichweite, möglicher Rechtsmissbräuchlichkeit und eventuellen Schadenersatzansprüchen zunehmend an Konkretisierung seit Inkrafttreten der DS-GVO gewonnen haben.

Themen, die zum Zeitpunkt der zweiten Auflage noch als beginnende Pandemie bezeichnet werden konnten, haben bereits Eingang gefunden, wie Problematiken rund um die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie, so die Kontaktverfolgung mittels einer App oder andere datenschutzrechtliche Ausprägungen der Infektionsschutzgesetzgebung.

Die Kommentierung der DS-GVO erfolgt parallel zum deutschen Datenschutzrecht in übersichtlicher Weise und im Nebeneinander möglichst „einfach“, verständlich und nachvollziehbar – sowohl in Darstellung als auch in Zuordnung ist dies nach Ansicht der Rezensentin mehr als gelungen.

Im Aufbau folgt die Kommentierung den Artikeln der DS-GVO, die Vorschriften des BDSG und deren Kommentierung sind an den hierzu passenden Stellen eingefügt und grau hinterlegt, was grafisch der raschen Einordnung dient. Die Kommentierung der Vorschriften des BDSG n.F. ist im Aufbau analog zur DS-GVO dargestellt. Ergänzt wird diese Darstellung sozusagen in umgekehrter Reihenfolge im Rah-

men der vorangestellten Nutzungshinweise, in welchen den BDSG-Vorschriften die Artikel der DS-GVO in tabellarischer Form zugeordnet werden, dies in Ergänzung der jeweiligen Fundstellen.

Der Aufbau der Kommentierung mit dem jeweils vorangestellten Inhaltsverzeichnis und der teilweise sehr umfangreiche Anführung von weiterer Literatur, folgen die „Einordnung“ und der „Hintergrund“ der Norm. Hierunter werden auch die einschlägigen Erwägungsgründe der einzelnen Artikel aufgeführt, wobei diese nicht lediglich aufgezählt, sondern wiederum im Zusammenhang eingeordnet beziehungsweise an manchen Stellen geradezu selbst „kommentiert“ werden. Im Rahmen von Normengenese und -umfeld werden die Bezüge zum BDSG n.F. aufgezeigt, ebenso wie die Entwicklung der Rechtslage dargestellt, wie zum BDSG a.F., ergänzt teilweise auch um Hinweise zur Rechtslage nach Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG. Es finden sich hier ebenfalls Ausführungen zu Working Papers (WP) der Art. 29-Datenschutzgruppe und zu Beschlüssen des Düsseldorfer Kreises. Die Bezüge zur vormaligen Rechtslage könnten zwar als eher umfangreich bezeichnet werden, jedoch sind aus Sicht der Rezensentin diese auf die wesentlichen Entwicklungen beschränkt. Beispielfhaft genannt seien hier die Ausführungen zum WP259 der Art. 29-Datenschutzgruppe zur datenschutzrechtlichen Einwilligung von Kindern und Minderjährigen nach Artikel 8 DS-GVO, welche zum grundlegenden Verständnis und zur Auslegung der Norm beitragen und so die Anwendung auf neue, aus Sicht der Praxis erstmalig zu entscheidenden Sachverhalten, erleichtern.

Die (eigentliche) Kommentierung ist zum einen nach Ansicht der Rezensentin ebenfalls in sehr geordneter Weise mittels präziser Überschriften dargestellt und gegliedert.

Dabei hilft, dass an diversen Stellen auch Fallgruppen gebildet worden sind, was eine Einordnung grundsätzlich erleichtert. Bei Auseinanderfallen von Meinungen und Ansichten werden diese dargestellt, beispielsweise nach Ansicht der Literatur, Ansicht der Datenschutzaufsichtsbehörden und Sichtweise des BGH und ergänzt um die Bedeutung für die Praxis. Auf letztere wird im Rahmen der Kommentierung besonders Wert gelegt, was die Rezensentin aus Tiefe und Umfang der Ausführungen folgert. Hieran wird deutlich, dass den Autoren an einer echten „Hilfe für die tägliche Praxis“ gelegen ist.

Diesen Anspruch ergänzen auch die Praxishinweise, an welchen sich nach Ansicht der Rezensentin ablesen lässt: weitestgehend umfassend. Denn es findet sich gegliedert dargestellt die „Relevanz“ der Norm für öffentliche Stellen, für nichtöffentliche Stellen, für betroffene Personen, für Aufsichtsbehörden und für das Datenschutzmanagement. Letztere sind – als Beispiel werden die Meldepflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden, Art. 33 f. DS-GVO herangezogen – derart aufbereitet, dass sie geradezu als „Anleitung für die Praxis“ für die notwendigen internen Prozesse bezeichnet werden können. Es wird an dieser Stelle beispielsweise auf die Erstellung eines Incident Response Plans und des hierfür notwendigen Inhalts hingewiesen, welcher von Internen Richtlinien, über die Implementierung eines geeigneten Incident Response Systems bis zum Kontakt zu Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden reicht.

Die Praxishinweise dienen zum einen der umfassenden Sicht auf die Bedeutung einer Vorschrift für die Praxis. Vor allem bei dem Bedürfnis nach zügiger Einordnung und rascher Suche nach Bedeutung einer Norm, helfen die letztlich als „aufbereitete“ Perspektivwechsel gestalteten Hinweise. Für den alltäglichen Gebrauch in der Praxis ist dies nach Ansicht der Rezensentin überaus wertvoll.

Die Kommentierung schließt jeweils mit Hinweisen zur (möglichen) Sanktionierung; mögliche Verstöße und drohende Geldbußen werden benannt, so dass für den ersten Eindruck nicht stets in Artikel 83 f. DS-GVO „gesucht“ werden muss. An einigen Stellen finden sich am Ende der Kommentierung umfangreichere Exkurse zur eCommerce-Richtlinie, zur ePrivacy-Richtlinie, dem Telekommunikations- und Telemedienrecht.

Hervorzuheben sind auch die für den\*die Fachleser\*in fast schon ungewöhnlich oder zumindest „untypische“ gewählte Darstellungsformen von Checklisten, Tabellen und Schaubildern. Beispielsweise für die Informationspflichten im Rahmen von Artikel 13 und 14 DS-GVO ist nach Meinung der Rezensentin die Zusammenfassung in tabellarischer Form, gerade auch zusammengeführt beziehungsweise in Gegenüberstellung dieser beiden Vorschriften, sehr übersichtlich und hilfreich. Ebenso wie beispielsweise die Ausführungen zu Artikel 26, der Gemeinsamen Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung, welche die wesentlichen Inhalte einer Vereinbarung über eine solche Verarbeitung nochmals aufbereitet zusammenfasst.

Neben der eigentlichen Kommentierung sind in den Anhängen die Erwägungsgründe zur DS-GVO sowie der Gesetzes-

text des BDSG abgedruckt. Das Buch schließt mit dem Stichwortverzeichnis, das nicht ganz so konsequent umgesetzt ist, wie man es sich vielleicht wünschen würde. Beispielhaft sei genannt, dass die 1&1-Entscheidung hierin aufgeführt wird, die Planet49-Entscheidung hingegen nicht. Auch die neu aufgenommenen Ausführungen zur „Pandemie“ lassen sich unter diesem Stichwort nicht finden, auch nicht unter „Kontaktverfolgung“ oder „Infektionsschutz(gesetz)“, allerdings unter „Corona-App“ mit sämtlichen Fundstellen. Dieser Kritikpunkt kann als vernachlässigbar und nicht von wesentlicher Bedeutung für das Werk insgesamt eingestuft werden.

Aus Sicht der Rezensentin erweist sich die vorliegende Kommentierung der DS-GVO als überaus geeignet für die vielseitige Verwendung. Sowohl für das eigentliche Verständnis der datenschutzrechtlichen Regelungen, als Nachschlagewerk bei Einzel- oder Zweifelsfragen und besonders für die Nutzung in der täglichen Praxis. Gerade die Aufbereitung der teilweise unterschiedlichen oder gar gegenläufigen Perspektiven des für Datenverarbeitung Verantwortlichen, der Betroffenen sowie der Stellung und Aufgaben von Aufsichtsbehörden macht diesen Kommentar zu einer wertvollen Unterstützung.

Ich schließe zusammenfassend und wohl eher außer der Reihe einer solchen Rezension, mit einem persönlichen Wort: Als meine Tochter das Buch sah und ich ihr erklärt habe, dass ich hierüber etwas schreiben würde, sagte sie stolz am Folgetag zu einer Freundin: „Meine Mama hat dieses dicke Buch *ganz* gelesen!“, was aus Sicht zweier Lese-Anfängerinnen eine andere Qualität der Aussage hat. Ich antwortete „Nein – aber ich würde es wirklich gerne, weil es ein großartiges Werk ist! Und ich danach sehr viel schlauer wäre.“