

01.2023

12. Jahrgang | Okt. 2023

# Journal der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung e. V.



# WiJ

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V. - WisteV

## Redaktion:

Dr. Laura Borgel  
Dr. Mayeul Hiéramente  
Hannah Milena Piel  
Prof. Dr. Markus Rübenthal, Mag. iur.  
Kathie Schröder

## Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

## Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann  
Dr. 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

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

#### Exportcompliance<sup>2</sup> –

Untergesetzliche Anforderungen beim Export von  
Gütern i.S.d. Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 ..... 3

Ref.iur. Dr. Aleksandar Zivanic, Konstanz

#### Die praktische Bedeutung der

Konkurrenzlehre für die Einziehung –  
am Beispiel von Hehlerei (§ 259 I StGB) und  
reformierter Geldwäsche (§ 261 StGB n.F.) ..... 12

### EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion,  
und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Thilo Mahnhold,  
beide Frankfurt a.M.

#### Arbeitszeit Compliance –

Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle  
zur HR Compliance (Teil 1) ..... 18

### VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln /  
Vorstand der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V.

WisteV-Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes  
zur Verbesserung der Bekämpfung von Finanzkrimi-  
nalität (Finanzkriminalitätsbekämpfungsgesetz) ..... 37

Friedrich Florian Steinert, Düsseldorf und Dominik Hotz, Berlin

#### Tagungsbericht:

WisteV-wistra-Neujahrstagung 2023 ..... 41

## AUFsätze UND KURZBEITRäge

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

- Exportcompliance<sup>2</sup> –  
Untergesetzliche Anforderungen beim Export von  
Gütern i.S.d. Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821** ..... 3

Ref.iur. Dr. Aleksandar Zivanic, Konstanz

- Die praktische Bedeutung der  
Konkurrenzlehre für die Einziehung –  
am Beispiel von Hehlerei (§ 259 I StGB) und  
reformierter Geldwäsche (§ 261 StGB n.F.)** ..... 12

## EINFührung UND SCHULUNG

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion,  
und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Thilo Mahnhold,  
beide Frankfurt a.M.

- Arbeitszeit Compliance –  
Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle  
zur HR Compliance (Teil 1)** ..... 18

## ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion,  
Frankfurt a.M.

- Scheinselbständigkeit bzw. illegale  
Arbeitnehmerüberlassung – intendierte  
Umgehung der Sozialversicherungspflicht  
durch „Ein-Personen-Gesellschaften“?  
Anmerkung zu BSG Urteil vom 20.7.2023 –  
B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R  
und B 12 BA 4/22 R** ..... 26

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

- Aktuelle Rechtsprechung zum  
Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht** ..... 32

## VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln /  
Vorstand der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V.

- WisteV-Stellungnahme zum Entwurf  
eines Gesetzes zur Verbesserung der  
Bekämpfung von Finanzkriminalität  
(Finanzkriminalitätsbekämpfungsgesetz)** ..... 37

Friedrich Florian Steinert, Düsseldorf  
und Dominik Hotz, Berlin

- Tagungsbericht:  
WisteV-wistra-Neujahrstagung 2023** ..... 41

## REZENSIONEN

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

- Esther-Nicola Vehling,  
Die Auswirkungen des Völkerrechts  
auf die grenzüberschreitende Ermittlung  
digitaler Beweis nach der StPO** ..... 44

## 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. Laura Borgel, 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

## Ständige Mitarbeiter:

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

## Grafik / Layout:

Anja Sauerland, www.paper-love.com

## 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

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

## Exportcompliance<sup>2</sup> – Untergesetzliche Anforderungen beim Export von Gütern i.S.d. Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821

### I. Einführung

Complianceanforderungen an exportierende Unternehmen variieren u.a. nach Branche, Ware, Destination, Abnehmer und Endverwendung. Zur Konkretisierung der jeweiligen Anforderungen existieren unterhalb der recht abstrakten gesetzlichen bzw. unionsrechtlichen Ebene zahlreiche Dokumente wie Empfehlungen und Merkblätter, die sich sowohl im Grad ihrer (faktischen) Verbindlichkeit als auch in ihrer sachlichen Reichweite und ihren Inhalten unterscheiden. Solche Dokumente betreffen auch die zum 9.9.2021 in reformierter Fassung in Kraft getretene Dual-Use-VO 2021/821.<sup>1</sup> Während ein spezielles BAFA-Merkblatt den neuen und nicht unbedingt selbsterklärenden Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 für den Export von Überwachungstechnologie gezielt in den Blick nimmt, betrifft die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission noch ausschließlich die von Art. 3 und 4 der früheren Dual-Use-VO 428/2009 erfassten<sup>2</sup>, militärisch verwendbaren Güter. Gleichwohl verweist just jenes spezielle Merkblatt des BAFA zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 ausdrücklich auf die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission und sorgt damit für zusätzliche Verwirrung.

Das trifft insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU), deren Complianceabteilungen in Struktur und Ausstattung nicht mit denen großer Konzerne vergleichbar sind. Die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission wies bereits für die von ihr adressierten militärisch nutzbaren Güter auf die Schwierigkeiten für KMU hin.<sup>3</sup> Allerdings kommt der wehrtechnische Mittelstand in Deutschland Schätzungen zufolge gerade einmal auf 1.350 Unternehmen<sup>4</sup>, sodass diese Feststellung im Bereich von Überwachungstechnologie erst recht Geltung beanspruchen muss, liegt die Zahl der KMU in dieser Branche doch um ein Vielfaches höher<sup>5</sup>.

Derweil gehen, während ein spezialgesetzlicher Verweisungstatbestand in § 18 Abs. 5 AWG auf Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 noch nicht existiert, bei den Gerichten Anklageschriften wegen genehmigungsloser Exporte von Überwachungstechnologie ein<sup>6</sup>, was Unsicherheit und Handlungsdruck für Unternehmen zusätzlich erhöht. Wie verhalten sich die Anforderungen des BAFA-Merkblatts zu der Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission? Reichen die bisher üblichen Mechanismen weiterhin aus? Welche Unternehmen müssen in Sachen Exportcompliance „aufrüsten“? Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen anhand einer Gegenüberstellung von Empfehlung und Merkblatt nach.

## II. Grundsätzliches zu der Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission

### 1. Rechtscharakter und Verbindlichkeit von Empfehlungen

Empfehlungen i.S.d. Art. 288 Abs. 5 AEUV enthalten, genau wie Stellungnahmen und im Gegensatz zu den anderen Rechtshandlungen, keine rechtsverbindliche Regelung.<sup>7</sup> Sie gehen nach ihrem Sinngehalt auf die eigene Entschlusskraft eines innerhalb seiner Zuständigkeit<sup>8</sup> handelnden Unionsorgans zurück. Während Stellungnahmen bloße Meinungsäußerungen eines Unionsorgans beinhalten, die eine Reaktion auf eine fremde Initiative darstellen<sup>9</sup>, richten sich Empfehlungen überwiegend – jedoch nicht ausschließlich<sup>10</sup> – an die Mitgliedstaaten<sup>11</sup>, denen damit Hinweise zur Umsetzung oder Einhaltung von Unionsrecht gegeben werden. Nach dem Wortlaut des Art. 288 Abs. 5 AEUV sind Empfehlungen und Stellungnahmen „nicht verbindlich“. Sie entfalten damit keine rechtliche Bindungswirkung gegenüber ihren Adressaten<sup>12</sup>

<sup>1</sup> VO (EU) 2021/821 v. 20.5.2021 über eine Unionsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung, der technischen Unterstützung und der Durchfuhr betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck, ABl. L 206 v. 11.6.2021, S. 1.

<sup>2</sup> Dazu noch Lewisch/Stangl in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, Art. 3 Dual-Use-VO 428/2009 Rn. 8 ff., Art. 4 Dual-Use-VO 428/2009 Rn. 1.

<sup>3</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/19.

<sup>4</sup> Vgl. die Schätzung bei <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/ruestungsindustrie-branche-waffen-101.html>.

<sup>5</sup> Die Gesamtzahl der Kleinstunternehmen, kleinen und mittleren Unternehmen, die im Jahr 2020 im Bereich „Information und Kommunikation“ tätig waren liegt bei ca. 119.663, siehe <https://www.genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=48121-0002#abreadcrumb>.

<sup>6</sup> <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-1/presse/2023/4.php> („FinFisher“), basierend auf § 18 Abs. 5 AWG i.V.m. der zum 1.1.2015 in Kraft getretenen Änderung des Anhangs I der früheren Dual-Use-VO 428/2009, wodurch die Ausfuhr von bestimmten, militärisch nutzbaren Überwachungstechnologien einer Genehmigungspflichtigkeit unterstellt wurde. Für diese gelisteten Technologien hat sich durch die n.F. der Verordnung nichts geändert; als problematisch erweist sich vielmehr die Catch-all-Klausel des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821.

<sup>7</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 288 Rn. 200, 205; Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 97.

<sup>8</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 288 Rn. 201.

<sup>9</sup> Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 98; Geismann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EU-Recht, Art. 288 AEUV, Rn. 63.

<sup>10</sup> So bspw. im vorliegenden Fall der Empfehlung (EU) der Kommission 2019/1318, deren Adressaten „die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und Ausführer im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 428/2009“ bilden. In einigen anderen, vertraglich geregelten Fällen können sich Empfehlungen auch an Einzelpersonen bzw. Unternehmen richten; vgl. Art. 265 Abs. 3 AEUV.

<sup>11</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 288 Rn. 201; Geismann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EU-Recht, Art. 288 AEUV, Rn. 65.

<sup>12</sup> EuGH Rs. C-317/08 bis C-320/08 – Slg. 2010, I-2213, Rn. 40; EuGH Rs. C-207/01 – Slg. 2003, I-8875, Rn. 41; EuGH Rs. C-303/90 – Slg. 1991, I-5315; EuGH Rs. C-322/88 – Slg. 1989, 4407, Rn. 16; Geismann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EU-Recht, Art. 288 AEUV, Rn. 66; Ruffert in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 97; Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 288 Rn. 200.



und begründen insbesondere keine vor nationalen Gerichten durchsetzbaren Rechte und Pflichten.<sup>13</sup>

Eine begrenzte rechtliche Relevanz kommt Empfehlungen jedoch im Lichte der allgemeinen Pflicht zur Unionstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV zu. Sofern Mitgliedstaaten Adressaten einer Empfehlung sind, dürfen sie nicht einfach über diese hinweggehen, sondern müssen sie ernsthaft prüfen und sich im begründeten Fall nach ihnen richten bzw. sie anderenfalls mit ausreichender Erklärung zurückweisen<sup>14</sup>, wobei die h.Lit. die daraus erwachsende „Verpflichtung“ weder als gerichtlich durchsetzbar noch als sanktionsbewehrt einstuft.<sup>15</sup> Umgekehrt ergibt sich für das erlassende Organ, vorliegend die Kommission, aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes heraus ebenfalls eine gewisse Bindung an die Empfehlungen.<sup>16</sup> Zwar diskutiert die Lit. diese Bindungswirkung hauptsächlich insoweit, als Mitgliedstaaten und nicht Individuen die Adressaten der Empfehlungen sind.<sup>17</sup> Das wird im vorliegenden Kontext aber gleichwohl und insbesondere für die Grenzen der Compliancepflichten gelten.

Umgekehrt kommt jedoch den indirekten rechtlichen Wirkungen von Empfehlungen im Einzelfall erhebliche Steuerungskraft für das Verhalten der Adressaten zu<sup>18</sup>, denn die Praxis der Mitgliedstaaten misst ihnen häufig erhebliches Gewicht bei<sup>19</sup> und Mitgliedstaaten orientieren sich oft aus Praktikabilitätsgründen, aus Einsicht oder aus Opportunitätserwägungen an ihnen.<sup>20</sup> Teilweise kann es sich dabei um eine Art vorauseilenden Gehorsam handeln. Auch wird, nach Einschätzung der Lit., kein Mitgliedstaat bestrebt sein, sich ein integrationsfeindliches Verhalten vorwerfen zu lassen und sich daher bemühen, auch den unverbindlichen Rechts-handlungen Aufmerksamkeit zu schenken.<sup>21</sup>

Die prinzipielle Unverbindlichkeit schließt zudem nicht aus, dass Empfehlungen gleichwohl indirekt rechtliche Wirkungen<sup>22</sup> für Einzelne bspw. insofern erzeugen, als die Gerichte der Mitgliedstaaten Empfehlungen bei den Entscheidungen über bei ihnen anhängige Rechtsstreitigkeiten berücksichtigen (müssen<sup>23</sup>), wenn z. B. die Empfehlung Aufschluss über die Auslegung nationaler oder unionsrechtlicher Bestimmungen gibt.<sup>24</sup> Empfehlungen können dabei insbesondere in unbestimmten Rechtsbegriffen bzw. normativen Tatbestandsmerkmalen wirken.<sup>25</sup> Projiziert auf die vorliegend untersuchte Problematik bleibt also zu fragen, ob Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 solche konkretisierungsfähigen Merkmale enthält. Während sich aus Abs. 1 der Vorschrift keine offensichtlichen Anknüpfungsmöglichkeiten ergeben, da dort die von der Behörde ausgehende Unterrichtung des Ausführers konstitutiv für die Genehmigungspflicht ist, bleibt in Art. 5 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/821 dafür durchaus Raum, denn hier stellt die Norm darauf ab, dass Erkenntnisse durch den Ausführer „im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht“ erlangt werden. Ebenjene Sorgfaltspflichten können durch die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission konkretisiert werden.

## 2. ICP-Leitlinien im Anhang der Empfehlung (EU) 2019/1318

### a) *Prinzipielle Gültigkeit der Empfehlung für die Dual-Use-VO 2021/821*

Da sich, wie bereits gesagt, die Empfehlung (EU) 2019/1318 noch auf die frühere Dual-Use-VO 428/2009 bezieht, bleibt vorab zu klären, ob ihre Inhalte auch für die n.F. der Verordnung gelten können. Allerdings hat sich bereits der Zweck verschoben. Diente die Empfehlung unter der früheren Dual-Use-VO 428/2009 allein der Abwehr von Risiken im Zusammenhang mit der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und der destabilisierenden Anhäufung konventioneller

<sup>13</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 205 zitiert EuGH verb. Rs. 1 u. 14/57, Slg. 1957, 213, 236: „Aus Art. 14 des [EGKSV] folgt, dass mit einer Stellungnahme nicht unmittelbar eine rechtliche Verpflichtung für den Empfänger begründet werden kann, auch unterscheidet sich die Stellungnahme von der Entscheidung und der Empfehlung mit Rücksicht sowohl auf ihre Natur als auf die ihm im Rahmen des Vertrages zugewiesene Aufgabe. Neben der Befugnis der Hohen Behörde zur Rechtsgestaltung, die es ihr gestattet, mit Entscheidung und Empfehlung auf dem Gemeinsamen Markt aktiv und unmittelbar einzuwirken, sind ihr durch den Vertrag Aufgaben richtungsweisender Art übertragen worden, die sie u. a. vermittels der Stellungnahmen wahrnimmt... Diese Stellungnahmen stellen somit bloße Ratschläge an die Unternehmen dar. Es steht dem Unternehmen mithin frei, sie zu beachten oder sie nicht zu beachten (...)“.

<sup>14</sup> Ipsen *Europarecht* § 21 Rn. 36.

<sup>15</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 206.

<sup>16</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 206.

<sup>17</sup> Siehe zur Möglichkeit Individuen durch Empfehlungen zu adressieren Fn. 10.

<sup>18</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 208.

<sup>19</sup> Dies liege in der Sachkenntnis und der größeren Übersicht der Unionsorgane begründet, die ihnen eine „besondere Autorität“ verleihen, so Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 208.

<sup>20</sup> Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 209.

<sup>21</sup> Auf die „psychologisch-politischen Wirkungen“ weist Ruffert in: Callies/Ruffert, *EUV/AEU*, Art. 288 Rn. 97 hin; vgl. auch Bieber/Epiney/Haag/Kotzur *Die EU*, § 6 Rn. 38; Schweitzer/Hummer/Obwexer *Europarecht*, Rn. 314.

<sup>22</sup> Gegen Handlungen, die nur dem Anschein nach unverbindliche Empfehlungen sind, ist Rechtsschutz mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV möglich, so Ruffert in: Callies/Ruffert, *EUV/AEU*, Art. 288 Rn. 98 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-16/16 P, BeckRS 2018, 1481; dazu auch Gundel *EuR* 2018, 593.

<sup>23</sup> So ausdrücklich der EuGH, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407, Rn. 18; EuGH, Rs. C-188/91, Slg. 1993, I-363, Rn. 18; ferner Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der EU*, Art. 288 Rn. 206 sowie Ruffert in: Callies/Ruffert, *EUV/AEU*, Art. 288 Rn. 97 mit dem Hinweis, dass auch eine solche Wirkung als Auslegungsmaßstab eine faktisch verbindliche ist, so dass diese EuGH-Rspr. eine Rechtsfortbildung gegen den Vertragstext darstellt.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407.

<sup>25</sup> Siehe dazu Lehner *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausführverantwortlichen*, S. 310 ff.; vgl. auch Schroeder in: Streinz, *EUV/AEU*, Art. 288 Rn. 128 („Empfehlungen sind von nationalen Gerichten ... zu berücksichtigen, insbesondere wenn sie Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener nationaler Rechtsvorschriften geben ...“).

Waffen<sup>26</sup>, so schließt die n.F. der Dual-Use-VO laut ihrem Erwägungsgrund Nr. 2 auch die Erfüllung der „international[e] Verpflichtungen und Zusagen, Verpflichtungen im Rahmen einschlägiger Sanktionen, Erwägungen der nationalen Außen- und Sicherheitspolitik, einschließlich derjenigen, die im Gemeinsamen Standpunkt 2008/944/GASP des Rates, unter anderem in Bezug auf die Menschenrechte, enthalten sind“ ein. Bei Gütern für digitale Überwachung sollen die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten insbesondere das Risiko berücksichtigen, dass diese im Zusammenhang mit „interner Repression oder der Begehung schwerwiegender Verstöße gegen die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht verwendet werden“. Es ist daher zu prüfen, ob die in der Empfehlung (EU) 2019/1318 genannten Einzelmaßnahmen auch diesem Zweck dienen können.

Die darin niedergelegten Leitlinien, die exportierenden Unternehmen als Orientierungshilfe dienen sollen, enthalten im Kern sieben Elemente für ein wirksames unternehmensinternes Complianceprogramm (ICP). Bei der Entwicklung dieser ICP-Leitlinien der EU für Kontrollen des Dual-Use-Handels wurden vorhandene Konzepte für Compliance im Zusammenhang mit Ausfuhrkontrollen herangezogen<sup>27</sup>, darunter die „Best Practice Guidelines on Internal Compliance Programmes for Dual-Use Goods and Technologies<sup>28</sup>“, die schon im Jahr 2011 von den Teilnehmerstaaten des Wassenaar-Arrangements verabschiedet wurden, sowie der „Best Practice Guide for Industry“ der Nuclear Suppliers Group<sup>29</sup>. Beide Guidelines passen jedoch ersichtlich nicht zu den Inhalten des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, da sie historisch in erster Linie auf die Nichtverbreitung von Massenvernichtungswaffen ausgerichtet sind. Sollte sich diese Ausrichtung in den Kernelementen der Empfehlung widerspiegeln, so könnten diese einerseits gänzlich unpassend im Rahmen des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 erscheinen, andererseits aber auch schlicht zu kurz greifen.

Die Empfehlung räumt jedoch ein, dass die konkreten Anforderungen und Merkmale des ICP neben Größe und Struktur des Unternehmens ebenso vom Umfang der Geschäftstätigkeit, der Produktpalette und den Abnehmern bzw. Endverwendern abhängen. Insofern bleibt durchaus Raum für die prinzipielle Anpassung eines der Empfehlung folgenden ICP an die spezifischen Anforderungen beim Export von Überwachungstechnologie. Welche Anforderungen das sind, steht damit allerdings noch nicht fest.

Die Empfehlung enthält einen Katalog von sieben Eckpfeilern<sup>30</sup>, von denen die ersten beiden unproblematisch auch für den Export von Überwachungstechnologie herangezogen werden können. Ein Bekenntnis der obersten Führungsebene zur Compliance<sup>31</sup> wie auch eine klare Organisationsstruktur und Zuständigkeiten sowie die Bereitstellung von organisatorischen, personellen und technischen Ressourcen<sup>32</sup> erscheinen prinzipiell in jeder Branche und hinsichtlich jedes Compliancezwecks möglich und sinnvoll. Nichts anderes gilt für die Erfordernisse von Schulungen und Sensibilisierung<sup>33</sup>, ebenso wie für stetige Evaluation und Optimierung des ICP im Wege von Leistungsüberprüfung, Audits, Berichterstattung und Korrekturmaßnahmen<sup>34</sup>. Mit Leistungsüberprüfun-

gen und Audits wird der Empfehlung zufolge festgestellt, ob das ICP auf operativer Ebene zufriedenstellend umgesetzt wird und mit den geltenden nationalen und europäischen Anforderungen an Ausfuhrkontrollen in Einklang steht. Darüber hinaus sind Aufzeichnungen und Dokumentation aller Maßnahmen<sup>35</sup> Teil eines vollständigen ICP. Schließlich gibt die Empfehlung physische Sicherheit und Informationssicherheit<sup>36</sup> als Teil des ICP vor, wobei sicherheitssensible Dual-Use-Güter „geschützt“ werden sollen, und angemessene Sicherheitsmaßnahmen dazu beitragen sollen, die Risiken unerlaubter Wegnahmen oder des Zugangs zu kontrollierten Gütern einzugrenzen. Bereits für die a.F. der Dual-Use-VO 428/2009 hatte dieser letzte Punkt enorme Bedeutung, doch erscheint seine Relevanz gerade bei Software oder Technologie aufgrund der spezifischen Produkteigenschaften noch größer. Gerade im digitalen Raum kann es sich als schwierig erweisen, die Einhaltung von Vorschriften für den Handel mit Dual-Use-Gütern zu gewährleisten<sup>37</sup>; insofern sind auch im Anwendungsbereich der n.F. der Verordnung Maßnahmen zur Informationssicherung unerlässlich.

#### **b) Screeningablauf und -verfahren in Bezug auf Geschäftsvorgänge**

Unter Ziffer 4 der Empfehlung findet sich der Punkt „Screeningablauf und -verfahren in Bezug auf Geschäftsvorgänge“, der im Zentrum des ICP steht, und der die konkret erforderlichen, betriebsinternen Maßnahmen beinhaltet.<sup>38</sup> Verlangt wird dabei, dass das Unternehmen ein (je nach Größe manuelles oder automatisiertes<sup>39</sup>) Bewertungsverfahren entwickelt, um festzustellen, ob ein Geschäft mit Dual-Use-Gütern überhaupt Ausfuhrkontrollvorschriften des Mitglied-

<sup>26</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 5 der Dual-Use-VO 428/2009, der es als Ziel der Ausfuhrkontrolle nennt, ein „wirksames gemeinsames Ausfuhrkontrollsystem für Güter mit doppeltem Verwendungszweck“ zu schaffen, um sicherzustellen, dass die „internationalen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten der Mitgliedstaaten und der Union, insbesondere hinsichtlich der Nichtverbreitung [von Massenvernichtungswaffen] sowie des Friedens, der Sicherheit und der Stabilität in der jeweiligen Region und der Achtung der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts, eingehalten werden“.

<sup>27</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/17.

<sup>28</sup> Online verfügbar etwa bei <https://www.sipri.org/sites/default/files/research/disarmament/dualuse/pdf-archive-att/pdfs/wassenaar-arrangement-best-practice-guidelines-on-internal-compliance-programmes-for-dual-use-goods-and-technologies.pdf>.

<sup>29</sup> Abrufbar unter <https://www.nuclearsuppliersgroup.org/en/guidelines>.

<sup>30</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/18.

<sup>31</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/19 f.

<sup>32</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/20 f.

<sup>33</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/21.

<sup>34</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/24 f.

<sup>35</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/25.

<sup>36</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/26.

<sup>37</sup> Vgl. Pfeil/Mertgen Compliance im Außenwirtschaftsrecht, § 8 Rn. 94 f.

<sup>38</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/21 ff.

<sup>39</sup> Vgl. zu den variierenden Anforderungen Daum in: Bay/Hastenrath, Compliance-Management-Systeme, § 5 Rn. 4.

staats oder der EU unterliegt. Das Verfahren muss zum einen ein System zur Klassifizierung von physischen Gütern, Software und Technologie enthalten, zum anderen hat eine Bewertung des Geschäftsrisikos stattzufinden. Letztgenanntes Kriterium schließt nach der Empfehlung eine Prüfung im Hinblick auf mit Embargo oder Sanktionen belegte oder sicherheitssensible Ziele und Unternehmen, ein Screening in Bezug auf die angegebene Endverwendung und beteiligte Parteien, ein Screening hinsichtlich von Umlenkungsrisiken sowie eine Sichtung der Catch-all-Kontrollen nicht gelisteter Dual-Use-Güter ein. Wird ein Genehmigungserfordernis festgestellt so ist ein Antrag auf Genehmigung der Ausfuhr, Vermittlung, Verbringung oder Durchfuhr zu stellen, wobei der Screeningprozess nicht nach Erteilung der Genehmigung endet, sondern Kontrollen des Versands und der Einhaltung der Genehmigungsbedingungen stattfinden müssen.

Die Empfehlung schlägt dazu ein mehrschrittiges Verfahren vor<sup>40</sup>:

- Klassifizierung von physischen Gütern, Software und Technologie,
- Bewertung des Geschäftsrisikos,
- Feststellung der Genehmigungsanforderungen und gegebenenfalls Antrag sowie
- Kontrollen nach Erteilung einer Genehmigung.

Das Verfahren beginnt mit einer Güterklassifizierung, durch die zunächst festgestellt werden soll, ob die betreffenden Güter in einer einschlägigen Liste aufgeführt sind. Dafür sind die technischen Merkmale des Produkts mit den Dual-Use-Güter-Kontrolllisten der EU sowie des Mitgliedstaats abzugleichen und ggf. festzustellen, ob das betreffende Produkt Beschränkungen bzw. Sanktionen der EU oder des Mitgliedstaats unterliegt. Die Empfehlung geht zudem ausdrücklich darauf ein, dass auch Komponenten, Ersatzteile, Software und Technologie zu klassifizieren sind. Zudem wird gesondert auf die im vorliegenden Kontext besonders relevanten digitalen Übertragungswege (Email oder Cloud-Dienste) hingewiesen.<sup>41</sup>

Etwas unsystematisch erscheinen die sich anschließenden Ausführungen der Empfehlung: Der Ausführer soll Informationen über eventuelle missbräuchliche Verwendungen der Dual-Use-Güter, z. B. im Zusammenhang mit der Weiterverbreitung von konventionellen militärischen Gütern oder Massenvernichtungswaffen „sammeln und im Unternehmen weiterleiten“.<sup>42</sup> In dieser Anforderung werden güterbezogene, endverwenderbezogene und destinationsbezogene Aspekte miteinander vermengt. Auffällig erscheint zudem der Ratschlag, vom Lieferanten Auskünfte über die Dual-Use-Klassifizierung der Materialien, Komponenten und Teilsysteme anzufordern, die im Unternehmen verarbeitet oder eingebaut werden, einschließlich der in der Produktion verwendeten Maschinen, und die von den Lieferanten erhaltene Klassifizierung zu überprüfen.<sup>43</sup> Dies kehrt die Prüfungsrichtung dahingehend um, dass nicht nur der Abnehmer, sondern im

Hinblick auf güterbezogene Aspekte schon der Zulieferer durch den Exporteur kontrolliert werden soll.<sup>44</sup> Während in der (Straf)Rechtsdogmatik durchaus Konzepte existieren, die die Verantwortlichkeit an ein sich an die Täterhandlung anschließendes illegitimes Drittverhalten knüpfen<sup>45</sup>, fehlen solche Konstruktionen – schon aus chronologischen Gründen – für vorangegangenes Drittverhalten. Die Empfehlung kann diesbezüglich nur so gemeint sein, dass die fraglichen Informationen Aufschluss über das Missbrauchspotential geben sollen, das dann wiederum im Zusammenhang mit dem konkreten Abnehmer und der Destination abzuschätzen ist. Dies dehnt die Reichweite der Prüfpflichten enorm aus und begründet eine Verantwortlichkeit für die Vermeidung von Fehlinformationen durch den Zulieferer, der – zumal im Umfeld der Catch-all-Klausel des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 angesichts der teilweise kaum abschätzbaren Einsatzmöglichkeiten IT-technischer Systeme – schon aus fachlichen Gründen schwer nachzukommen sein wird.

Die Empfehlung fasst unter dem Punkt „Bewertung des Geschäftsrisikos“ sodann die Prüfung im Hinblick auf mit Embargos oder Sanktionen belegte oder sicherheitssensible Ziele und Unternehmen zusammen. Hier finden sich somit erneut endverwenderbezogene und destinationsbezogene Prüfpunkte, wobei neben den Empfängern auch Zwischenhändler oder -käufer eingeschlossen sind. Die Überprüfung der Zuverlässigkeit des Empfängers nimmt innerhalb der Feststellung des Geschäftsrisikos einen erheblichen Raum ein. So werden Endverbleibserklärungen u. a. mit Blick auf die Informationserhebung bspw. auch dann empfohlen, wenn sie rechtlich nicht vorgeschrieben sind, und es wird vorgegeben etwaige Umlenkungsrisiken zu prüfen<sup>46</sup>. Demgegenüber enthält die Empfehlung jedoch kaum konkrete Prüferfordernisse hinsichtlich der Destination als solcher. Dies überrascht, ist doch die Endverbleibserklärung des zuverlässigsten Abnehmers vollkommen wertlos, wenn im Destinationsstaat gleichwohl ein Zugriff durch staatliche bzw. militärische oder paramilitärische Dritte erfolgt, ggf. sogar

<sup>40</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/22.

<sup>41</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/22.

<sup>42</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/23.

<sup>43</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/22 f.

<sup>44</sup> Dass Zulieferer eine Güterbeschreibung und -klassifizierung mitliefern, ist durchaus verkehrsblich; dass deren inhaltliche Kontrolle aber Teil der Exportcompliance sein soll, versteht sich indes nicht von selbst.

<sup>45</sup> Vgl. nur die Rspr. des LG Karlsruhe v. 19.12.2018 – 4 Kls 608 Js 19580/17 zur Verantwortlichkeit des Darknet-Plattform-Betreibers in BeckRS 2018, 40013; ferner BGH, NJW 1992, 3114 („Rabta“); BGHSt 51, 262 („Geländewagen“); BGH, NSTZ 2016, 733 („Nuklearprogramm“).

<sup>46</sup> In der Empfehlung heißt es wörtlich: „Achten Sie auf Anzeichen für ein Umlenkungsrisiko und für verdächtige Anfragen oder Aufträge, indem Sie z. B. feststellen, ob die angegebene Endverwendung der Geschäftstätigkeit und/oder den Märkten des Endverwenders entspricht.“ Eine Liste mit Fragen für das Screening in Bezug auf die angegebene Endverwendung findet sich sodann in Anhang 2 der Empfehlung (L 205/30).



gegen den Willen des eigentlichen Abnehmers. In Bezug auf derlei Risiken schweigt die Empfehlung jedoch.<sup>47</sup>

### III. Anforderungen nach dem BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821

#### 1. Rechtscharakter und Verbindlichkeit der Merkblätter des BAFA

Das Merkblatt des BAFA zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 soll den Ausführern „Hilfestellung bei der Anwendung“ der Vorschrift geben.<sup>48</sup> Es handelt sich dabei nach eigener Einschätzung des BAFA um eine „Empfehlung“, die „rechtlich unverbindlich“ ist.<sup>49</sup> Die Ratschläge des Merkblatts lassen zudem Sorgfaltspflichten unberührt, die auf der Grundlage anderer Rechtsakte als der Dual-Use-VO 2021/821 bestehen, und sollen nicht als Einschränkung dieser Sorgfaltspflichten verstanden werden. Auch internationale Leitlinien, wie die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights<sup>50</sup>), sollen durch die Inhalte des Merkblatts keine Einschränkung erfahren.<sup>51</sup>

Die rechtliche Einordnung der BAFA-Merkblätter ist in der Lit. jedenfalls dahingehend geklärt, dass es sich nicht um Rechtsverordnungen<sup>52</sup> oder Verwaltungsakte<sup>53</sup> handelt. Stattdessen wird den Merkblättern überwiegend der Charakter als informelles Verwaltungshandeln oder Verwaltungsvorschrift beigemessen.<sup>54</sup> Im Wege informellen Verwaltungshandelns informieren, warnen oder belehren Behörden in Bezug auf bestimmte Sachverhalte. Daher werde auf diese Handlungsform vor allem dann zurückgegriffen, wenn „flexibel und schnell auf politische Gemengelage oder Gefährdungssituationen reagiert“ werden muss.<sup>55</sup> Die Besonderheit der BAFA-Merkblätter gegenüber anderem informellem Verwaltungshandeln besteht indes darin, dass bei Nichtbefolgung der Inhalte der Merkblätter eben auch keine Ausfuhrgenehmigung erteilt wird.<sup>56</sup> Aufgrund des dann abgeschnittenen Marktzugangs ist von einem durchaus erheblichen praktischen Befolgungsdruck auszugehen.

Umgekehrt bedeutet faktisch bestehender Befolgungsdruck aber nicht, dass Gerichte die Inhalte der Merkblätter zum rechtlichen Maßstab rechtmäßigen Handelns machen dürfen. An dieser Stelle kommt vielmehr der norminterpretierende Charakter von Verwaltungsvorschriften zum Tragen. Handelte es sich bei den Merkblättern um solche Verwaltungsvorschriften, so würden Rechtsanwender jene bei der Auslegung der Vorschriften heranziehen und sich von ihnen leiten lassen. Zwar spricht die Bezeichnung als „Merkblatt“ eher für die Einordnung als informelles Verwaltungshandeln. Der Umstand, dass realiter nicht ein spezifischer Einzelfall adressiert wird, sondern abstrakt-generelle Hinweise gegeben und damit ebensolche Rechtsauffassungen transportiert werden, spricht indes eher für ein Verständnis des Merkblatts als Verwaltungsvorschrift. Dasselbe folgt auch daraus, dass sich das Merkblatt unmittelbar auf Erwägungsgrund Nr. 7 Dual-Use-VO 2021/21 sowie Art. 2 Nr. 21 Dual-Use-VO 2021/21<sup>57</sup> bezieht, aus denen sich das Erfordernis eines transaktionsbezogenen Screeningprozesses ergibt, der sodann durch das

Merkblatt weiter konkretisiert wird. Unabhängig von der Einordnung als informelles Verwaltungshandeln oder Verwaltungsvorschrift bleibt es indes beim rechtlich unverbindlichen Charakter des Merkblatts, dessen Inhalt von Gerichten eben auch nicht als starre Mindestanforderung an sorgfaltsgemäßes Verhalten verstanden werden darf.<sup>58</sup>

#### 2. Transaktionsbezogener dreistufiger Screeningprozess

##### a) Konkrete Prozessvorgaben des BAFA-Merkblatts zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821

Das Merkblatt stuft die in Art. 5 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/21 genannte Sorgfaltspflicht als Teil des ICP ein.<sup>59</sup> Es nimmt sodann selbst Bezug auf diese Wendung in der Vorschrift und konkretisiert die „im Rahmen dieser Sorgfaltspflicht“ empfohlenen Maßnahmen zur Bewertung der mit der Ausfuhr verbundenen Risiken, insbesondere die Durchführung eines dreistufigen transaktionsbezogenen Screeningprozesses anhand von güterbezogenen, länderbezogenen und endverwenderbezogenen Anhaltspunkten.<sup>60</sup>

<sup>47</sup> In der Empfehlung (L 205/23) heißt es lediglich, der Ausführer solle sich „durch Konsultation der aktuellen Sanktionslisten“ vergewissern, dass keine der beteiligten Parteien (Zwischenhändler, Käufer, Empfänger oder Endverwender) „irgendwelchen Beschränkungen (Sanktionen)“ unterliegt; siehe dazu sogleich.

<sup>48</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 3.

<sup>49</sup> So wörtlich BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 3.

<sup>50</sup> Abrufbar unter [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf).

<sup>51</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 3.

<sup>52</sup> Eingehend zur fehlenden Rechtsgrundlage Epping in: Wolffgang/Simonsen/Rogmann, Außenwirtschaftsrecht, § 12 AWG Rn. 3 ff.; Sachs in: Rüsken, Zollrecht, § 12 AWG Rn. 7 ff.

<sup>53</sup> So für das ICP-Merkblatt des BAFA Lehner Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, S. 98 f. (Einordnung als „behördliche Wissenserklärung“). In diese Richtung auch Wermelt/Tervooren CCZ 2013, 81 f.; Hinder Der Ausfuhrverantwortliche, S. 88. Vgl. zu den Inhalten des ICP-Merkblatts auch Pfeil/Mertgen Compliance im Außenwirtschaftsrecht, § 8 Rn. 10 ff.

<sup>54</sup> Offengelassen von Lehner Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, S. 103.

<sup>55</sup> Lehner Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, S. 99 f. unter Verweis auf Martini/Kühl Jura 2014, 1221.

<sup>56</sup> Vgl. auch Lehner Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, S. 98 (im Zusammenhang mit der Frage, ob Merkblätter Allgemeinverfügungen darstellen).

<sup>57</sup> Art. 2 Nr. 21 Dual-Use-VO 2021/821 definiert das ICP als „laufende wirksame, geeignete und verhältnismäßige Strategien und Verfahren, die von Ausführern angenommen werden, um die Einhaltung der Bestimmungen und Ziele dieser Verordnung und der Bedingungen der gemäß dieser Verordnung erteilten Genehmigungen zu fördern, unter anderem Maßnahmen im Rahmen der Sorgfaltspflicht zur Bewertung der Risiken im Zusammenhang mit der Ausfuhr der Güter zu Endverwendern und Endverwendungen“.

<sup>58</sup> Sehr wohl aber bieten Merkblätter eine Orientierung bei der Ausfüllung normativer Tatbestandsmerkmale ebenso wie der Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen; vgl. Lehner Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, S. 310 f.

<sup>59</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11.

<sup>60</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12.

Das transaktionsbezogene Screening wird als ein durch den Ausführer aufzusetzender Prozess beschrieben, mit dessen Hilfe er das mit einer Ausfuhr verbundene Risiko bspw. von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen auf der Grundlage der ihm bereits vorliegenden sowie in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe zu gewinnenden Informationen ermittelt, bewertet und abmindert oder gänzlich vermeidet.<sup>61</sup> Zu berücksichtigen seien dabei sämtliche Auswirkungen, die durch die Ausfuhr unmittelbar ermöglicht werden oder zu denen sie beitragen kann. Hier erweist sich als problematisch, dass das Merkblatt selbst keinerlei Vorschläge zu dem Screeningprozess als solchem enthält, sondern lediglich Hinweise und Beispiele (insbesondere in Gestalt sog. Red Flags) zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 liefert.<sup>62</sup> Erst auf S. 11 geht das Merkblatt unter der Überschrift „Sorgfaltspflicht“ auf den Screeningprozess selbst ein.

Dogmatisch verbirgt sich dahinter die Überlegung, dass Sorgfaltsregeln in Gestalt konkreter (auch untergesetzlicher) Sondernormen das Maß des grds. erlaubten Risikos umschreiben.<sup>63</sup> Insofern darf man die Überschrift des Merkblatts nur wörtlich nehmen, denn der dort weiter beschriebene Screeningprozess, der dem Ausführer dazu dienen soll das „mit einer Ausfuhr verbundene Risiko von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen auf der Grundlage der ihm bereits vorliegenden sowie in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe zu gewinnenden Informationen“ zu ermitteln, zu bewerten und abzumindern, sagt genau genommen nichts über den Sorgfaltsmaßstab, sondern nur etwas über die Sorgfaltspflicht. Vereinfacht ausgedrückt gibt das Merkblatt Anhaltspunkte, wo und in welchem Verfahren der Ausführer nach Risiken zu suchen hat; es gibt aber keinen Aufschluss darüber, mit welchem Genauigkeitsgrad er diese Risiken betrachten muss.<sup>64</sup> Klargestellt wird – insoweit dogmatisch korrekt<sup>65</sup> – immerhin, dass es sich bei den Sorgfaltspflichten um Bemühungspflichten und nicht um Erfolgspflichten handelt.<sup>66</sup> Das bedeutet, Unternehmen sind rechtlich nicht dazu verpflichtet, unter allen Umständen zu verhindern, dass ihre Güter für die in Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 bezeichneten Verstöße eingesetzt werden. Auch wird vom Ausführer i.d.R. nicht erwartet, dass er bei Auftreten einer sog. Red Flag unmittelbar von dem Geschäft Abstand nimmt; vielmehr sei das Vorliegen einer Red Flag nur der Anlass, eine tiefergehendere Prüfung anzustoßen und zu versuchen, die Umstände aufzuklären bzw. ihnen abzuwehren.

Das Merkblatt geht davon aus, dass aufgrund der Bezugnahme auf interne Repression sowie aufgrund der Formulierung „im Zusammenhang“<sup>67</sup> nicht nur die unmittelbaren Auswirkungen des Einsatzes von Gütern für digitale Überwachung in die Betrachtung einfließen sollen, sondern auch mittelbare Auswirkungen ihres Einsatzes bzw. Auswirkungen, zu denen die Güter einen Beitrag leisten können, z. B. „zu Folter oder rechtswidrig gegen Oppositionelle“.<sup>68</sup> Dies dehnt die Sorgfaltspflichten auf Bereiche aus, die von den meisten (unter)gesetzlichen Sorgfaltsregeln eher ausgenommen werden.<sup>69</sup>

## b) Offene Fragen und Widersprüchlichkeiten

Bei den von Art. 5 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/821 und dem Merkblatt erwähnten Sorgfaltspflichten handelt es sich, wie schon gesagt, um Bemühungspflichten, nicht um Erfolgspflichten. Probleme bereitet allerdings die Formulierung der Norm, die darauf abstellt, dass einem Ausführer aufgrund von „im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht erlangten Erkenntnissen bekannt“ ist, dass Güter für digitale Überwachung ganz oder teilweise für eine illegitime Verwendung bestimmt sind. Zufallserkenntnisse, die außerhalb der allgemeinen und spezifischen Sorgfaltsanforderungen an den Ausführer gelangt sind, lösen nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift keine Unterrichtungspflicht aus. Das kann zu wahrlich befremdlichen Konstellationen führen, in denen mit großer Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass die Rspr. den im Merkblatt konkretisierten Maßstab der Sorgfaltspflicht eben nicht ausreichen lassen wird.

Fraglich bleibt zudem die Einordnung nicht waffenfähiger Überwachungstechnologie. Die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 20 Dual-Use-VO 2021/821 bezeichnet als Überwachungstechnologie sämtliche Güter mit doppeltem Verwendungszweck, d.h. Güter i.S.d. Art. 2 Nr. 1 Dual-Use-VO 2021/821,

<sup>61</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11.

<sup>62</sup> Siehe zum Bezug zu der Empfehlung unten Abschn. III. 2. c).

<sup>63</sup> Duttge in: MüKo-StGB, § 15 Rn. 114, 139 („Beweisanzeichen“). Siehe eingehend zur Indizwirkung von Sondernormen Vogel/Bülte in: LK-StGB, § 15 Rn. 219 ff. sowie speziell im außenwirtschaftsrechtlichen Kontext Lehner Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ausfuhrverantwortlichen, S. 330 ff.

<sup>64</sup> Dargelegt wird insoweit nur, ein gänzlich „Ignorieren“ (BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11) sei jedenfalls sorgfaltswidrig.

<sup>65</sup> Ähnlich die Konzeption der Haftung nach § 130 OWiG, der eine „gehörige Aufsicht“ verlangt, die Anknüpfungstat dann aber – insoweit anders als Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, der eine solche überhaupt nicht verlangt – als objektive Ahndungsbedingung vorschreibt; vgl. Niesler in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Strafrecht, § 130 OWiG Rn. 55.

<sup>66</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12.

<sup>67</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11 f.

<sup>68</sup> So wörtlich BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12.

<sup>69</sup> I.d.R. orientieren sich die Sorgfaltspflichten an abgegrenzten Verkehrsbereichen (vgl. Gaede in: Matt/Renzikowski, StGB, § 15 Rn. 40) und finden ihre Begrenzung im Vertrauensgrundsatz (Kudlich in: BeckOK-StGB, § 15 Rn. 46) sowie in der objektiven Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts. Selbst wenn man Empfehlung und Merkblatt als sorgfaltspflichtbegründende Sondernormen ansieht, wäre in einem Fahrlässigkeitsdelikt anschließend zu fragen, ob es nicht am Zurechnungs- bzw. Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und eingetretenem Erfolg mangelt, und ob es nicht an der objektiven Vorhersehbarkeit des Erfolgs fehlt. Dabei genügt nicht die generelle Vorhersehbarkeit theoretischer möglicher Entwicklungen, sondern es ist eine konkrete Wahrscheinlichkeitsbeurteilung unter Berücksichtigung der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und auch des gegenwärtigen (hier: außenpolitischen) Kenntnisstandes (Kudlich in: BeckOK-StGB, § 15 Rn. 57). Da Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 indes kein Fahrlässigkeitsdelikt normiert und auch nicht Teil eines solchen ist, fehlen beide Prüfungspunkte als einschränkende Korrektive.



die besonders dafür konstruiert sind, die verdeckte Überwachung natürlicher Personen durch Überwachung, Extraktion, Erhebung oder Analyse von Daten aus Informations- und Telekommunikationssystemen zu ermöglichen. Damit stellt sich die Frage, ob über die Bezeichnung als „Güter mit doppeltem Verwendungszweck“ einen echten Rechtsbegriff darstellt und damit die Beschränkung auf militärische Einsatzbereiche des Art. 2 Nr. 1 Dual-Use-VO auch für Überwachungstechnologie gelten muss. Ob dies der durch die Verordnung in ihren Art. 3 bis 5 getroffenen Absichtung und damit der Binnensystematik der Verordnung<sup>70</sup> entspräche, erscheint zweifelhaft.<sup>71</sup>

Zu klären bleibt damit, welche Bereiche der Terminus „militärisch“<sup>72</sup> (bzw. militärische Verwendung) außerhalb der Waffenfähigkeit noch erfassen kann. Fest steht mit der Formulierung „darin eingeschlossen“ (Art. 2 Nr. 1 2. Hs. Dual-Use-VO 2021/821) zwar, dass die Waffenfähigkeit nicht allein den Ausschlag über die Einordnung als Dual-Use-Ware gibt. Vielmehr genügen sämtliche Einsatzbereiche, die potenziell in den Tätigkeitsbereich des Militärs fallen – eben einschließlich von Überwachung, Spionage, Informationserhebung, Observation etc. Dem entsprechen Art. 4 Abs. 1 lit. b und c Dual-Use-VO 2021/821, die anstelle der Waffenfähigkeit auf das Vorliegen eines Waffenembargos und/oder die Listung in nationalen Militärgüterlisten abstellen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, fällt nicht gelistete Überwachungstechnologie trotz einer i.w.S. potenziell militärischen Einsatzmöglichkeit allenfalls unter Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821.

Zweifelhaft ist schließlich, was unter „bekannt“ sein i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/821 zu verstehen ist. Im Allgemeinen meint dies Kenntnis und damit das sichere Wissen i.S.e. Dolus directus 2. Grades. Das Merkblatt geht allerdings davon aus, dass mit dem Begriff „bekannt“ ein für die Statuierung verwendungsabhängiger Genehmigungspflichten (sog. Catch-All-Vorschriften<sup>73</sup>) typisches Regelungsinstrument verwendet wurde, das bereits in Art. 4 Dual-Use-VO 2021/821 zur Anwendung gelangt sei.<sup>74</sup> In dem Merkblatt heißt es daher zunächst zutreffend, das Merkmal „bekannt“ sei nur bei positivem Wissen bzw. positiver Kenntnis erfüllt, was strafrechtlich i.S.e. Dolus directus 2. Grades zu verstehen wäre. Das bloße „für möglich halten“ sei gerade nicht ausreichend, sodass Eventualvorsätzlichkeit oder gar fahrlässiges Nicht-Wissen die Unterrichtungspflicht nicht begründen.<sup>75</sup>

Danach heißt es allerdings, Kenntnis sei auch dann gegeben, wenn der Ausführer „ausreichende Erkenntnisquellen kennt, aus denen er in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe die Erkenntnisse gewinnen kann“.<sup>76</sup> Auch dürfe der Ausführer offensichtliche Anhaltspunkte nicht bewusst ignorieren, denn ein bewusstes sich Verschließen und vorsätzlich eine gleichsam auf der Hand liegende Kenntnisnahmemöglichkeit, die jeder andere in seiner Lage wahrgenommen hätte, zu übergehen, sei unzulässig und werde nach Lage des Falles „einer Kenntnis gleichgesetzt“. Diese Aussage ließe sich nach den Maßstäben des deutschen (Straf-)Rechts nur halten, wenn man die Formulierung in Art. 5 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/821 wie folgt liest: „Sind einem Ausführer aufgrund von im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht erlangten Erkenntnis- umstände bekannt, aus denen sich ergibt, dass Güter

für digitale Überwachung“ zu einer der genannten illegitimen Verwendungen bestimmt sind [...]. Lässt sich diese modifizierende Lesart grds. noch mit der im Strafrecht geläufigen Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenkenntnis zu erklären<sup>77</sup>, so fügt das Merkblatt aber hinzu, auch „das völlige Unterlassen der Erfüllung von Sorgfaltspflichten“ sei „unzulässig (Passivität schützt nicht)“.<sup>78</sup> Dieser Zusatz verlangte, um als rechtlich korrekt zu gelten, eine zusätzliche Änderung des Normtextes wie folgt: „Müssten einem Ausführer aufgrund von im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht erlangten Erkenntnissen Umstände bekannt sein, aus denen sich ergibt, dass Güter für digitale Überwachung“ zu einer der genannten illegitimen Verwendungen bestimmt sind [...]. Dies wiederum entspricht der klassischen Formulierung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs, der sich darauf bezieht, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen zu haben.<sup>79</sup> Möglicherweise ging die EU bei Schaffung der Norm aber davon aus, dies schon mit der Wendung „im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht“ hinreichend deutlich gemacht zu haben.<sup>80</sup>

### c) Verhältnis zu den ICP-Leitlinien im Anhang der Empfehlungen 2019/1318

Das Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 verweist hinsichtlich der generellen Anmerkungen zur Implementierung eines ICP unmittelbar auf das BAFA-Merkblatt „Firmeninterne Exportkontrolle“<sup>81</sup> sowie auf die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission.<sup>82</sup> Bereits diese beiden Verwei-

<sup>70</sup> Dazu eingehend Nestler NZWiSt 2022, 141, 144.

<sup>71</sup> Nestler NZWiSt 2022, 141 mit Hinweis auf die anderen Sprachfassungen, die der deutschen entsprechen, vgl. etwa die englische Sprachfassung: „which can be used for both civil and military purposes“; die italienische: „che possono avere un utilizzo sia civile sia militare“ oder die französische: „susceptibles d’avoir une utilisation tant civile que militaire“.

<sup>72</sup> Zur Abgrenzung eingehend auch Haellmigk in: Schuster/Grützmaker, Art. 2 Dual-Use-VO Rn. 24.

<sup>73</sup> Lewisch/Stangl in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, Art. 4 Dual-Use-VO 428/2009 Rn. 6; Lux in: Dorsch, Zollrecht, Art. 4 Dual-Use-VO Rn. 1; Diemer in: Erbs/Kohlhaas, § 18 AWG Rn. 41.

<sup>74</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11.

<sup>75</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11.

<sup>76</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11.

<sup>77</sup> Vgl. zu der Unterscheidung Kudlich in: BeckOK-StGB, § 16 Rn. 13; Joecks/Kulhanek in: MüKo-StGB, § 16 Rn. 70; Puppe in: NK-StGB, § 16 Rn. 41 f. Siehe auch Gaede in: Matt/Renzikowski, StGB, § 16 Rn. 13 (mit eigenem Ansatz zu der Unterscheidung insbesondere im Nebenstrafrecht).

<sup>78</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 11.

<sup>79</sup> Kudlich in: BeckOK-StGB, § 16 Rn. 35.

<sup>80</sup> Insofern unterscheiden sich auch Art. 4 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/821 und Art. 5 Abs. 2 Dual-Use-VO 2021/821, da der Wortlaut erstgenannter Vorschrift diesen Zusatz gerade nicht enthält. Zu den im Vergleich zur deutschen Dogmatik verschobenen Satzverhältnissen der Unionsorgane Nestler NStZ 2012, 678 f.

<sup>81</sup> Abrufbar unter [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_icp.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_icp.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>82</sup> Aus Raumgründen wird im Rahmen dieses Beitrags nur das Verhältnis zur letztgenannten Empfehlung (EU) 2019/1318 diskutiert.

sungsziele entsprechen einander nicht, sondern weichen inhaltlich voneinander ab.<sup>83</sup>

Während das Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 seiner Konzeption nach zum ICP selbst wenig Aussagen trifft und stattdessen in erster Linie die Tatbestandsmerkmale der Vorschrift beispielhaft beschreibt, finden sich in der Empfehlung güterunabhängige Vorgaben zum ICP als solchem. Man könnte daher konstatieren, dass das Merkblatt eine inhaltliche Konkretisierung des in der Empfehlung beschriebenen Screeningablaufs liefert, wobei insbesondere die Punkte der Güterklassifizierung und des Geschäftsrisikos Ansatzpunkte bilden können.

(1.) Recht unmittelbar erscheint auf den ersten Blick der Bezug zwischen dem Punkt Güterklassifizierung der Empfehlung und dem güterbezogenen Screening nach dem BAFA-Merkblatt. Allerdings konzentriert sich dieser Punkt in der Empfehlung darauf, gelistete Dual-Use-Güter zu erkennen. Freilich können auch Überwachungstechnologie und/oder ihre Komponenten i.S.d. Art. 3 Dual-Use-VO 2021/821 gelistet sein, sofern sie einem militärischen Nutzen zugänglich sind. Der Regelfall ist das jedoch gerade nicht; vielmehr wird ein Großteil der exportierten Überwachungstechnologie eher unter die Catch-all-Klausel des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 fallen.<sup>84</sup>

Damit kann das Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 im Hinblick auf den Güterbezug allenfalls bei dem Punkt „Bewertung des Geschäftsrisikos“ der Empfehlung relevant werden, dort an dem Unterpunkt „Catch-all-Kontrollen nicht gelisteter Dual-Use-Güter“.<sup>85</sup> Die Empfehlung verlangt hier, dass „das Unternehmen Verfahren anwendet, um festzustellen, ob ihm bekannt ist, dass bedenkliche Informationen hinsichtlich der angegebenen Endverwendung vorliegen“. Dabei stellen sich allerdings zwei Probleme: 1. Welche konkreten Verfahren dies sind ergibt sich aus der Empfehlung nicht.<sup>86</sup> 2. Im Kern geht es hier eigentlich um die anvisierte Endverwendung und nicht um die Güter bzw. deren Konstruktion selbst.

Auch das Merkblatt enthält ausgerechnet zu dem Punkt „Güterbezogenes Screening“ nur wenige Anhaltspunkte. Dort heißt es lediglich, dass Ausführer sicherstellen sollten, dass „sie die Güter für digitale Überwachung, die sie ausführen, kennen und mit ihren Verwendungsmöglichkeiten vertraut sind“.<sup>87</sup> Sind die Güter für digitale Überwachung objektiv-technisch dazu geeignet, im Zusammenhang mit einer Verwendung i.S.v. Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 eingesetzt zu werden, sollte dies – das Merkblatt spricht hier von „diesem Wissen“, wengleich die objektiv-technische Eignung allein auf subjektives Wissen noch keinen Rückschluss gestattet – dokumentiert und der Exportkontrollstelle des Unternehmens zur Verfügung gestellt werden. Liegen Informationen, Berichte, Artikel oder Veröffentlichungen vor, die darauf hinweisen, dass eine ähnliche Ware im Zusammenhang mit einer Verwendung i.S.v. Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 eingesetzt worden ist oder das bzw. ein ähnliches Gut in der im Amtsblatt der EU veröffentlichten Liste nach Art. 5 Abs. 6 Dual-Use-VO 2021/821 aufgeführt ist, stelle dies eine „Red Flag“ dar. Unternehmen müssen daher wohl oder übel die

systematische Suche nach derartigen Informationen, Berichten, Artikeln oder Veröffentlichungen<sup>88</sup> in das Screening integrieren.

(2.) Evtl. besteht ein dichter Bezug zwischen dem länderbezogenen Screening des Merkblatts und der Empfehlung. Hierbei enthält die Empfehlung den einschlägigen Unterpunkt „Prüfung im Hinblick auf mit Embargo oder Sanktionen belegte oder sicherheitssensible Ziele und Unternehmen“.<sup>89</sup> Allerdings beschränken sich die Hinweise in der

<sup>83</sup> In diesem Zusammenhang verweist das ICP-Merkblatt sogar ausdrücklich auf die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission. Während sich zum Bekenntnis der Unternehmensleitung zu den Zielen der Exportkontrolle, der Zuständigkeitsverteilung, der Aufzeichnungspflicht, Schulungen und Sensibilisierungen, dem ICP-Audit sowie der physischen und technischen Sicherheit in beiden Handreichungen Hinweise finden, splittet das ICP-Merkblatt den Screeningablauf weiter auf (vgl. ICP-Merkblatt des BAFA, S. 6). Dort finden sich Vorgaben zu Risikoanalyse, personellen und technischen Mitteln sowie zur Ablauforganisation.

<sup>84</sup> Diesen Rückschluss erlaubt schon ein Blick in die Exportvolumina. Betrachtet man die Exportstatistik der wichtigsten Exporte aus Deutschland nach Güterabteilungen (Statistisches Bundesamt v. 12.5.2023, Exporte aus Deutschland nach Güterabteilungen, Top 15, im Jahr 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/151019/umfrage/exportgueter-aus-deutschland/>) und vergleicht dies mit den Rüstungsexporten des Jahres 2022 (Statistisches Bundesamt v. 3.4.2023, Wert der Einzelgenehmigungen für den Export von Rüstungsgütern aus Deutschland von 2009 bis 2022 sowie im 1. Quartal 2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/873534/umfrage/wert-der-einzelgenehmigungen-fuer-den-export-von-deutschen-ruestungsguetern/>), so zeigt sich für den Rüstungsexport ein Volumen von lediglich 8,4 Milliarden Euro, während sich für den Export allein von Datenverarbeitungsgeräten, elektronischen und optischen Erzeugnissen ein Volumen von 133,1 Milliarden Euro ergibt. Da letztgenannte Waren militärischen Einsatzbereichen jedoch nur im Einzelfall zugänglich sein dürften und sich erst recht nur im Einzelfall in Anhang I zur Dual-Use-VO 2021/821 wiederfinden (in Betracht kommen vor allem Kategorien 4 bis 8), bleibt für die Majorität der Waren lediglich die Catch-all-Klausel des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821.

<sup>85</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/23.

<sup>86</sup> Dies wird auch im ICP-Merkblatt des BAFA nicht näher konkretisiert.

<sup>87</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12.

<sup>88</sup> Problematisch ist hier freilich die Auswahl tauglicher Quellen und deren Seriosität. Eine vollständige Liste mit geeigneten Informationsquellen enthält das BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 nicht; es werden lediglich einige Beispiele im Anhang genannt. Neben dem Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik, der die Menschenrechtssituation in ausgewählten Ländern darstellt, bzw. sonstigen Berichten des Auswärtigen Amtes werden dazu sicher auch Meldungen anderer staatlicher Dienste wie bspw. des BKA und des BND gehören, ferner Schlussfolgerungen oder Erklärungen des Europäischen Rates, Entscheidungen der Organe des Europarates zu Menschenrechtsverletzungen. Auch Hinweise durch die UN, Amnesty International oder Human Rights Watch mögen dazu rechnen.

<sup>89</sup> Zu sanktionierten Empfängern auch Pfeil/Mertgen Compliance im Außenwirtschaftsrecht, § 8 Rn. 88 ff. Als sog. sicherheitssensible Ziele und Unternehmen gelten dem Merkblatt zufolge jedoch nicht nur mit einem Embargo oder Sanktionen belegte Ziele, sondern auch andere, deren Belieferung mit (bestimmten) Dual-Use-Gütern in spezifischen, i.d.R. von der zuständigen Behörde festgelegten Fällen als kritisch eingestuft wird. Dies verlangt eine Recherche in den verschiedensten Rechtsquellen, die i.d.R. auf den BAFA-Webseiten auffindbar sind.

Empfehlung darauf, dass sich Unternehmen durch Konsultation der aktuellen Sanktionslisten<sup>90</sup> vergewissern, dass keine der beteiligten Parteien (einschließlich von Zwischenhändlern, Käufern, Empfängern oder Endverwendern) Beschränkungen (d.h. Sanktionen) unterliegt. Daran knüpft das Merkblatt zwar an, geht aber darüber hinaus: Ausführer von Gütern für digitale Überwachung sollen sich, unabhängig von der Listung des Empfangslands der Ware, mit der dortigen Situation, insbesondere mit der dortigen allgemeinen Menschenrechtssituation „vertraut machen“.<sup>91</sup> Diese biete einen wichtigen Indikator für das mit einer Ausfuhr verbundene Risiko von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen oder von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht. Ist es im Empfangsland in der Vergangenheit zu Maßnahmen der internen Repression oder zu anderen schwerwiegenden Verstößen gegen die Menschenrechte, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre, des Rechts auf Meinungs-, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit sowie des Rechts auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit gekommen oder herrscht im Empfangsland ein bewaffneter Konflikt, solle dies den Ausführer dazu veranlassen, ein „sorgfältiges Endverwenderscreening“ durchzuführen.<sup>92</sup> Die Prüfung des Empfangslands bildet damit nach der Konzeption des Merkblatts die Vorstufe zum Endverwenderscreening. Woher allerdings die Informationen über die Situation im Empfangsland stammen sollen, lässt das Merkblatt offen<sup>93</sup> – genau wie die Empfehlung, die dazu ohnehin schweigt.

Liegen dem Ausführer keine Informationen zur Situation im Empfangsland vor, so sei es im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht ausreichend, wenn von ihm „in zumutbarer Weise und ohne große Mühe aus zugänglichen Quellen erhältliche Informationen“ ignoriert werden.<sup>94</sup> Ferner wird dem Ausführer auferlegt, weitere im Anhang aufgeführte öffentlich zugängliche Quellen für das länderbezogene Screening heranzuziehen.<sup>95</sup> Diese Quellen werden allerdings nur beispielhaft aufgezählt, sodass der Kreis der heranzuziehenden Informationsquellen letzten Endes offen bleibt. Auch sind die im Anhang genannten Quellen inhaltlich teilweise sehr weit aufgestellt und beziehen sich nicht nur auf den Missbrauch von Überwachungstechnologie, sondern auf zahlreiche – im Rahmen des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 aber irrelevante – länderspezifische Schief lagen, sodass eine Selektion notwendig wird, die sich am Zusammenhang zwischen den schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen und dem Einsatz der Überwachungstechnologie orientiert.<sup>96</sup> Zum prinzipiellen Ablauf dieser Selektion verhält sich das Merkblatt allerdings nicht.

(3.) Schließlich sieht die Empfehlung ein Screening in Bezug auf angegebene Endverwendung und beteiligte Parteien vor<sup>97</sup>, die mit dem endverwendungsbezogenen Screening des Merkblatts<sup>98</sup> korreliert. Dabei verweist die Empfehlung ausdrücklich auf die Informationen der „zuständigen Behörde über EU- und nationale Rechtsvorschriften und Anforderungen an die Endverwendungserklärung“.<sup>99</sup> Unter diesen Verweis dürften auch die Angaben des Merkblatts zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 fallen. Sowohl Empfehlung als auch Merkblatt weisen darauf hin, dass selbst wenn auf nationaler Ebene eine korrekt ausgefüllte und unterzeichnete Endverwendungserklärung nicht zwingend vorgeschrieben ist, eine solche Er-

klärung zur Überprüfung der Zuverlässigkeit des Endverwenders bzw. Empfängers hilfreich sein kann, da sich anhand der enthaltenen Angaben feststellen lasse, ob für nicht gelistete Dual-Use-Güter eine Ausfuhrgenehmigung erforderlich ist, wenn Bedenken hinsichtlich der Endverwendung bestehen.<sup>100</sup>

## IV. Fazit

Zwar sind sowohl Merkblätter als auch Empfehlungen unverbindlich, dennoch kommt ihnen eine faktische Durchsetzungskraft zu, die nicht zu unterschätzen ist. Problematisch wäre es daher vor allem, wenn zwischen Merkblatt und Empfehlung Widersprüchlichkeiten bestünden, was nach den vorstehenden Ausführungen jedoch nicht der Fall ist. Beide Quellen ergänzen sich gegenseitig und geben – teils Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 überinterpretierende – Leitlinien für Exporteure. Als kritisch erwiesen haben sich insbesondere

<sup>90</sup> Verwiesen wird dafür durch die Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/23 (Fn. 11) auf die konsolidierte EU-Sanktionsliste ([https://eeas.europa.eu/topics/sanctions-policy/8442/consolidated-list-sanctions\\_en](https://eeas.europa.eu/topics/sanctions-policy/8442/consolidated-list-sanctions_en)) sowie die EU-Sanktionskarte (<https://www.sanctionsmap.eu>).

<sup>91</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12.

<sup>92</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12 f.

<sup>93</sup> Denkbar ist auch hier ein Rückgriff auf die im Anhang des Merkblatts genannten Quellen, wobei die Liste nicht abschließend und in manchem Zusammenhang auch nicht aufschlussreich ist.

<sup>94</sup> Siehe Fn. 90.

<sup>95</sup> Genannt werden im Anhang neben einigen der bereits in Fn. 90 aufgelisteten Quellen allerdings eher allgemeine Rechtsquellen zum humanitären Völkerrecht wie bspw. das Genfer Abkommen von 1949 und seine Zusatzprotokolle, die Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC) der The Geneva Academy of International, Humanitarian Law and Human Rights, das Tallinn Manual on the international law applicable on cyber warfare (kostenpflichtig) sowie die Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.

<sup>96</sup> Beispiele für „Red Flags“ sollen nach dem BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 13 sein: im Empfangsland sind Personen oder Personengruppen (z. B. Oppositionelle, Journalisten oder Mitglieder von Minderheitengruppen) Maßnahmen interner Repression oder anderen Verstößen gegen die Menschenrechte ausgesetzt; Gesetze, Verordnungen oder Verwaltungspraktiken im Empfangsland schränken die Privatsphäre unangemessen ein und/oder richten sich gegen Personen oder Mitglieder von Personengruppen allein aus rassistischen Gründen oder auf der Grundlage von ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, politischer Meinung oder anderen Gründen, die mit den internationalen Menschenrechten nicht vereinbar sind; im Empfangsland herrscht ein bewaffneter Konflikt, in dem in der Vergangenheit auch Güter für digitale Überwachung verwendet wurden; das Empfangsland wird in der im Amtsblatt der EU veröffentlichten Liste nach Art. 5 Abs. 6 Dual-Use-VO 2021/821 aufgeführt.

<sup>97</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/23.

<sup>98</sup> BAFA-Merkblatt zu Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821, S. 12.

<sup>99</sup> Empfehlung (EU) 2019/1318 der Kommission, L 205/23.

<sup>100</sup> Siehe insoweit bereits oben. Zu achten sei auch auf Anzeichen für ein Umlenkungsrisiko und für verdächtige Anfragen oder Aufträge, indem Ausführer bspw. feststellen, ob die angegebene Endverwendung der Geschäftstätigkeit und/oder den Märkten des Endverwenders entspricht.



zwei Punkte: Zum einen ist der Kreis der systematisch in das Screening einzubeziehenden Quellen nicht klar abgesteckt. Zum anderen sind auch bloß mittelbare Folgen in das Screening einzubeziehen, die sich im Umfeld von Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 kaum abschätzen lassen. Es hat sich aber auch

gezeigt, dass ein allgemeines ICP zumindest seiner Struktur nach die Anforderungen des Art. 5 Dual-Use-VO 2021/821 durchaus bedienen kann, sofern der Screeningprozess entsprechend angepasst wird. Eine Black Box bleibt allerdings, wie die Rspr. mit der neuen Vorschrift umgehen wird.

Ref.iur. Dr. Aleksandar Zivanic, Konstanz\*

## Die praktische Bedeutung der Konkurrenzlehre für die Einziehung – am Beispiel von Hehlerei (§ 259 I StGB) und reformierter Geldwäsche (§ 261 StGB n.F.)

**Anmerkung der Redaktion:** Dr. Aleksandar Zivanic ist der Gewinner des Aufsatzwettbewerbs der WiJ im Jahr 2023. Er beschäftigt sich in seinem Beitrag mit der Frage, welche Bedeutung die strafrechtliche Konkurrenzlehre – insbesondere im Verhältnis von Hehlerei und Geldwäsche – bei der Anwendung des neuen Einziehungsrechts entfaltet.

### I. Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

Die strafrechtliche Konkurrenzlehre ist eine äußerst praxisrelevante Materie.<sup>1</sup> Konkurrenzen, namentlich Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatmehrheit (§ 53 StGB), wirken sich nicht nur auf den Schuldspruch und Strafraum, sondern auch auf die Strafzumessung (vgl. § 46 StGB) und die Anordnung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen i.S.v. § 11 I Nr. 8 StGB aus (vgl. §§ 52 IV, 53 III StGB)<sup>2</sup>. Die Annahme von Tateinheit oder -mehrheit scheidet allerdings aus, wenn ein Fall der – gesetzlich nicht ausdrücklich normierten<sup>3</sup> – Gesetzeseinheit in Rede steht. Gesetzeseinheit liegt vor, wenn zwar mehrere Strafgesetze volldeliktisch verwirklicht wurden, jedoch nur eines zur Anwendung gelangt.<sup>4</sup> Dies ist anzunehmen bei Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion.<sup>5</sup>

In der Vergangenheit beschäftigte sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mehrfach mit dem Konkurrenzverhältnis von Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB a.F.). Hierbei nahm sie überwiegend Tateinheit (§ 52 I StGB) zwischen Hehlerei und Geldwäsche an.<sup>6</sup> Die Literatur war sich hingegen uneins: Einerseits und überwiegend wurde vertreten, Tateinheit sei anzunehmen,<sup>7</sup> andererseits und vereinzelt wurde eine Spezialität des § 261 II StGB a.F. oder § 259 I StGB behauptet.<sup>8</sup> Zwischen den Polen fand sich zudem eine vermittelnde Ansicht, die § 261 StGB a.F. nur dann im Wege der

Gesetzeseinheit zurücktreten ließ, „wenn beide Tatbestände hinsichtlich des bemakelten Gegenstands dasselbe Ziel verfolgten.“<sup>9</sup>

Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9. März 2021 (BGBl. 2021 Teil 1, S. 327 ff.), das am 18. März 2021 in Kraft trat,<sup>10</sup> erweiterte den Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB n.F.) und die vermögensabschöpfungsrechtlichen Möglichkeiten (vgl. § 261 X StGB n.F.)<sup>11</sup> in erheblicher Weise.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund ist zu

\* Der Verf. Zivanic ist Rechtsreferendar im Bezirk des OLG Karlsruhe, Stammdienststelle LG Konstanz.

<sup>1</sup> Vgl. zu dieser Einschätzung erst kürzlich Waßmer, NZWiSt 2021, 41: „Den Konkurrenzen kommt in der Praxis eine zentrale Funktion zu.“

<sup>2</sup> Vgl. hierzu statt vieler Rönnau/Wegner, JuS 2021, 17 ff.

<sup>3</sup> Vgl. erneut Rönnau/Wegner, JuS 2021, 17 u. 21 f.

<sup>4</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, Vorb. zu §§ 52 ff. Rn. 102.

<sup>5</sup> Vgl. zu diesen Formen der Gesetzeskonkurrenz bzw. Gesetzeseinheit exemplarisch BGH NJW 2019, 1311, 1315 ff.; MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 31 ff.; a.A. aber Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, Vorb. zu § 52 Rn. 8, wonach die Spezialität „die einzige Figur echter Gesetzeskonkurrenz“ sei.

<sup>6</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 436, 437 (1. Senat) und dazu BGH NJW 2006, 1297, 1299 (1. Senat) sowie BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat); vgl. BGH BeckRS 2015, 14203 Rn. 6 (4. Senat) und dazu erneut BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat); anders dagegen BGH NJW 2006, 1297, 1301 (1. Senat): gewerbsmäßige Hehlerei verdrängt (einfache) Geldwäsche (kritisch zu dieser Entscheidung des 1. BGH-Strafsenats Stam, wistra 2016, 143, 144).

<sup>7</sup> Vgl. Stam, wistra 2016, 143, 144 ff.; Sch/Sch/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 55 und § 261 Rn. 36; Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 259 Rn. 20; siehe ferner Matthies/Scheffler, Anwaltkommentar-StGB (Hrsg. Leopold/Tsambikakis/Zöller), 3. Aufl. 2020, § 259 Rn. 40; LK-StGB/Walter, 12. Aufl. 2010, § 259 Rn. 109 m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. Schramm, wistra 2008, 245, 249 für einen Vorrang der Geldwäsche gem. § 261 II StGB a.F.; vgl. die Nachweise bei BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat) zu den Auffassungen, die der Hehlerei den Vorrang einräumen bzw. einräumen.

<sup>9</sup> So das treffende Zitat von BGH NJW 2019, 1311, 1315 (2. Senat), um die Auffassung von SSW-Jahn, StGB, 4. Aufl. 2019, § 261 Rn. 102 darzustellen (jetzt: SSW-Jahn, StGB, 5. Aufl. 2021, § 261 Rn. 103).

<sup>10</sup> Vgl. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, 54. Ed. (Stand: 01.08.2022), § 261 Rn. 3.

<sup>11</sup> Siehe zudem zur (bedenklichen) Erweiterung des § 76a IV StGB n.F. El-Ghazi/Marstaller/Zimmermann, NZWiSt 2021, 297, 301 ff.; Wolf, NJOZ 2021, 1025 ff.

<sup>12</sup> Siehe zu § 261 StGB n.F. z. B. Gazeas, NJW 2021, 1041, 1045; Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330, 334 u. 340; Neumann, ZJS 2022, 682, 684 f.; Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125, 130 ff.

untersuchen, ob die Rechtsprechung zum Konkurrenzverhältnis zwischen Hehlerei und Geldwäsche aufrechterhalten werden kann (II.) und inwiefern sich die strafrechtliche Konkurrenzlehre auf die neue vermögensabschöpfungsrechtliche Vorschrift des § 261 X StGB n.F. auswirkt (III.).

## II. Zum Konkurrenzverhältnis von Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB n.F.)

### 1. Die Argumentation der Rechtsprechung zur alten Rechtslage

Die Argumente der Rechtsprechung, zwischen Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 I StGB a.F.) sei Tateinheit (§ 52 I StGB) anzunehmen, waren durchaus beachtlich; wobei solche, die spezifisch dem unterschiedlichen Unrecht von Versuch und Vollendung galten, im Folgenden ausgeblendet werden.<sup>13</sup>

#### a) Keine privilegierende Spezialität

Um eine Form *privilegierender Spezialität*<sup>14</sup> handelte es sich bei der Hehlerei nicht, weil taugliches Objekt einer Geldwäsche nur ein aus einer Katalogtat „herrührender“ Gegenstand sein konnte. Insoweit war eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich, die zugleich Surrogate erfasste. Demgegenüber seien taugliche Objekte einer Hehlerei nur Sachen, die unmittelbar aus der Vortat erlangt wurden. Hinzu käme, dass die Geldwäsche – dies traf allerdings nicht auf sämtliche Tatmodalitäten, sondern nur auf den Verschleierungs (§ 261 I Var. 1 und 2 StGB a.F.) und Isolierungstatbestand (§ 261 II StGB a.F.) zu<sup>15</sup> – ein abstraktes Gefährdungsdelikt, die Hehlerei ein Erfolgsdelikt normierte. Darüber hinaus bestand für die Geldwäsche gem. § 261 StGB a.F. – im Gegensatz zur Hehlerei, die nur eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat verlange<sup>16</sup> – ein klar definierter Vortatenkatalog. Schließlich hätten Geldwäsche und Hehlerei unterschiedliche subjektive Voraussetzungen.

#### b) Keine materielle Subsidiarität

Gegen die Annahme von *materieller Subsidiarität*<sup>17</sup> sprachen die unterschiedlichen Schutzgüter. Die Geldwäsche schütze die Rechtspflege (und unter Umständen – je nach verwirklichter Tatmodalität – auch das durch die Vortat verletzte Rechtsgut), wohingegen die Hehlerei dem Vermögensschutz diene.

#### c) Keine Konsumtion

Schließlich wurde die Geldwäsche auch nicht von der Hehlerei *konsumiert*<sup>18</sup>, weil keiner der beiden Tatbestände eine typische Erscheinungsform des anderen gewesen sei. Geldwäsche schied nämlich tatbestandlich aus, wenn etwa ein Diebstahl – als Vortat – nicht gewerbs- oder bandenmäßig begangen wurde.

## 2. Das Konkurrenzverhältnis nach neuer Rechtslage

Nach der Reform des Geldwäschetatbestands bedarf das Konkurrenzverhältnis der beiden Delikte einer Neubewertung.

### a) Keine privilegierende Spezialität und materielle Subsidiarität

Was die Ablehnung von *privilegierender Spezialität* und *materieller Subsidiarität* anbelangt, ändert sich argumentativ nicht viel. Die Geldwäsche gem. § 261 I StGB n.F. sieht zwar keinen Vortatenkatalog mehr vor, doch muss das Objekt der Geldwäsche weiterhin nur aus der Vortat „herrühren“. Der Begriff des „Herrührens“ wird nicht legal definiert.<sup>19</sup> Er hat jedoch – unter anderem<sup>20</sup> – durch die jahrzehntelange Rechtsprechung des BGH gewisse Konturen erfahren.<sup>21</sup> Ein Gegenstand rührt aus einer Vortat her, wenn er sich – eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorausgesetzt – kausal auf die Vortat zurückführen lässt und nicht wesentlich auf der selbstständigen Leistung Dritter beruht.<sup>22</sup> Damit sind weiterhin solche Gegenstände erfasst, die erst durch eine Verwertung des vom Vortäter ursprünglich Erlangten als Surrogat erworben werden und daher nur mittelbar aus der Vortat stammen.<sup>23</sup> Demgegenüber gibt es auch de lege lata keine Ersatzhehlerei (§ 259 I StGB).<sup>24</sup> Zudem hat sich am Deliktscharakter – die Geldwäsche stellt nunmehr ausschließlich ein abstraktes Gefährdungsdelikt (§ 261 I 1 Nr. 1, 2, 3 und 4,

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 1311, 1315 f.

<sup>14</sup> Vgl. zur Definition Fischer, Vor § 52 Rn. 40a: „Spezialität liegt vor, wenn ein Tatbestand einen in allgemeiner Form von einem anderen Tatbestand erfassten Sachverhalt durch Hinzutreten weiterer Merkmale genauer regelt [...]“

<sup>15</sup> Vgl. BGH BeckRS 2018, 38747 Rn. 19 mit Rekurs auf MüKoStGB/Neuheuser, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 17, wonach es sich bei § 261 I Var. 3 ff. StGB a.F. um ein Erfolgsdelikt handelt.

<sup>16</sup> Vgl. zu den Einzelheiten hierzu NK-StGB/Altenhain, 5. Aufl. 2017, § 259 Rn. 9 ff.

<sup>17</sup> Vgl. zur Definition Fischer, Vor § 52 Rn. 41: „Subsidiarität bedeutet das Zurücktreten eines Gesetzes, das nur hilfsweise, dh nur dann gelten soll, wenn kein anderer Tatbestand eingreift [...]“

<sup>18</sup> Vgl. zur Definition Fischer, Vor § 52 Rn. 43: „Konsumtion ist gegeben, wenn ein Gesetz, ohne dass Spezialität vorliegt, seinem Wesen und Sinn nach ein anderes Gesetz so umfasst, dass dieses in ihm aufgeht [...]“

<sup>19</sup> Vgl. Bittmann, NStZ 2022, 577, 579.

<sup>20</sup> Siehe hierzu aber auch umfassende Abhandlungen in der Literatur, z. B. Bischofberger, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Herrühren“ im Rahmen des Straftatbestandes § 261 StGB, 2010, passim; Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007, passim.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 8, wonach die bisherige Rechtsprechung fortgelten soll, vgl. z. B. BGH NStZ 2009, 328, 329 mit Rekurs auf BT-Drs. 12/3533, S. 12 und BGH NZWiSt 2019, 148, 150 m.w.N.; a.A. Fischer, § 261 Rn. 16: „[...] der Rspr. ist eine hinreichende Konkretisierung [...] kaum gelungen.“

<sup>22</sup> Vgl. BGH NZWiSt 2019, 148, 150 m.w.N.; siehe auch Fischer, § 261 Rn. 15.

<sup>23</sup> Siehe dazu BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 15.

<sup>24</sup> Vgl. bereits instruktiv OLG Braunschweig NJW 1952, 557, 558; siehe ferner BGH NStZ-RR 2019, 379 m.w.N.; Stam, wistra 2016, 143, 144.

II StGB n.F.),<sup>25</sup> die Hehlerei ausschließlich ein Erfolgsdelikt dar – und den unterschiedlichen subjektiven Voraussetzungen kaum etwas geändert.<sup>26</sup> Schließlich weisen Geldwäsche und Hehlerei weiterhin eine unterschiedliche Schutzrichtung auf.<sup>27</sup>

#### **b) Konsumtion der Geldwäsche – nur im Fall des § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F.**

Indes muss nach neuer Rechtslage über eine *Konsumtion* der Geldwäsche nachgedacht werden. *Konsumtion* ist nach gängiger Definition zu bejahen, wenn ein Gesetz, ohne dass Spezialität oder Subsidiarität vorliegt, seinem Wesen und Sinn nach ein anderes Gesetz so umfasst, dass dieses in ihm aufgeht.<sup>28</sup> Dies ist typischerweise der Fall, wenn Haupt- und Begleittat regelmäßig gleichzeitig verwirklicht werden.<sup>29</sup> Das Argument des 2. BGH-Strafsenats, Geldwäsche scheidet bei Nicht-Katalogstraftaten ohnehin von vornherein aus, ist aufgrund des „all-Crime-Ansatzes“<sup>30</sup> hinfällig geworden. Hinzu kommt, dass jedenfalls die Tatvarianten des Sich- oder Einem-Dritten Verschaffens für § 259 I Var. 1 StGB einerseits und § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. andererseits identisch sind.<sup>31</sup>

Angesichts der Tatsache, dass Tatobjekt der Hehlerei nur eine Sache (vgl. § 90 BGB) sein kann, die unmittelbar aus der

Vortat stammt, Tatobjekt der Geldwäsche (§ 261 I StGB n.F.) aber – insoweit umfassender – jeder *Gegenstand* sein kann,<sup>32</sup> der aus irgendeiner rechtswidrigen Vortat lediglich herrührt, wird im Fall des Sich- oder Einem-Dritten Verschaffens einer Sache i.S.v. § 259 I Var. 1 StGB *regelmäßig* auch eine Geldwäsche gem. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. zu sehen sein. Hinzu tritt, dass die Hehlerei – mit dem Vorsatzerfordernis und der Bereicherungsabsicht – sogar ein „Mehr“ an subjektiven Anforderungen verlangt.<sup>33</sup> Damit wird die Geldwäsche gem. § 261 I Nr. 3 StGB n.F. von § 259 I Var. 1 StGB konsumiert.

Wenn man zudem mit Ruhmannseder<sup>34</sup> den Standpunkt einnimmt, dass ein Umtausch, Übertragen und Verbringen an Dritte (vgl. § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F.) mit einem Verschaffen i.S.v. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. regelmäßig einhergehen wird, so könnte die Vorschrift des § 259 I Var. 1 (bzw. Var. 2)<sup>35</sup> StGB sogar die Tatmodalität des § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. konsumieren. Dagegen sprechen jedoch die unterschiedlichen subjektiven Voraussetzungen: Nicht jeder Hehler – Vorsatz und Bereicherungsabsicht unterstellt – handelt (*regelmäßig*) in der Absicht, das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft der Sache zu vereiteln. Letzteres wird aber von § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. verlangt. Insofern wird das Unrecht der Geldwäsche überall dort, wo die Geldwäsche – von der Hehlerei abweichende – besondere objektive sowie subjek-

<sup>25</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man die Rechtsprechung des BGH (BeckRS 2018, 38747 Rn. 19 mit Rekurs auf MüKoStGB/Neuheuser, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 17; s. aber auch BGH NJW 2019, 1311, 1316) auf das neue Recht überträgt und zudem BT-Drs. 19/24180, S. 31 berücksichtigt, wonach es sich auch bei § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln soll, vgl. hierzu auch BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 24. Allerdings ist dies m.E. für die Tatvariante des § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. zweifelhaft. Der BGH (NJW 2019, 1311, 1316) räumt selbst ein, dass die Hehlerei in allen Varianten einen Taterfolg voraussetze. Unbestritten ist zudem, dass das „Verschaffen“ i.S.v. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F. ebenso wie in § 259 I Var. 1 StGB auszulegen ist, vgl. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 26; siehe aber auch Schramm, wistra 2008, 245, 247 zur extensiveren Auslegung des Begriffs im Rahmen von § 261 II StGB a.F. Wenn zudem BGH NJW 2006, 1297, 1299 davon spricht, Hehlerei und Geldwäsche überschneiden sich regelmäßig im Fall des Sich- oder Einem-Dritten Verschaffens, dann liegt die Annahme einer identischen Deliktsstruktur – beide abstraktes Gefährdungsdelikt oder beide (in dieser Variante) Erfolgsdelikt – zumindest nahe.

<sup>26</sup> Vgl. insofern die Übersicht von Neumann, ZJS 2022, 682, 686, wonach lediglich für die Tathandlung des § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F. die Vereitelungsabsicht hinzutritt.

<sup>27</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 1311, 1315 f. sowohl für die Geldwäsche gem. § 261 I StGB a.F. als auch für die Hehlerei gem. § 259 I StGB; siehe speziell für § 261 StGB n.F. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 7: keine Änderung des Schutzguts auch nach neuer Rechtslage.

<sup>28</sup> Vgl. Fischer, Vor § 52 Rn. 43 m.w.N.; vertieft hierzu LK-StGB/Rissing-van Saan, 13. Aufl. 2020, Vorb. zu den §§ 52 ff. Rn. 164 f.

<sup>29</sup> Vgl. umfassend LK-StGB/Rissing-van Saan, Vorb. zu den §§ 52 ff. Rn. 165 m.w.N.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu Gazeas, NJW 2021, 1041, 1042, der zugleich auf die Rechtslage in anderen europäischen Staaten aufmerksam macht.

<sup>31</sup> So schon BGH NJW 2006, 1297, 1299 zu § 259 I StGB und § 261 II StGB a.F.; s. ferner Stam, wistra 2016, 143, der auch auf die Parallele zwischen „Verwenden“ (jetzt: § 261 I 1 Nr. 4 StGB n.F.) und „Absetzen“ (§ 259 I Var. 2 StGB) hinweist. Wie hier auch NK-StGB/Altenhain, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 63.

<sup>32</sup> Siehe zum Gegenstandsbegriff der Geldwäsche, der demjenigen des BGB entsprechen soll, MüKoStGB/Neuheuser, § 261 Rn. 35, u.a. mit Beispielen aus der Rechtsprechung. Zieht man zudem die Rechtsprechung zum Vermögensabschöpfungsrecht heran fallen unter den Begriff „Gegenstand“ (vgl. z. B. § 73a I StGB) – im Gegensatz zum Begriff „etwas erlangt“ (vgl. § 73 I StGB) – keine ersparten Aufwendungen, vgl. hierzu und zu weiteren Fragen im Zusammenhang mit dem Begriff „Gegenstand“ i.S.v. § 73a I StGB Zivanic, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), 2022, S. 191 ff.

<sup>33</sup> Die Geldwäsche ist hingegen gem. § 261 VI 1 StGB auch dann tatbestandsmäßig, wenn der Täter „leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen Gegenstand nach Absatz 1 handelt“, vgl. zum Begriff der Leichtfertigkeit umfassend und allgemein Wegscheider, ZStW 98 (1986), 624 ff. sowie speziell zur leichtfertigen Geldwäsche Steinberg, ZStW 131 (2019), 888, 936 ff.

<sup>34</sup> BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 24.1; siehe zu weiteren „Überschneidungen“ der Tatvarianten innerhalb von § 261 I und II StGB n.F.: Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045, 1048 ff.

<sup>35</sup> „Absetzen ist die (auch) im Interesse und mit Einverständnis des Vortäters oder Vorbesitzers, im Übrigen aber selbstständig vorgenommene wirtschaftliche Verwertung der bemakelten Sache durch entgeltliche rechtsgeschäftliche Weitergabe an einen gut- oder bösgläubigen Dritten“ (BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 259 Rn. 30). „Absatzhilfe ist die weisungsgebundene unselbstständige Unterstützung, die dem Vorbesitzer bei dessen Absatzbemühungen der Beute aus der Vortat gewährt wird [...]. Ebenso wie beim Absetzen ist bei der Absatzhilfe zur Tatbestandsvollendung ein Absatzerfolg, d.h. der Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die bemakelte Sache auf einen Dritten, erforderlich“ (BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 259 Rn. 33). Jedenfalls bei körperlichen Sachen wird daher regelmäßig (zu-)gleich auch ein Umtausch bzw. Verbringen in Rede stehen, weil diese – dem Wortlaut nach – ebenfalls einen Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die bemakelten Sachen erfordern (vgl. zu diesen beiden Tathandlungen nur BeckOK-StGB/Ruhmannseder, § 261 Rn. 24.1). Im Endeffekt kann man auch hier die in Fn. 25 angestellten Überlegungen anbringen.



tive Voraussetzungen normiert, nicht erschöpfend von der Hehlerei erfasst;<sup>36</sup> damit entfaltet die Hehlerei – sollte im Fall des § 259 I Var. 1 StGB ein Vorsatz nicht festzustellen sein – gegenüber der leichtfertigen Geldwäsche (§ 261 VI StGB n.F.) auch weiterhin keine Sperrwirkung.<sup>37</sup>

Das hiesige Ergebnis wird man auch nicht mit der unterschiedlichen Schutzrichtung der Delikte in Frage stellen können.<sup>38</sup> Wenn nämlich die Konsumtion eine sinnvolle – eigenständige – Funktion haben soll, dann muss der sekundäre Straftatbestand bzw. die Begleitatt gerade ein *anderes* Rechtsgut schützen oder ein anderes Angriffsobjekt betreffen.<sup>39</sup> Dies ist hier der Fall: Die Geldwäsche (hier: sekundärer Straftatbestand bzw. Begleitatt) schützt vordergründig die Rechtspflege, die Hehlerei das Vermögen,<sup>40</sup> die Geldwäsche betrifft einen Gegenstand, die Hehlerei eine Sache.<sup>41</sup> Schließlich vermag auch das Argument, die Geldwäsche sehe im Gegensatz zur Hehlerei eine Mindeststrafe vor, nicht mehr durchzugreifen.<sup>42</sup>

### c) Zwischenergebnis

Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9. März 2021 hat das Konkurrenzverhältnis zwischen Geldwäsche und Hehlerei verändert. Legt man konkurrenzrechtliche Grundsätze zugrunde, wird die Geldwäsche gem. § 261 I Nr. 3 StGB n.F. von der Hehlerei gem. § 259 I Var. 1 StGB konsumiert. Demgegenüber ist überall dort, wo die Geldwäsche – von der Hehlerei abweichende – besondere objektive sowie subjektive Voraussetzungen normiert (vgl. § 261 I Nr. 1, 2, 4, II, IV, V, VI, VII StGB n.F.), Tateinheit (§ 52 I StGB) zwischen Geldwäsche und Hehlerei anzunehmen; eine Sperrwirkung für die leichtfertige Geldwäsche entfaltet der Hehlereitattbestand auch nach neuer Rechtslage nicht.

## III. Die einziehungsrechtlichen Konsequenzen

Die praktische Bedeutung der Konkurrenzlehre für die Einziehung ist ein noch weitgehend unerforschtes Feld. Dabei kann sich die Annahme von Gesetzeseinheit einerseits oder Tateinheit andererseits erheblich auf die Einziehung auswirken. Während bei der Annahme von Tateinheit gesetzliche Klarheit herrscht, indem ausweislich von § 52 IV StGB auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) erkannt werden kann oder muss, wenn es eines der anwendbaren Gesetze vorschreibt, existiert für die Gesetzeseinheit keine gesetzliche Regelung.

Ein Teil der Lehre vertritt daher die Auffassung, dass das verdrängte bzw. konsumierte Delikt in jeder Hinsicht – mithin auch in Bezug auf die Verhängung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) – außer Betracht zu bleiben hat.<sup>43</sup> Dem folgte die höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nicht. Ihr zufolge führt die Annahme von Gesetzeseinheit gerade nicht dazu, dass der verdrängte bzw. konsumierte Straftatbestand bei der Strafzumessung nicht erschwerend berücksichtigt werden darf.<sup>44</sup> Der 1. BGH-Strafsenat ging sogar noch weiter und urteilte, dass Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen i.S.v. § 11 I Nr. 8 StGB,

die nur das verdrängte Gesetz zulässt oder vorschreibt, angeordnet werden können bzw. anzuordnen sind.<sup>45</sup> Im Ergebnis gilt damit nach der Rechtsprechung auch bei Gesetzeskonkurrenz dasjenige, was § 52 II 2, IV StGB für die Tateinheit explizit vorschreibt.<sup>46</sup>

Dass ebendieser Streit nicht nur rein dogmatischer Natur ist, zeigt sich vor allem an den unterschiedlichen Ergebnissen, wenn es um die Einziehung des Geldwäsche- bzw. Hehlereiobjekts geht:

### 1. Die Einziehung des Geldwäscheobjekts nach alter und neuer Rechtslage

Vor der Reform des Geldwäschetatbestands war sich die Rechtsprechung weitgehend einig: Das Geldwäscheobjekt konnte nur gem. § 74 II (ggfs. i.V.m. §§ 74a, 74c) StGB i.V.m. § 261 VII StGB a.F. – sprich als Tatobjekt – eingezogen werden.<sup>47</sup> Eine Einziehung als Tatertrag (gem. § 73 I Var. 1 StGB bzw. § 73b I 1 Nr. 2 StGB, ggfs. i.V.m. § 73c S. 1 StGB) kam hingegen nicht in Betracht, obschon eine Qualifikation als Tatertrag *begrifflich* möglich wäre,<sup>48</sup> weil die Tatobjektseinziehung nach allgemeiner Auffassung abschließend Vorrang genießt.<sup>49</sup> Um die Einziehung des Geldwäscheobjekts als Tatertrag zu ermöglichen, bedurfte es also einer Sondervorschrift, die sich jetzt in § 261 X 3 StGB n.F. findet.

### 2. Die Einziehung des Hehlereiobjekts

Der 4. BGH-Strafsenat hat mit Blick auf die Einziehung des Hehlereiobjekts gem. § 259 I Var. 2 StGB aber Gegenteiliges entschieden. Er führte aus, dass ein Hehler die Sache des

<sup>36</sup> Siehe zu der Voraussetzung der erschöpfenden Erfassung des Unrechts BGH NJW 2019, 1086, 1088, der dies jedoch lediglich zum Anlass nimmt, um die unterschiedlich geschützten Rechtsgüter (von Wohnungseinbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung) hervorzuheben. Dies nimmt der Konsumtion aber ihre eigenständige Funktion (vgl. Fn. 39). Vielmehr fällt unter „Unrecht“ auch das personale Handlungsunrecht, vgl. zu besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmalen z. B. Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, 2019, S. 78.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu bereits BGH NJW 2006, 1297, 1299 f.

<sup>38</sup> So aber noch BGH NJW 2006, 1297, 1301.

<sup>39</sup> Vgl. LK-StGB/Rissing-van Saan, Vorb. zu den §§ 52 ff. Rn. 164 f.

<sup>40</sup> Vgl. bereits Fn. 27.

<sup>41</sup> Hinzu kommt, dass die Sache (§ 90 BGB) nach der Rechtsordnung ein spezieller, nämlich körperlicher, Gegenstand ist, vgl. statt vieler Mössner, in: BeckOGK-BGB, Stand:01.03.2021, § 90 Rn. 10 m.w.N.

<sup>42</sup> Siehe aber § 261 IV StGB n.F. für Verpflichtete nach § 2 GwG.

<sup>43</sup> Vgl. instruktiv MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 78 ff., insb. 80.

<sup>44</sup> Vgl. BGHSt 1, 152, 155 f.; zuletzt BGH BeckRS 2011, 22660 Rn. 3; s. ferner Fischer, Vor § 52 Rn. 45 m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. BGHSt 8, 46, 52.

<sup>46</sup> Vgl. Fischer, Vor § 52 Rn. 45; Stam, wistra 2016, 143, 146.

<sup>47</sup> Siehe hierzu Bittmann, NStZ 2022, 577, 583 m.w.N.; a.A. aber teils die Lehre, vgl. z. B. El-Ghazi, GWuR 2022, 49, 52 f.

<sup>48</sup> Siehe zur Möglichkeit der begrifflichen Einordnung von Tatobjekt als Tatertrag und umgekehrt: BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36.

<sup>49</sup> Vgl. Bittmann, NStZ 2022, 577, 583 m.w.N.

Vortäters „durch eine eigene Straftat [erlange]“<sup>50</sup> und damit das Hehlereiobjekt als Tatertrag qualifiziert. Dieser Rechtsprechung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Begrifflich vermag zwar eine Qualifikation als Tatertrag gelingen, doch handelt es sich auch beim Objekt der Hehlerei um ein Tatobjekt i.S.v. § 74 II StGB. Die tatbestandliche Tätigkeit des Hehlers bezieht sich nämlich auf die erlangte Sache der Vortat.<sup>51</sup> Die Einziehung gem. § 74 II StGB genießt damit Vorrang.<sup>52</sup> Eine Einziehung des Hehlereiobjekts gem. § 74 II StGB scheidet aber aus, da es an einer sondergesetzlichen Ermächtigung mangelt. Hinzu kommt, dass die Vorschrift des § 261 X 3 StGB n.F. weder verallgemeinerungsfähig<sup>53</sup> noch einer analogen/entsprechenden Anwendung zugänglich ist. Letzteres folgt bereits aus dem Analogieverbot (vgl. Art. 103 II GG). Zwar gilt dieses nicht für die Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), weil es sich insoweit um keine Strafe oder strafähnliche Maßnahme im verfassungsrechtlichen Sinne handelt,<sup>54</sup> wohl aber für eine Norm, die eine grundsätzlich vorrangig anwendbare Norm, die (weitgehend) Strafcharakter hat,<sup>55</sup> für unanwendbar oder allenfalls nachrangig anwendbar<sup>56</sup> erklärt.

### 3. Die Konsequenzen nach der Rechtsprechung

Folgt man nach alledem der Rechtsprechung, die auf Rechtsfolgenseite die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit nahezu vollständig aufgibt, ist es einziehungsrechtlich irrelevant, ob zwischen Hehlerei und Geldwäsche Gesetzeskonkurrenz oder Tateinheit besteht. Es gelangte nämlich – über § 52 IV StGB in direkter oder sinn-gemäßer Weise – die Vorschrift des § 261 X StGB n.F. zur Anwendung. Beim Hehler wäre die Sache (oder ihr Wert) als Tatertrag (oder ggfs. nachrangig als Tatobjekt) selbst dann einzuziehen, wenn die Hehlerei die Geldwäsche konsumierte.

Diese Folgerung steht im Übrigen auch nicht in Widerspruch zu aktuellen Entscheidungen des 3. BGH-Strafsenats.<sup>57</sup> Der 3. BGH-Strafsenat hat ausgeführt, dass derselbe Gegenstand – bei tateinheitlich verwirklichten Anknüpfungstaten – einerseits Tatobjekt und andererseits Tatmittel, nicht jedoch zugleich auch Tatertrag sein kann. Werden sowohl Hehlerei als auch Geldwäsche (tateinheitlich) verwirklicht, dann ist und bleibt derselbe Gegenstand – auf den sich die jeweilige Tat-handlung bezog – primär Tatobjekt. Er wird auch nicht aufgrund der Vorschrift des § 261 X 3 StGB n.F. zugleich zum Tatertrag. Die Vorschrift des § 261 X 3 StGB n.F. beschränkt sich nämlich „auf die konkurrenzrechtliche Rangfolge“<sup>58</sup>, wirkt sich insoweit erst sekundär aus. Konkret besagt sie, dass die Einziehung des Tatobjekts als Tatertrag ausnahmsweise zulässig ist, sofern begrifflich eine Qualifikation auch als Tatertrag gelingt.

### 4. Die Konsequenzen nach der Gegenauffassung

Lehnt man hingegen die Rechtsprechung zum Gleichlauf von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit auf Rechtsfolgenseite ab, so kann die Sache der Vortat – im Fall des Sich- oder Einem-Dritten-Verschaffens gem. § 259 I Var. 1 StGB – weder beim Hehler noch beim Dritten eingezogen werden. Die Vorschrift des § 259 I Var. 1 StGB konsumiert nach hier vertretener Auffassung die Geldwäsche gem. § 261 I Var. 3 StGB

n.F.; damit scheidet die Geldwäsche als Anknüpfungstat aus. Da die Einziehung des Hehlereiobjekts nur gem. § 74 II StGB möglich ist, für den Hehlereitattbestand jedoch keine sondergesetzliche Ermächtigung besteht, hat die Einziehung zu unterbleiben.

Anderes gilt wiederum, wenn die Geldwäsche von der Hehlerei nicht konsumiert wird; wenn also der Hehler etwa zugleich auch in der Absicht handelt, das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft der Sache zu vereiteln (vgl. § 261 I 1 Nr. 2 StGB n.F.) oder die Sache i.S.v. § 261 I Nr. 4 StGB n.F. verwendet, obschon er ihre Herkunft zu dem Zeitpunkt kannte, als er sie erlangt hat. Hier besteht – ebenso wie mit den restlichen Modalitäten (abgesehen von § 261 I Nr. 3 StGB n.F.) – Tateinheit, so dass gem. § 52 IV StGB die Vorschrift des § 261 X StGB n.F. zur Anwendung gelangt. Damit wäre die Sache (oder ihr Wert) als Tatertrag (oder ggfs. nachrangig als Tatobjekt) beim Täter – nun: auch der Geldwäsche – einzuziehen.

### 5. Beispielsfall

Das Vorstehende wird nun anhand eines Beispielsfalls veranschaulicht, der – leicht abgewandelt – Gegenstand einer Entscheidung des 4. BGH-Strafsenats war:<sup>59</sup>

D entwendet in einer Tankstelle Zigaretten in einem Gesamtwert von ca. 150.000,00 €. Der bösgläubige H, der einen Kiosk betreibt, kauft die entwendeten Zigaretten von D an. Die Zigaretten werden sodann im Kiosk des H von den Ermittlungsbehörden sichergestellt.

#### a) Unstreitiges

D hat durch einen Diebstahl (vgl. § 242 I StGB) zunächst den Besitz an den Zigaretten erlangt (vgl. § 73 I Var. 1 StGB). Auf-

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2019, 14, 16.

<sup>51</sup> Vgl. ähnlich die Argumentation von BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36 hinsichtlich § 63 Abs. 1 Nr. 4, § 10 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG (sog. „Hawala-Banking“).

<sup>52</sup> Vgl. BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36; so auch schon Bittmann, NZWiSt 2021, 133.

<sup>53</sup> Vgl. BGH BeckRS 2022, 20562 Rn. 18.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu Brand, ZWH 2021, 58, 64 sowie Matt/Renzikowski/Altenhain/Fleckenstein, 2. Aufl. 2020, Vorb. zu § 73 Rn. 3; a.A. Bekritsky, NStZ 2022, 207, 209 sowie BGH NJW 1963, 499, 500.

<sup>55</sup> Vgl. zum weitgehenden Strafcharakter der Tatobjektseinziehung statt vieler Bittmann, NStZ 2022, 577, 583 in Fn. 38 u. 39 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>56</sup> Vgl. zur Diskussion Bittmann, NStZ 2022, 577, 584 f., der die Vorschrift des § 261 X 1, 2 StGB in Fällen, in denen der – aus der Vortat – entstandene Verletztenanspruch erloschen ist (vgl. § 73e I StGB), mit beachtlichen Gründen auch nicht nachrangig – als Auffangtatbestand – für anwendbar hält.

<sup>57</sup> Angesprochen sind die Entscheidungen: BGH, BeckRS 2022, 20562 Rn. 7 ff.; BGH, BeckRS 2022, 20799 Rn. 33 ff. und BGH, NJW 2022, 2701 ff.

<sup>58</sup> Bittmann, NZWiSt 2021, 133, 135.

<sup>59</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2019, 14.

grund der Übertragung des Besitzes an den Zigaretten auf H, unterliegen die Zigaretten nicht mehr der gegenständlichen Einziehung. Vielmehr richtet sich die Einziehung nunmehr nach §§ 73 I Var. 1, 73c S. 1 Var. 2 StGB, so dass der Wert der Zigaretten bei D einzuziehen ist (150.000,00 €).

### b) Streitiges

Fraglich ist allerdings, ob die Zigaretten, die sich nunmehr im Besitz des H befinden, ebenfalls eingezogen werden können. Begrifflich sind und bleiben die Zigaretten – aus der Sicht des D – ein Tatertrag. Dies ergibt sich bereits aus einer marginalen Abwandlung des Falls: Hätte D die Zigaretten einem gutgläubigen Dritten unentgeltlich übertragen, so unterlägen sie unstreitig der Einziehung gem. § 73b I 1 Nr. 2 lit. a StGB.<sup>60</sup> Die Zigaretten sind aber im zugrundeliegenden Fall auch ein Tatobjekt i.S.v. § 74 II StGB, weil sich die tatbestandliche Handlung des Hehlers H – hier: Ankaufen – auf die Sache der Vortat (Zigaretten) bezieht. Die Einziehung gem. § 74 II StGB ist vorrangig gegenüber einer Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB. Eine Verweisungsvorschrift, die die Einziehung des Hehlereibjekts erlaubt, existiert nicht. Damit können die Zigaretten *de lege lata* weder gem. §§ 73 ff. StGB noch gem. § 74 II StGB bei H eingezogen werden.

Anderes gälte nur, wenn man mit der Rechtsprechung die ebenfalls verwirklichte, aber konsumierte Geldwäsche (vgl. § 261 I 1 Nr. 3 StGB n.F.) im Rahmen der Einziehungsentscheidung berücksichtigt. Dann gelangte die Vorschrift des § 261 X StGB n.F. zur Anwendung. Ausweislich von § 261 X 3 StGB n.F. bleiben die §§ 73 bis 73e StGB unberührt und gehen einer Einziehung nach § 74 II, auch in Verbindung mit den §§ 74a und 74c, vor. Die angekauften Zigaretten blieben damit (aus Sicht des H) zwar weiterhin Tatobjekt, sie sind allerdings aufgrund von § 261 X 3 StGB n.F. ausnahmsweise als Tatertrag einzuziehen, weil sie sich begrifflich als solcher qualifizieren lassen. Die Einziehung der Zigaretten bei H richtete sich sodann entweder nach § 73 I Var. 1 StGB oder nach § 73b I 1 Nr. 2 lit. b StGB.<sup>61</sup>

### 6. Streitentscheid

Die Auffassung der Rechtsprechung, wonach der konsumierte Straftatbestand auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen ist, entspricht in jedem Fall einem – wie auch immer gearteten – Gerechtigkeitsgefühl.<sup>62</sup> Es ist nur schwer einzusehen, warum es dem Täter zum Vorteil gereichen soll, dass er tatsächlich mehrere Straftatbestände verwirklicht hat.<sup>63</sup> Gegen die Auffassung der Rechtsprechung spricht aber, dass sie die bestehenden materiellen Unterschiede zwischen Gesetzesinheit und Tateinheit ignoriert.<sup>64</sup> Die Gesetzesinheit avanciert, folgt man der Rechtsprechung, zu einer leeren Hülse<sup>65</sup>: Das – im Wege der Gesetzesinheit – verdrängte Delikt erscheint zwar nicht im Schuldspruch,<sup>66</sup> soll aber im Übrigen alles andere – die Strafzumessung sowie die Anordnung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen i.S.v. § 11 I Nr. 8 StGB – (maßgeblich) beeinflussen. Wenn man – wie es auch die Rechtsprechung praktiziert – die Gesetzesinheit (in all ihren Formen) als Bestandteil der Konkurrenzlehre anerkennt,<sup>67</sup> dann muss das verdrängte Delikt auf Rechtsfolgen-

seite konsequenterweise außer Betracht bleiben. In jedem Fall braucht es aber einer gesetzlichen Regelung, die besagt, dass ein Delikt, das nicht im Schuldspruch erscheint, gleichwohl Sanktionen auslösen und/oder verschärfen kann. Es ist jedenfalls nicht die Aufgabe des Rechtsanwenders, gesetzgeberische Vorgaben – auf Rechtsfolgenseite – wertend zu korrigieren.<sup>68</sup> Dem Gesetzgeber steht es frei, Straftatbestände zu kodifizieren, die nicht regelmäßig und gleichzeitig mit anderen Straftatbeständen verwirklicht werden; auch steht es ihm frei, Verweisungsnormen auf § 74 II StGB zu schaffen, um einziehungsrechtliche „Lücken“ zu schließen.

## IV. Fazit

Die Konkurrenzlehre wirkt sich – je nachdem, wie „ernst“ man die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit auf Rechtsfolgenseite nimmt – erheblich auf die Einziehung aus. Während die Rechtsprechung – unabhängig davon, ob Gesetzeskonkurrenz oder Tateinheit besteht – sämtlich verwirklichte Delikte als potenzielle Anknüpfungstaten erachtet und damit im Fall von Hehlerei (§ 259 I StGB) und Geldwäsche (§ 261 I StGB n.F.) einer Anwendung des § 261 X StGB n.F. stets Tür und Tor öffnet, kommt der Gegenauffassung zufolge im Fall der Hehlerei gem. § 259 I Var. 1 StGB eine Einziehung nur selten in Betracht. Die Geldwäsche gem. § 261 I Var. 3 StGB n.F. wird nämlich von der Hehlerei (§ 259 I Var. 1 StGB) konsumiert. Wenn zudem keine weitere Tatmodalität der Geldwäsche – insoweit tateinheitlich – verwirklicht wurde, kann das Objekt der Hehlerei – mangels Verweisungsnorm auf § 74 II StGB – nicht eingezogen werden; auch und erst recht nicht als Tatertrag.

<sup>60</sup> Allerdings wären die Zigaretten beim gutgläubigen Dritten nur subsidiär einzuziehen, vgl. Zivanic, Das zivil- bzw. bereicherungsrechtliche Verständnis der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff., 75 ff. StGB), 2022, S. 164 ff.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu El-Ghazi, GWuR 2022, 49, 53 f., der die Einziehung auf § 73 I Var. 1 StGB sowie Bittmann, NZWiSt 2021, 133, 134 f.; ders., NSTz 2022, 577, 584, der die Einziehung auf § 73b I 1 Nr. 2 StGB stützt. Eine mehrfache Abschöpfung desselben Tatertrags ließe sich nach der Rechtsprechung nur durch eine gesamtschuldnerische Haftung von Vortäter und Hehler vermeiden. Eine Gesamtschuldnerschaft von Vortäter und Hehler lehnt der 4. BGH-Strafsenat aber ab, vgl. BGH NSTz-RR 2019, 14, 16.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu BGHSt 1, 152, 155 f.

<sup>63</sup> Siehe erneut BGHSt 1, 152, 155 f.

<sup>64</sup> Vgl. instruktiv MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 78 ff., insb. 80. S. ferner SSW-StGB/Eschelbach, 5. Aufl. 2021, § 52 Rn. 29 f.

<sup>65</sup> Vgl. auch MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 62: „optische[r] Effekt“.

<sup>66</sup> Dazu statt vieler MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 52 Rn. 62.

<sup>67</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 1311, 1315 f.

<sup>68</sup> Ähnlich auch MüKo-StGB/von Heintschel-Heinegg, Vorb. zu § 52 Rn. 79 m.w.N.



## EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)  
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Dr. Thilo Mahnhold, Frankfurt a.M.

## Arbeitszeit Compliance – Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 1)

Die Verfasser widmen sich aktuellen Themen und Dauerbrennern bei der Beratung von Unternehmen zur HR Compliance, die eine nicht zu unterschätzende bußgeld- und/oder strafrechtliche Komponente aufweisen und vor dem Hintergrund der Haftungsvermeidung beleuchtet werden. Der vorliegende Beitrag fasst Teil 1 der dreiteiligen WisteV Lunch Lecture Vortragsreihe – Arbeitszeit Compliance – zusammen.

### A. Novelle des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG)

#### I. Einleitung

Die Erfassung der Arbeitszeit der Arbeitnehmer ist bislang gesetzlich in § 16 Abs. 2 ArbZG geregelt. Hiernach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit von im Durchschnitt acht Stunden täglich hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Der EuGH hat mit Urteil vom 15. Mai 2019 entschieden, dass die Mitgliedstaaten der EU „die Arbeitgeber dazu verpflichten müssen, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann“.<sup>1</sup> Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat vor diesem Hintergrund mit Beschluss vom 13. September 2022 ausgeführt, die Arbeitgeber seien aus arbeitsschutzrechtlichen Gründen verpflichtet, „ein System einzuführen und zu verwenden, mit dem Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden erfasst werden“.<sup>2</sup> Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat angesichts dieser beiden Entscheidungen mit einem Referentenentwurf zur Neufassung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG-E) reagiert.<sup>3</sup>

Arbeitgeber müssen sich auf die geplanten Änderungen einstellen.

#### II. Referentenentwurf zu § 16 ArbZG – Kernpunkte und praktische Umsetzung

Nach dem Referentenentwurf sind insbesondere eine Neufassung von § 16 Abs. 2 ArbZG sowie neue Regelungen (§ 16 Abs. 2 – Abs. 8 ArbZG-E) vorgesehen. In den Kernpunkten geht es um die Einführung der Pflicht zur elektronischen Er-

fassung der Arbeitszeit, um die Möglichkeit der Delegation der Aufzeichnungspflichten bzw. Vertrauensarbeitszeit sowie um mögliche Ausnahmen von der Aufzeichnungspflicht.

#### 1. Pflicht zur elektronischen Arbeitszeiterfassung, § 16 Abs. 2 ArbZG-E

Der Referentenentwurf zum ArbZG sieht die Verpflichtung zur elektronischen Arbeitszeiterfassung vor (§ 16 Abs. 2 ArbZG-E). Erfasst werden sollen dabei „Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit“. Die Pausen und deren Lage sind hier nicht ausdrücklich erwähnt und es lässt sich gut begründen, dass nach dem aktuellen Entwurf der konkrete Beginn und das konkrete Ende einer Pause nicht zu erfassen sind. Das schafft Raum für eine praktikable Ausgestaltung von Arbeitszeiterfassungssystemen. Denkbar ist bei der elektronischen Erfassung beispielsweise eine Erfassung per App, digitalen Excel- oder Word-Listen oder in elektronischen Schichtplänen. Eine spezielle Zeiterfassungssoftware wird hingegen nicht zwingend verlangt. Nicht ausreichend sind analoge Stundenzettel, auch nicht eingescannte Papierlisten. Die Aufzeichnung hat gemäß § 16 Abs. II S. 1 ArbZG-E am Tag der Arbeitsleistung zu erfolgen. Es reicht also nicht, wenn die Zeit beispielsweise jeweils am Ende der Arbeitswoche erfasst wird.

#### 2. Was ist (einzutragende) Arbeitszeit?

Im Hinblick auf die vorgesehene umfangreiche Aufzeichnungspflicht stellt sich die Frage, welche Zeit überhaupt als „Arbeitszeit“ zu erfassen ist. Hierbei kommt es nicht auf die vergütungsrechtliche Arbeitszeit an, sondern allein auf die Arbeitszeit i.S.d. ArbZG. § 2 Abs. 1 ArbZG definiert als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Nach der Arbeitszeit-Richtlinie (RL 2003/88/EG) gibt es entweder Arbeitszeit oder Ruhezeit, keine Zwischenkategorie: Art. 2 Ziff. 1 der Arbeitszeitrichtlinie bestimmt hierzu, dass Arbeitszeit jede Zeitspanne ist, während derer ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt; gemäß Art. 2 Ziff. 2 der Richtlinie ist Ruhezeit demgegenüber jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit. Die Rechtsprechung von EuGH und BAG hat in diesem Rahmen punktuelle Konkretisierungen zu bestimmten Arbeitszeitformen vorgenommen, wobei sich abzeichnet, dass das BAG angesichts aktueller Tendenzen des EuGH den bislang zugrunde gelegten Arbeitszeitbegriff neu bestimmen muss. Inwieweit das zu abweichenden Ergebnissen führen wird, etwa bei der Einordnung von Dienstreisen, bleibt abzuwarten<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> EuGH Urt. v. 14.05.2019 (C-55/18), Rn. 60.

<sup>2</sup> BAG Beschl. v. 13.09.2022 (1 ABR 22/21) Rn. 55.

<sup>3</sup> ArbZG-E Stand 18.04.2023.

<sup>4</sup> Vgl. etwa EuGH Urt. v. 21.02.2018 – C-518/15, NZA 2018, 293; ausführlich Lunk, NZA 2022, 881 (885).

### 3. Arbeitszeit i.S.d. ArbZG – strittige/schwierige Abgrenzungsbereiche

#### a) Arbeitsunterbrechungen

In der Praxis stellt sich insbesondere die Frage, wie Arbeitsunterbrechungen zu werten sind. Speziell im Home-Office tendiert die eigentliche Arbeit mit Arbeitsunterbrechungen zu verschwimmen, indem z. B. der Arbeitnehmer Kaffee kocht, private Telefongespräche führt oder zu privaten Zwecken im Internet surft. Nach einer Ansicht ist hier von einem formalen Arbeitszeitbegriff auszugehen. Als Arbeit ist hier nach die gesamte Zeit zwischen Beginn und Ende der Tätigkeit abzüglich der Pausen i.S.v. § 4 ArbZG anzusehen<sup>5</sup>. Nach anderer Ansicht handelt es sich immer dann nicht um Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer nicht zur Verfügung steht und somit seine vertragsgemäße Arbeitsleistung nicht anbietet. Zeiten, während derer der Arbeitnehmer weder arbeitet noch seine Arbeitsleistung vertragsgemäß anbietet, seien keine Arbeitszeiten, und zwar auch dann nicht, wenn diese Zeiten privater Aktivitäten nicht die Voraussetzungen einer Ruhepause i.S.d. § 4 ArbZG erfüllen. Das ArbZG diene dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer, und bei privaten Aktivitäten sei die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht in Gefahr<sup>6</sup>.

#### b) Dienstreisen

Bei Wegezeiten im Rahmen von Dienstreisen handelt es sich unstrittig dann um Arbeitszeit i.S.d. ArbZG, wenn der Arbeitnehmer während der Reise „Vollarbeit“ erbringt, indem er beispielsweise Emails beantwortet, Kundentelefonate führt, Dokumente erstellt. Reine Fahrzeiten ohne gleichzeitige inhaltliche Tätigkeit gelten hingegen nach der sog. Beanspruchungstheorie nach bisheriger Rechtsprechung des BAG jedenfalls dann nicht als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG, wenn dem Arbeitnehmer „lediglich ein Freizeitopfer“ abverlangt wird<sup>7</sup>. Dies kann z. B. der Fall sein bei der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel oder wenn der Arbeitnehmer als Beifahrer im Auto mitfährt. Wie bereits erwähnt dürfte angesichts der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zu Bereitschaftsdiensten aber eine Neubestimmung des Arbeitszeitbegriffes des BAG auch im Hinblick auf Dienstreisen zu erwarten sein, wenn der EuGH auf die Erheblichkeit eines Freizeitopfers abstellt. Diese Sichtweise des EuGH machte sich das BAG bereits zum Thema Rufbereitschaft zu eigen. Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während der Bereitschaftszeit sei dann als Arbeitszeit zu werten, wenn der Arbeitnehmer in Anbetracht der dem Arbeitnehmer eingeräumten Frist zur Aufnahme der beruflichen Tätigkeit seine privaten Aktivitäten nicht planen könne<sup>8</sup>. Unter Zugrundelegung dieser Kriterien muss auch bei der Beurteilung von Dienstreisen maßgebend sein, ob und für welchen Zeitraum einer Dienstreise Weisungen des Arbeitgebers beschränkt sind bzw. inwieweit der Arbeitgeber mit Weisungen rechnen muss<sup>9</sup>.

#### c) Seminare

Zur Teilnahme an Seminaren hat der EuGH am 28.10.2021 ein Urteil gefällt<sup>10</sup>. Hiernach stellt „Zeit, in der ein Arbeitnehmer eine ihm von seinem Arbeitgeber vorgeschriebene berufliche Fortbildung absolviert, die außerhalb seines ge-

wöhnlichen Arbeitsorts in den Räumlichkeiten des Fortbildungsdienstleisters stattfindet und während der er nicht seinen gewöhnlichen Aufgaben nachgeht, „Arbeitszeit“ im Sinne dieser Vorschrift dar“. Es kommt für die Unterscheidung somit maßgeblich darauf an, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Fortbildung vorschreibt.

#### d) Kundenveranstaltungen

Nicht erörtert ist in der Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – ob und inwieweit die Teilnahme an Kundenveranstaltungen zur Arbeitszeit i.S.d. ArbZG zu rechnen ist. Hier dürfte die Lage ähnlich zu beurteilen sein wie bei der Teilnahme an Seminaren: Sofern die Teilnahme vom Arbeitgeber angeordnet ist, dürfte die hierfür aufgewendete Zeit als Arbeitszeit anzusehen sein.

### 4. Delegation, Vertrauensarbeitszeit, § 16 Abs. 3, 4 ArbZG-E

#### a) Delegation an Dritte oder Arbeitnehmer, Vertrauensarbeitszeit

Nach dem Referentenentwurf zum ArbZG soll eine Delegation der Aufzeichnung der Arbeitszeit auf Dritte bzw. die Arbeitnehmer selbst möglich sein, wobei aber der Arbeitgeber für die ordnungsgemäße Aufzeichnung verantwortlich bleibt, § 16 Abs. 3 ArbZG-E. Dabei kann eine Delegation der Aufzeichnung auf den Arbeitnehmer erfolgen und der Arbeitgeber auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verzichten (Vertrauensarbeitszeit<sup>11</sup>).

#### b) Geeignete Maßnahmen, damit Verstöße bekannt werden

Der Arbeitgeber hat bei Vertrauensarbeitszeit durch „geeignete Maßnahmen“ sicherzustellen, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden, § 16 IV ArbZG-E. Laut Begründung zu § 16 IV ArbZG-E kann dies z. B. durch die Meldung eines elektronischen Zeiterfassungssystems erfolgen<sup>12</sup>.

### 5. Öffnungsklausel für Tarifvertragsparteien, § 16 Abs. 7 ArbZG-E

#### a) Mögliche Abweichungen

Nach § 16 Abs. 7 ArbZG-E können in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung bestimmte Abweichungen von den Aufzeich-

<sup>5</sup> Anzinger/Koberski ArbZG, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 11.

<sup>6</sup> Baeck/Deutsch/Winzer ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7.

<sup>7</sup> BAG Ur. v. 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155; vgl. hierzu auch Lunk NZA 2022, 881.

<sup>8</sup> BAG Ur. v. 27.07.2021 – 9 AZR 448/20, NZA 2021, 1702; vgl. Lunk NZA 2022, 881 (884)

<sup>9</sup> So auch Lunk NZA 2022, 881 (887)

<sup>10</sup> EuGH Ur. v. 28.10.2021 – C-909/19, NZA 2021, 1623

<sup>11</sup> siehe Begründung zum ArbZG-E, S. 13

<sup>12</sup> siehe Begründung zum ArbZG-E, S. 13

nungspflichtigen zugelassen werden, nämlich: Aufzeichnung in nichtelektronischer Form (Nr. 1); Aufzeichnung an einem anderen Tag, spätestens aber bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertags (Nr. 2); Pflicht zur Aufzeichnung nicht bei Arbeitnehmern, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann (Nr. 3). Diese Ausnahmemöglichkeit gemäß Nr. 3 ist vorgesehen analog der Möglichkeit, welche die Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) in ihrem Artikel 17 für „höhere“ Berufe vorsieht.

#### **b) Problem**

Als problematisch ist bei den in § 16 Abs. 7 ArbZG-E vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten zu erachten, dass keine generellen Ausnahmen oder Ausnahmemöglichkeiten für einen Arbeitnehmerkreis wie z. B. den der „leitenden Angestellten“ vorgesehen sind. Ferner wird kritisiert, dass von der Tariföffnungsklausel nicht erfasst sind beispielsweise nichttarifgebundene Arbeitnehmer, AT-Angestellte sowie Berufe ohne Tarifvertrag.

### **III. Referentenentwurf – weitere Regelungen**

#### **1. Information auf Verlangen des Arbeitnehmers, § 16 Abs. 5 ArbZG-E**

Nach dem Referentenentwurf ist der Arbeitnehmer auf Verlangen in geeigneter Weise über die aufgezeichnete Arbeitszeit zu informieren, § 16 Abs. 5 ArbZG-E. Auf Wunsch ist ihm eine Kopie der Aufzeichnungen zur Verfügung zu stellen, § 16 Abs. 5 S. 2 ArbZG-E. Nach der Begründung zum Referentenentwurf soll es dabei erlaubt sein, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeiten selbst einsieht und die Aufzeichnungen kopiert<sup>13</sup>.

#### **2. Aufbewahrungspflicht, § 16 Abs. 6 ArbZG-E**

Den Arbeitgeber trifft für die Arbeitszeitaufzeichnungen eine Aufbewahrungspflicht von bis zu zwei Jahren, § 16 Abs. 6 ArbZG-E. Die Aufzeichnungen sind dabei in deutscher Sprache bereitzuhalten. Der Gesetzesentwurf befasst sich nicht mit etwaigen datenschutzrechtlichen Belangen und einer etwaigen hiernach erforderlichen Löschung. Gleichwohl hat der Arbeitgeber auch hier die Anforderungen der DSGVO bzw. des BDSG zu Löschkonzepten einzuhalten.

#### **3. Umsetzungsfristen, § 16 Abs. 8 ArbZG-E**

Der Referentenentwurf sieht abhängig von der Unternehmensgröße abgestufte Umsetzungsfristen vor. Die nicht elektronische Aufzeichnung ist hiernach bis zu einem Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch für alle Arbeitgeber möglich, bis zu zwei Jahren nach dem Inkrafttreten für Arbeitgeber mit weniger als 250 Arbeitnehmern, und bis zu fünf Jahre nach dem Inkrafttreten für Arbeitgeber mit weniger als 50 Arbeitnehmern. Bei Arbeitgebern mit bis zu zehn Arbeitnehmern soll dauerhaft die Aufzeichnung in nichtelektronischer Form ausreichen.

#### **4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats**

Im Hinblick auf die elektronische Zeiterfassung der Arbeitnehmer sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten.

##### **a) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG**

Bei der konkreten Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, da es um eine Regelung über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften geht<sup>14</sup>.

##### **b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG**

Ferner besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Denn die Pflicht zur elektronischen Arbeitszeiterfassung geht mit der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen einher, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

##### **c) Sonstige Betriebsvereinbarungen**

Allgemein kommen ferner inhaltliche Berührungspunkte mit Betriebsvereinbarungen zur Arbeitszeit, zur Arbeitszeiterfassung, zu mobilem Arbeiten sowie zu Dienstreisen in Betracht.

### **IV. Ordnungswidrigkeiten und Strafbarkeitsrisiken bei Verstößen gegen das ArbZG aktuell und in Zukunft**

#### **1. Gegenwärtige Rechtslage**

##### **a) Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten des § 16 ArbZG**

Verstöße gegen § 3 Abs. 1 ArbZG gehen häufig mit Verstößen hinsichtlich der in § 16 ArbZG normierten Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten des Arbeitgebers einher.

Nach der derzeitigen Rechtslage ist der Arbeitgeber gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG dazu verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit von Arbeitnehmern aufzuzeichnen und ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit eingewilligt haben.<sup>15</sup> Solche Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren, § 16 Abs. 2 Satz 2 ArbZG.

##### **b) Auskunftspflichten nach § 17 ArbZG**

Den Aufsichtsbehörden der Länder gegenüber ist der Arbeitgeber auskunftspflichtig. Die Aufsichtsbehörden dürfen nach § 17 Abs. 4 ArbZG die zur Kontrolle der Einhaltung der

<sup>13</sup> Begründung zum Referentenentwurf Stand 18.04.2023, S. 13

<sup>14</sup> BAG Beschl. v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616

<sup>15</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 247. EL Juni 2023, § 16 ArbZG Rn. 3 f.



Arbeitszeit Vorschriften erforderlichen Auskünfte verlangen, sie dürfen Einsicht nehmen in die Arbeitszeitchronik, in Tarifverträge und/oder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie sonstige Arbeitszeitchronik oder Geschäftsunterlagen, welche mittelbar oder unmittelbar Auskunft über die Einhaltung des ArbZG geben.

Geschäftsunterlagen können bei Prüfungen vor Ort entweder vorgelegt werden oder auf Verlangen der Aufsichtsbehörden zur Einsichtnahme an Amtsstelle einzusenden sein.

„Zur Auskunft verpflichtet sind auch Betriebsangehörige, die mit entsprechenden Leitungsaufgaben beauftragt sind und damit in eigener Verantwortung Aufgaben des Arbeitgebers nach dem ArbZG ausführen. Im Übrigen sind Arbeitnehmer nicht zur Auskunft verpflichtet.“<sup>16</sup>

Nach § 17 Abs. 6 ArbZG dürfen die zur Auskunft Verpflichteten vor dem Hintergrund der Selbstbelastungsfreiheit die Auskunft auf Fragen verweigern, mit deren wahrheitsgemäßer Beantwortung sie sich selbst der Gefahr der Strafverfolgung bzw. der Gefahr der Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

Greift kein Verweigerungsgrund Verstöße gegen die Auskunftspflichten bußgeldbewehrt.

### c) Ordnungswidrigkeiten nach § 22 ArbZG

Adressat der Vorschriften ist der Arbeitgeber. Handelt es sich hierbei um eine juristische Person, gelten die Verantwortlichkeiten gem. Vertretungsregelung nach § 9 Abs. 1 OWiG.<sup>17</sup>

Eine Delegation der Arbeitgeber bzw. Unternehmerpflichten hat zur Folge, dass der Beauftragte für etwaige Pflichtverletzungen einzustehen hat, § 9 Abs. 2 OWiG.<sup>18</sup>

Der Kreis der Personen, die vom Inhaber des Betriebes etc. mit seiner Vertretung beauftragt werden können, wird vom Gesetz eingeschränkt:

„Als Beauftragte kommen zum einen Personen in Betracht, die beauftragt sind, den Betrieb etc. ganz oder zum Teil zu leiten (Absatz 2 S. 1 Nr. 1) und daher Leitungsverantwortung tragen. Zum anderen ist eine Delegation an Personen zulässig, die ausdrücklich mit der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Inhaberaufgaben beauftragt werden (Absatz 2 S. 1 Nr. 2) und somit selbständige Einzelverantwortung tragen. Eine Überbürdung von Aufgaben an andere Personen sieht das Gesetz nicht vor. Das ist eine Konsequenz der Rechtsnatur der Organ- und Vertreterhaftung (...), die dem Willen des historischen Gesetzgebers in jeder Hinsicht entspricht (vgl. dazu Rogall, S. 157ff., 160ff. sowie → Rn. 4 ff.). Eine Pflichten- oder Aufgabenüberbürdung setzt nach Sinn und Zweck des Gesetzes voraus, dass der Beauftragte Vertretungskompetenz besitzt (Gleichwertigkeit der Pflichterfüllung) und dass über die Verteilung der Verantwortung Klarheit herrscht (Transparenz der Verantwortungsstrukturen). Beide Voraussetzungen werden in Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 in begrifflich unterschiedlicher, sachlich aber übereinstimmender Weise zum Ausdruck gebracht.“<sup>19</sup>

Der Arbeitnehmer selbst kommt weder als Täter noch als Beteiligter an einer Ordnungswidrigkeit des § 22 ArbZG in Betracht.

Die Einwilligung eines Arbeitnehmers in einen Verstoß gegen bußgeldbewehrte Vorschriften stellt ferner keinen Rechtfertigungsgrund dar.<sup>20</sup> Es ist vielmehr so, dass Geschäftsführer und Vorstände bei Verstößen von Arbeitnehmern gegen das ArbZG haften.<sup>21</sup>

Die Ordnungswidrigkeiten im Einzelnen regelt § 22 ArbZG.

### aa) Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit

§ 22 Abs. 1 ArbZG bestimmt, dass ordnungswidrig handelt, wer als Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig Arbeitnehmer über die Grenzen der Arbeitszeit i.S.d. § 3 ArbZG hinaus beschäftigt, § 22 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG.

### bb) Verstöße gegen Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

Gerade weil Verstöße gegen die zulässige Arbeitszeit i. S. d. ArbZG häufig mit Verstößen gegen Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten einhergehen, sanktioniert § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG diejenigen, die Aufzeichnungen nicht oder nicht richtig erstellt<sup>22</sup> oder diese nicht für die vorgeschriebene Dauer von zwei Jahren aufbewahrt.

„Nicht richtig“ erstellt sind diese, wenn sie inhaltlich unrichtig sind.“<sup>23</sup>

### cc) Verstöße gegen Auskunfts-/Mitwirkungspflichten

Zudem wird sanktioniert, wer den Aufsichtsbehörden eine verlangte Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt bzw. Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt, einwendet oder Maßnahmen zur Kontrolle nicht gestattet, § 22 Abs. 1 Nr. 10 ArbZG.

### d) Bemessung von Geldbußen nach § 22 ArbZG

Besteht der begründete Verdacht, dass eine Ordnungswidrigkeit nach § 22 ArbZG vorliegt, kann die zuständige Verwaltungsbehörde ein Bußgeldverfahren einleiten. Da im Ordnungswidrigkeitenrecht das Opportunitätsprinzip gilt, ist die Verwaltungsbehörde dazu unter bestimmten Voraussetzungen aber nicht verpflichtet.

<sup>16</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 247. EL Juni 2023, § 17 ArbZG Rn. 4

<sup>17</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, 247. EL Juni 2023, ArbZG § 22 Rn. 2.

<sup>18</sup> Zur horizontalen und vertikalen Pflichtendelegation Dannecker NZWiSt 2012, 441, 447 f.

<sup>19</sup> KK-OWiG/Rogall, OWiG, 5. Auflage 2018, § 9 Rn. 82.

<sup>20</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, 247. EL Juni 2023, ArbZG § 22 Rn. 2 m.V.a. OLG Jena BeckRS 2010, 23535.)

<sup>21</sup> Schmidt/Hofmann, Vorstandshaftung bei Verstößen von Arbeitnehmern gegen das ArbZG, StA 2021, 141.

<sup>22</sup> Erbs/Kohlhaas/Häberle, 247. EL Juni 2023, ArbZG § 22 Rn. 15.

<sup>23</sup> BGBl. I S. 3.334, 3.341

Ordnungswidrigkeiten nach § 22 Abs. 1 Nr. 1, 9 und 10 ArbZG werden gemäß § 22 Abs. 2 ArbZG mit Geldbußen in Höhe von bis zu 30.000,00 € geahndet. Dieser Bußgeldrahmen gilt für vorsätzliche Verstöße gegen die vorgenannten Vorschriften. Im Falle von Fahrlässigkeit verringert sich der Bußgeldrahmen nach § 17 Abs. 2 OWiG auf die Hälfte.

Mit Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz vom 22.12.2020 wurde der Bußgeldrahmen des § 22 ArbZG von zuvor 15.000,00 € auf 30.000,00 € angehoben. Dieser Bußgeldrahmen gilt seit 01.01.2021. Durch die Verdoppelung kommt es auch zu einer Verlängerung der Verjährung, da § 31 OWiG vorsieht, dass Ordnungswidrigkeiten, die im Höchstmaß mit mehr als 15.000 € sanktioniert werden, erst nach drei Jahren verjähren.

Die Länder haben in dem Länderausschluss für Arbeitssicherheit und Sicherheitstechnik<sup>24</sup> eine Übereinkunft über die Bemessung von zu verhängenden Geldbußen getroffen. Der Bußgeldkatalog des Länderausschusses sieht Regelsätze für einzelne Verstöße vor und enthält auch Hinweise für die Verwaltungsbehörden, unter welchen Voraussetzungen die Regelsätze erhöht werden können oder eine Ermäßigung angezeigt ist.

Die Erhöhung der im Bußgeldkatalog ausgewiesenen Regelsätze kommt beispielsweise in Betracht, wenn der Betroffene einer Ordnungswidrigkeit innerhalb der letzten zwei Jahre bereits einmal wegen einer gleichartigen Ordnungswidrigkeit rechtskräftig mit einer Geldbuße belegt oder von einer Verwaltungsbehörde bereits schriftlich verwahrt worden ist. Außerdem kann eine Erhöhung vorgenommen werden, wenn der Betroffene aus seiner Tat wirtschaftliche Vorteile gezogen hat. Gleiches gilt, wenn das Verhalten des Betroffenen eine besondere Gefährdung geschaffen hat.

Hingegen kann von den Regelsätzen nach unten abgewichen werden, wenn der Vorwurf, der den Betroffenen trifft, geringer erscheint als dies für durchschnittlich vorwerfbares Handeln angemessen ist. Die Ermäßigung des jeweiligen Regelsatzes kommt ebenfalls in Betracht, wenn die betroffene Person Einsicht zeigt, Wiederholungsgefahr nicht besteht und/oder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen außergewöhnlich schlecht sind.

#### e) Verfall / Einziehung nach § 29a OWiG

Ein dem Täter aus einer Ordnungswidrigkeit zugeflossener Vermögensvorteil wird bereits durch eine entsprechende Bemessung der Geldbuße abgeschöpft, § 17 Abs. 4 OWiG.

§ 29a Abs. 1 OWiG setzt zur Einziehung des Wertes von Taterträgen „deshalb bei der tätergerichteten Tatertragswerteinziehung unterhalb der Schwelle der Ordnungswidrigkeit (§ 1 Abs. 1) an und lässt eine mit Geldbuße bedrohte Handlung als Anlasstat genügen. Darunter ist gem. § 1 Abs. 2 eine Tat zu verstehen, die den (objektiven und subjektiven) Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt und rechtswidrig ist. Dabei kann es sich auch um einen Versuch handeln (Drathjer Abschöpfung S. 55; Schmidt Gewinnabschöpfung Rn 1272).“<sup>25</sup>

In Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde gegen den Täter also keine Geldbuße festsetzt, kann die Einziehung des Geldbetrages vorgenommen werden, der den Wert des aus der Tat Erlangten entspricht, § 29a Abs. 1 OWiG.<sup>26</sup>

Diese Einziehung kann im sogenannten selbstständigen Verfahren nach § 29a Abs. 5 OWiG erfolgen.

Auch zu diesem Instrument enthält der Bußgeldkatalog der Länder Hinweise für die zuständigen Verwaltungsbehörden, die sehr kritisch zu sehen und in jedem Einzelfall genau zu prüfen sind.<sup>27</sup>

#### „7. Einziehung des Wertes von Taterträgen

7.1 § 29a OWiG2 regelt, dass gegen die Betroffene oder den Betroffenen (zum Beispiel als Arbeitgeber/in) die Einziehung eines Geldbetrages bis zu der Höhe angeordnet werden kann, die dem erlangten Vermögensvorteil entspricht, wenn die oder der Betroffene durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung oder für sie einen Vermögensvorteil erlangt und gegen die Betroffene oder den Betroffenen wegen der begangenen Handlung eine Geldbuße nicht festgesetzt werden kann. Die Anordnung der Einziehung ist kein Bußgeld, sondern eine Maßnahme eigener Art, mit dem den betroffenen Personen der Vermögensvorteil wieder abgenommen wird. Für eine Anordnung nach § 29a OWiG reicht eine rechtswidrige Handlung, die nicht vorwerfbar begangen zu sein braucht (vergleiche § 1 Absatz 2 OWiG), aus.

7.2 Hat die oder der Betroffene durch eine mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen gehandelt (zum Beispiel der Geschäftsführer für die GmbH, die Betriebsleiterin für die Inhaberin des Betriebes) und hat dieser (GmbH, Betriebsinhaber) dadurch einen Vermögensvorteil erlangt, so kann nach § 29a Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 OWiG gegen ihn

<sup>24</sup> <https://lasi-info.com/publikationen/>; LV 60, 2. Aufl., Stand März 2020.

<sup>25</sup> KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rn. 10.

<sup>26</sup> „Vermögensvorteile, die „durch“ Tat erlangt wurden, sind alle Werte, die unmittelbar durch die Tat geschaffen werden und dem Täter auf Grund der Tatbegehung zufließen (BGHSt 50, 299, 309; BGHSt 57, 79, 83; OLG Celle NZV 2012, 400, 401; OLG Celle NZWiSt 2012, 191, 192; AG Stuttgart NStZ 2006, 246, 247; OLG Stuttgart NStZ-RR 2003, 121; BeckOK OWiG/Meyberg Rn 41; Drathjer Abschöpfung S. 91; Göhler Rn 10; N. Nestler NZWiSt 2013, 308, 309; NK-Saliger § 73 Rn 6; Rebmann/Roth/Herrmann Rn 10; Schmidt Gewinnabschöpfung Rn 1282; Schröder GewArch 2009, 396 ff). Mittelbar mit der Tat zusammenhängende Vorteile unterliegen der Einziehung nicht (Brenner NStZ 1998, 558; Eser Sanktionen S. 292; Drathjer Abschöpfung S. 105; Fischer § 73 Rn 11; Rebmann/Roth/Herrmann Rn 10; SK-Wolters/Horn § 73 Rn 10). Als mittelbar aus der Tat erlangt ist jeder Zufluss zu betrachten, der erst durch weitere Aktionen nach Abschluss der Tat mit Hilfe des unmittelbar aus der Tat gewonnenen Gegenstands ausgelöst worden ist (Göhler Rn 8; Rebmann/Roth/Herrmann Rn 10).“, KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rn. 33.

<sup>27</sup> Zu recht kritisch Brockhaus/Maiß, <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/vermoegen-abschoepfung-arbeitszeit-verstoss-arbeitszeitgesetz>; instruktiv zu Fallgruppen/Fromm, Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz und Verfallsanordnungen nach § 29a OWiG, NZA 2017, 693.

(GmbH, Betriebsinhaber) die Einziehung eines Geldbetrages bis zur Höhe des Vermögensvorteils angeordnet werden, der dem Wert des Erlangten entspricht.

Ergänzend dazu kann sich nach neuer Rechtslage die Einziehung auch dann gegen die andere Person, die nicht Täter ist, richten, wenn ihr das Erlangte unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund übertragen wurde (§ 29a Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a OWiG) oder übertragen wurde und sie erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer mit Geldbuße bedrohten Handlung herrührt (§ 29a Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe b OWiG).

Die Einziehung des Vermögensvorteils kann auch gegen den Dritten als Erben oder als Pflichtteilsberechtigten angeordnet werden. Die Drittabschöpfung scheidet nach § 29a Absatz 2 Satz 2 OWiG in Fällen des gutgläubigen Erwerbs aus.

7.3 In den Fällen der Nummern 7.1 und 7.2 kann gemäß § 29a Absatz 5 OWiG die Einziehung selbstständig angeordnet werden, wenn gegen die Betroffene oder den Betroffenen ein Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder das Bußgeldverfahren eingestellt wird.

7.4 Insbesondere im Bereich der Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz kann die Anwendung des § 29a OWiG eine Rolle spielen. Eine Erhöhung des Bußgeldes auf der Grundlage des § 17 Absatz 4 OWiG ist aufgrund des zu leistenden Ermittlungsaufwandes nur sehr schwer rechtlich haltbar durchzuführen. Gemäß § 29a Absatz 4 OWiG kann die Behörde das Erlangte sowie die abzugsfähigen Aufwendungen schätzen, was eine wesentliche Vereinfachung gegenüber dem aus § 17 OWiG resultierenden Ermittlungsprinzip bei der Gewinnabschöpfung darstellt.

Beispiel 6: Ein landwirtschaftlicher Betrieb beschäftigt mehrere hundert Saisonarbeitskräfte. Bei einer Kontrolle werden Arbeitszeitchecklisten von 35 Mitarbeitern stichprobenartig ausgewertet. Dabei konnte eine Vielzahl von Verstößen gegen die höchstzulässige tägliche Arbeitszeit aufgedeckt werden. Der Betrieb hat in dem Jahr, in das die Verstöße fielen, einen nicht unerheblichen Gewinn erwirtschaftet. Da ein Gewinn erwirtschaftet wurde, ist davon auszugehen, dass der Betrieb seine Kosten (Sach- und Personalkosten) im Wirtschaftsjahr voll gedeckt hatte. Für die Schätzung des Einziehungsbetrages können aufgrund der schwierigen Ermittlung die Sachkosten außen vorgelassen werden. Als Berechnungsgröße für die Ermittlung des Gewinns können aber die Personalkosten herangezogen werden. Der tarifliche Mindestlohn lag bei 6,05 €/Stunde, so dass zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, Steuern und Beiträge zur Berufsgenossenschaft von einem Betrag von 10,00 € je Arbeitsstunde ausgegangen werden kann. Der Einziehungsbetrag ergibt sich aus der Anzahl der Überschreitungen in Stunden und dem ermittelten Betrag je Arbeitsstunde und beträgt 50.000 €.

Beispiel 7: In einem bundesweit tätigen Fachhandelsbetrieb werden in zwei Filialen bei einer durchgehenden Öffnungszeit von 10 Stunden pro Tag nur jeweils eine 14 Mitarbeiterin bzw. ein Mitarbeiter eingesetzt. Den Beschäftigten ist es nicht möglich, die gesetzlich vorgeschriebene Pause von 45 Minu-

ten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden einzulegen. Die Firma hat im Geschäftsjahr einen Gewinn ausgewiesen. Die Firma legt dar, dass über einen Zeitraum von 4 bzw. 6 Monaten auf eine tägliche Öffnung über die Mittagsstunden nicht verzichtet werden kann. In Bezug auf die sich aus der täglichen Öffnungszeit der Filiale von 10 Stunden von Montag bis Donnerstag und 9 Stunden am Freitag errechneten Gesamtöffnungszeit von 2.157 Stunden in den beanstandeten Zeiträumen ergibt sich eine fehlende Pausenzeit von 7,15 %. Die Betroffene erzielte im betreffenden Jahr und Geschäftsbereich einen Umsatz von 1.000 Mio. €, der von 5.500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erwirtschaftet wurde. Pro Mitarbeiterin und Mitarbeiter errechnet sich deshalb ein Umsatz von 181.818 €. Der auf den Zeitraum mit Verstößen entfallende Umsatz errechnet sich bei beiden Filialen zusammen auf 151.515 €. Hierauf wird der Satz der fehlenden Pausenzeiten von 7,15 % in Ansatz gebracht, so dass sich ein rechnerischer Einziehungsbetrag von 10.835 € ergibt.

7.5. Nach § 29a Absatz 3 OWiG sind bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten Gegenleistungen oder sonstige Aufwendungen der Täterin oder des Täters abzuziehen. § 29a Absatz 3 Satz 2 OWiG schränkt den Abzug von Aufwendungen der Täterin oder des Täters dergestalt ein, dass alles außer Betracht zu bleiben hat, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt werden darf. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass nur solche Gegenleistungen oder Aufwendungen der Täterin oder des Täters abzugsfähig sind, die von ihr/ihm nicht verboten investiert wurden.<sup>28</sup>

Es ist nach § 29a Abs. 4 OWiG möglich, das aus der Tat Erlangte wertmäßig zu schätzen.

Der Vorteil einer solchen Verfahrensbeendigung liegt darin, dass Verfalls Entscheidungen nach § 29a OWiG nicht in das Gewerbezentralregister oder andere Register einzutragen sind, sodass Nachteile im Wettbewerb vermieden werden können. Außerdem können Verfallsbeträge vom Unternehmen – anders als Geldbußen – als Betriebsausgaben abgesetzt werden.

### e) Haftung wegen Aufsichts- und Organisationspflichtverletzung

Neben der Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten nach § 22 ArbZG drohen auch Bußgeldverfahren nach § 130 OWiG wegen der Verletzung der Organisations- und Aufsichtspflicht durch den Arbeitgeber. Die Übertragung von Pflichten entbindet den Arbeitgeber nicht von der Einrichtung wirksamer Kontrollmaßnahmen und der Überwachung (§ 130 OWiG) derjenigen, auf die etwaige Verpflichtungen delegiert sind.

<sup>28</sup> <https://lasi-info.com/publikationen>, LV 60, 2. Aufl., Stand März 2020, S. 12 ff.



Das Höchstmaß der Geldbuße für die Ordnungswidrigkeit einer Aufsichtspflichtverletzung richtet sich nach dem Höchstmaß der Geldbuße für die von dem Beauftragten begangene Ordnungswidrigkeit (§ 130 OWiG).

Verwirklichen Leitungspersonen i.S.d. § 30 Abs.1 OWiG die einschlägigen Bußgeld- oder gar Straftatbestände, droht des Weiteren eine Verbandsgeldbuße.

## 2. Referentenentwurf zu § 22 ArbZG

Mit den laut Referentenentwurf geplanten Änderungen zum ArbZG gehen Ausweitungen des Bußgeldtatbestandes in § 22 ArbZG-E einher.

Die erweiterten Aufzeichnungs- und Auskunftspflichten der §§ 16, 17 ArbZG-E finden sich spiegelbildlich als sanktionierbare Verstöße in § 22 ArbZG-E wieder:

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

9. entgegen § 16 Absatz 2 Aufzeichnungen nicht oder nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht, nicht vollständig oder nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt oder entgegen § 16 Absatz 6 Aufzeichnungen nicht, nicht vollständig oder nicht für die vorgeschriebene Dauer bereithält,

10. entgegen § 16 Absatz 5 nicht über die aufgezeichnete Arbeitszeit informiert oder keine Kopie zur Verfügung stellt oder

11. entgegen § 17 Abs. 4 eine Auskunft nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erteilt, Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorlegt oder nicht einsendet oder entgegen § 17 Abs. 5 Satz 2 eine Maßnahme nicht gestattet.“

Nach den zurzeit vorliegenden Materialien sollen die Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten, Aufbewahrungspflichten bzw. Auskunftspflichten weiterhin mit Geldbußen von bis zu 30.000,00 € geahndet werden können, ebenso der Verstoß gegen die Beschäftigung über die zulässige Arbeitszeit hinaus, § 22 Abs. 2 ArbZG-E.

## 3. Regulatorischer Kontext

Die Vorschriften des ArbZG sind angesichts der signifikanten Risiken einer bußgeldrechtlichen oder – im schlimmsten Falle – gar strafrechtlichen Haftung<sup>29</sup> von Unternehmens Verantwortlichen in regulatorischen Kontext zu sehen.

Mit der Novellierung des Nachweisgesetzes (NachwG) im Sommer 2022 rückt die Verpflichtung des Arbeitgebers stärker in den Fokus, die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich niederzulegen, wozu gem. § 2 NachwG auch die vereinbarte Arbeitszeit, Ruhepausen, Handhabung von Überstunden, Zuschlägen etc. gehören. Solche Dokumentation ist dem Arbeitnehmer sehr zeitnah zum Vertragsschluss auszuhandigen.

Außerdem bestehen bereits nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) und dem Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten in Bezug auf den Beginn, das Ende und die Dauer der täglichen Arbeitszeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Diese Vorschriften sehen derzeit eine Aufzeichnungspflicht bis zum Ablauf des 7. auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages vor. Der Referentenentwurf des BMAS gibt keinen Aufschluss darüber, dass oder ob die Vorschriften in diesem Punkt angepasst werden sollen.

Auch Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften sind bußgeldbewehrt: § 21 Abs. 3 MiLoG sanktioniert z. B. Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten mit bis zu 30.000,00 €, ebenso § 23 Abs. 3 AEntG.

## B. Arbeitszeit-Compliance

### I. Pflicht/Obliegenheit zur Arbeitszeit-Compliance

Den Arbeitgeber treffen allgemein Pflichten und Obliegenheiten zur Arbeitszeit-Compliance.

#### 1. BAG v. 06.05.2003 (1 ABR 13/02)

Das BAG hat bereits mit Beschluss vom 6. Mai 2003 betont, dass der Arbeitgeber seinen Betrieb so zu organisieren hat, dass er die Durchführung der geltenden Gesetze selbst gewährleisten kann<sup>30</sup>. Insbesondere hat der Arbeitgeber seinen Betrieb so zu organisieren, dass die gesetzlichen und tariflichen Höchstarbeitsgrenzen eingehalten werden. Das BAG argumentiert dabei, dass dies von § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vorausgesetzt werde<sup>31</sup>.

#### 2. Allgemeine Compliance-Pflichten

Allgemeine Compliance-Pflichten werden ferner aus § 91 AktG, § 130 OWiG abgeleitet.

#### 3. Haftungsprävention

Dem Arbeitgeber drohen gemäß § 22 ArbZG Geldbußen bei Verstößen gegen das ArbZG. Hier zeigt sich, dass Haftungsprävention einen wichtigen Aspekt der arbeitszeitrechtlichen Compliance darstellt.

<sup>29</sup> § 23 ArbZG: „(1) Wer eine der in § 22 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 bis 7 bezeichneten Handlungen 1. vorsätzlich begeht und dadurch Gesundheit oder Arbeitskraft eines Arbeitnehmers gefährdet oder 2. beharrlich wiederholt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 die Gefahr fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.“ Dazu Schröder, Und täglich grüßt die Arbeitszeit – auch als Strafbarkeitsrisiko!?, ArbRAktuell 2016, 177.

<sup>30</sup> BAG Beschl. v. 06.05.2003 – 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348

<sup>31</sup> BAG a.a.O. S. 1352

## II. Assessment

### 1. Analyse vorhandener Zeiterfassungssysteme

Der Arbeitgeber muss bei der Analyse der bislang vorhandenen Zeiterfassungssysteme überprüfen, ob sämtliche relevanten Arbeitnehmergruppen erfasst sind. Ferner sollte er überprüfen, ob die ggf. vorhandenen Zeiterfassungssysteme die arbeitsschutzrechtlich relevante Arbeitszeit i.S.d. ArbZG oder – wie bislang häufig der Fall – die vergütungsrechtliche Arbeitszeit erfassen. Für die Arbeitszeit-Compliance ist primär die Arbeitszeit i.S.d. ArbZG maßgeblich. Für die Praxis stellt sich die Frage, wie die beiden abweichenden Definitionen der Arbeitszeit in ein pragmatisches System integriert werden können. Die größte Herausforderung sind diesbezüglich Dienstreisen, an der sich die abweichenden Arbeitszeitbegriffe besonders augenfällig nachvollziehen lassen.

### 2. Analyse vorhandener Betriebsvereinbarungen/Richtlinien

Der Arbeitgeber muss – unter Einbindung des Betriebsrats – etwaig bestehende Betriebsvereinbarungen mit potentiellen Berührungspunkten analysieren und ggf. anpassen. Zu denken ist hier insbesondere an Betriebsvereinbarungen betreffend Arbeitszeit, Arbeitszeiterfassung, mobiles Arbeiten sowie Dienstreisen. Entsprechend sind hierzu bestehende Richtlinien zu überprüfen.

### 3. Meldestelle gemäß HinSchG

Im Hinblick auf die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Schutzvorschriften ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des neuen Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG) eröffnet ist. Jeder Arbeitgeber mit mehr als 50 Beschäftigten hat eine Meldestelle nach den Vorgaben des HinSchG einzurichten. Es ist zu erwarten, dass die Meldestelle in der Praxis auch für Verstöße gegen das ArbZG relevant werden wird.

## III. Elemente einer Compliance-Strategie

### 1. „Redesign“ des Zeiterfassungssystems

Wie bereits ausgeführt, sind die häufig am vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff ausgerichteten Zeiterfassungssysteme auf ihren arbeitsschutzrechtlichen Zweck auszurichten.

### 2. Prozessbeschreibung

Im Falle einer Delegation der Zeiterfassungsaufgaben sind die Verantwortlichkeiten innerhalb des Compliance-Managements zu klären, insbesondere betreffend das Monitoring und Unterrichtungspflichten im Falle von Arbeitszeitverstößen. Dabei sollten die Berichtswege klargestellt werden.

### 3. Unterrichtung

Der Arbeitnehmer sollte die Belegschaft über die Pflicht zur Zeiterfassung unterrichten. Dies ergibt sich aus den Erläuterungen zum Referentenentwurf, wonach die Arbeitsschutz-

behörde bei einer Überprüfung auch berücksichtigen soll, ob der Arbeitgeber die Aufzeichnenden ordnungsgemäß über die Erfassungspflicht informiert hat<sup>32</sup>. Der Arbeitgeber kann hierzu eine Betriebsvereinbarung abschließen bzw. Richtlinien vorsehen, wie die Arbeitnehmer über die Pflicht zur Zeiterfassung unterrichtet werden. Es kommen auch betriebsinterne Schulungen in Betracht.

### 4. Dokumentation

Der Arbeitgeber muss die Aufzeichnungen bis zu zwei Jahre aufbewahren (§ 16 Abs. 6 ArbZG-E). Die Aufbewahrung muss dabei im Inland erfolgen, auf Verlangen der Aufsichtsbehörde am Ort der Beschäftigung (§ 16 Abs. 6 ArbZG-E). Dem Arbeitgeber ist ferner die Dokumentation über die erfolgten Schulungen anzuraten. Auch „Reviews“ sowie etwaige Sanktionierungen im Falle von erfolgten Arbeitszeitverstößen sollten dokumentiert werden.

### 5. Monitoring

Der Arbeitgeber ist gehalten, die Einhaltung der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes einschließlich der Aufzeichnungsfrist jedenfalls stichprobenartig zu prüfen. Bei Vertrauensarbeitszeit hat der Arbeitgeber darüber hinaus durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Arbeitszeitverstöße bekannt werden (§ 16 Abs. 4 ArbZG-E). Als geeignete Maßnahme kommt z. B. in Betracht, dass durch ein elektronisches Zeiterfassungssystem bei einem Verstoß eine entsprechende Meldung gemacht wird<sup>33</sup>. Ein „Review“-Prozess kann den Maßnahmenkatalog des Arbeitgebers zur Überprüfung der Einhaltung der Arbeitszeiten flankieren.

### 6. „Sanktionierung“

Wie generell für effektive Compliance geboten, müssen Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz abgestellt werden. Das führt letztlich dahin, dass bei Verstößen arbeitsrechtliche Maßnahmen ergriffen werden sollten. Das gilt sowohl für den jeweiligen Arbeitnehmer als auch für den Vorgesetzten, wenn er seinen Überwachungspflichten nicht oder nur unzureichend nachkommt. Je nach Einzelfall ist an Ermahnungen, Abmahnungen oder – jedenfalls im Wiederholungsfalle – auch an Kündigungen zu denken.

## C. Ausblick

Unverkennbar stärkt der Gesetzgeber weiter die Rechte von Arbeitnehmern, welche die wesentlichen Vertragsbedingungen kennen sollen und entsprechende Auskünfte auch zu Fragen der Arbeitszeitdokumentation haben sollen.

Aus dem Arbeitsschutzgedanken entwickeln sich zahlreiche Pflichten des Arbeitgebers, deren Verletzung aktuell und in der Zukunft jedenfalls zu Bußgeldern in erheblicher Höhe,

<sup>32</sup> Begründung zum ArbZG-E Stand 18.04.2023, S. 13

<sup>33</sup> Begründung zum ArbZG-E Stand 18.04.2023, S. 13

ggf. sogar zur Strafbarkeit nach § 23 ArbZG führen können. Beachtlich sind die Haftungsrisiken nach §§ 130, 30 OWiG sowie die signifikanten außerstrafrechtlichen Konsequenzen von Zuwiderhandlungen durch Eintragung rechtskräftiger Entscheidungen in die einschlägigen Register. Wettbewerbsnachteile können erheblich sein.

Die Vermeidung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung setzt eine konsequente Arbeitszeit Compliance voraus.

## ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)  
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

### Scheinselbständigkeit bzw. illegale Arbeitnehmerüberlassung – intendierte Umgehung der Sozialversicherungspflicht durch „Ein-Personen-Gesellschaften“?

Anmerkung zu BSG Urteil vom 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R

#### I. Vorspann

In der Ausgabe 3/2017 dieses Journals hat sich die Verfasserin anlässlich der AÜG-Novelle 2017 mit Fragen des Fremdpersonaleinsatzes auseinandergesetzt und zugleich das Urteil des BAG vom 17.1.2017 – 9 AZR 76/16<sup>1</sup>, besprochen.

Das Urteil des 9. Senats des BAG vom 17.1.2017 betraf die sog. „Selbstüberlassung“ eines Alleingeschäftsführers und alleinigen Geschäftsführers eines Verleihunternehmens – hier einer GmbH. Der 9. Senat des BAG hatte über folgenden Sachverhalt entschieden:

„Ein Kameramann war bei einer Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts als freier Mitarbeiter im Einsatz. Bei der Rundfunkanstalt gab es nach internen Vorgaben eine Beschränkung der Beauftragung freier Mitarbeiter auf höchstens 60 Tage im Kalenderjahr.

Der frühere Produktionschef der Auftraggeberin erklärte dem freien Mitarbeiter, umfangreichere Einsätze seien möglich, wenn er über ein Verleihunternehmen mit Erlaubnis nach § 1 AÜG entliehen werden könne. Vor diesem Hintergrund gründete der (vormals) freie Mitarbeiter die T. GmbH, welche auch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erhielt. Zwischen ihm als Alleingeschäftsführer und alleinigem Geschäftsführer und der T. GmbH bestand kein Arbeitsverhältnis.

Die T. GmbH beschäftigte aber Arbeitnehmer, welche sie auch verlieh; in geringem Umfang u.a. an besagte Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts. Zwischen dieser – der späteren Beklagten – und der T. GmbH wurde eine Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung von Produktionspersonal und ggf. Sachmitteln getroffen. Die T. GmbH versicherte darin, über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG zu verfügen. Die T. GmbH verpflichtete sich zudem, nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihr mindestens für die Dauer der Überlassung in einem Arbeitsverhältnis stehen. Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung erfolgten entsprechende Personalabrufe und -einsätze. Mit wenigen Ausnahmen wurde überwiegend der Alleingeschäftsführer und alleinige Geschäftsführer der T. GmbH – der spätere Kläger – bei der Beklagten eingesetzt. 2014 erhob dieser Klage zum ArbG Kiel und begehrte die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten.

Er sei, so der Kläger, im Umfang einer Vollzeitkraft als Kameramann zu beschäftigen. ‚Der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, dass er im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden sei. Als Alleingeschäftsführer und Geschäftsführer der T. GmbH sei er nicht deren Arbeitnehmer gewesen und könne dementsprechend auch nicht als solcher an die Beklagte verliehen worden sein.‘ Der Kläger trug vor, weisungsabhängig und in den Betrieb der Beklagten voll integriert gewesen zu sein.“<sup>2</sup>

Das ArbG Kiel wies die Klage seinerzeit als unbegründet ab. Das erstinstanzliche Urteil wurde auf die Berufung des Klägers vom LAG Schleswig-Holstein jedoch kassiert. Die Beklagte war verurteilt worden, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen. Kurz gefasst mit folgender Begründung:

„Zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit begründet worden. Das AÜG finde aus Rechtsgründen keine Anwendung, da Voraussetzung sei, dass die zur Arbeitsleistung überlassene Person Arbeitnehmer des Verleihers ist. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

<sup>1</sup> ZIP 2017, 836 = NJW 2017, 2058; weitere Besprechungen u.a. von Winzer, Arbeitnehmerstatus eines GmbH-Geschäftsführers und Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2017, 223; EWiR 2017, 381 m. Anm. Dr. Reinhold Mauer; GmbHR 2017, 748 m. Anm. Claudia Kothe-Heggemann.

<sup>2</sup> Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98 f.



Entsprechend habe die Prüfung des Status des Klägers nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien zu erfolgen.<sup>8</sup> Die zwischen der Beklagten und der T. GmbH geschlossene Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung sei darauf ausgerichtet gewesen, die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen. Die Einschaltung der Firma T. als Verleihunternehmen erfolgte aufgrund der Anregung des verantwortlichen Mitarbeiters M. des Beklagten gegenüber dem Kläger, er könne im Wege der Leiharbeit bei ihm eingesetzt werden. Den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten war auch bekannt, dass der Kläger tatsächlich Geschäftsführer der Firma T. war. Das konnten diese ohne Weiteres aus den regelmäßig vom Kläger unterzeichneten Rahmendienstverträgen der Firma T. mit dem Beklagten ersehen, in denen der Kläger als Geschäftsführer der T. zeichnete. Nach den Erörterungen im Berufungstermin war unstreitig, dass nicht nur im Jahr 2012 sondern auch in den Jahren zuvor jeweils Rahmenverträge vom Kläger und dem verantwortlichen Produktionschef und dem verantwortlichen Produktionsleiter des Beklagten unterzeichnet worden waren. Ferner wiesen sämtliche vom Kläger für die Firma T. bei dem Beklagten eingereichten Rechnungen den Kläger als Geschäftsführer dieser Firma aus. Damit lag zum Zeitpunkt der jeweiligen Einsätze des Klägers für den Beklagten offen zutage, dass der Kläger gerade nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer für die T. einer dieser gegenüber bestehenden Verpflichtung nachkam, wenn er seine Dienste bei dem Beklagten antrat.<sup>13</sup>

Der 9. Senat des BAG sah dies anders und entschied, der Alleingesellschafter und Geschäftsführer der T. GmbH sei unter keinem Gesichtspunkt Arbeitnehmer der T. GmbH gewesen. Entsprechend habe auch keine Überlassung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG vorgelegen.

„Das sich ‚Sichselbstüberlassen‘ eines Alleingeschafters und Alleingeschäftsführers eines Verleihunternehmens unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.“<sup>14</sup>

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG – so der 9. Senat des BAG – diene dem Schutz des **Arbeitnehmers** für den Fall, dass der Verleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis sei.

„Das Vorliegen einer Verleiherlaubnis berechtige den Verleiher, Arbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit an Dritte zur Arbeitsleistung zu überlassen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, sei auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar, soweit der Gesellschafter-Geschäftsführer die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte. Die Auswahlentscheidung, welche konkrete Arbeitskraft dem Entleiher zur Verfügung gestellt wird, trifft allein der Verleiher.“<sup>15</sup>

„Soweit der Alleingeschafter und -geschäftsführer die autonome Entscheidung treffe, selbst tätig zu werden, werde ‚seine Vertragsbeziehung zur Gesellschaft‘ betroffen, ‚ohne auf das durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vermittelte Rechtsverhältnis zum Entleiher auszustrahlen. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag behält seine Rechtswirksamkeit. Die Neubegründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses bei dem Entleiher ist durch den Schutzzweck des AÜG nicht veranlasst.“

Entgegen der Auffassung des LAG liege auch kein institutioneller Rechtsmissbrauch vor. Eine ‚Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten‘ sei nicht intendiert gewesen. Ausschlaggebend sei hier die umfassende unternehmerische Betätigung der T. GmbH, welche über eine ‚Ein-Mann-GmbH‘ mit dem einzigen Zweck des Verleihs des Klägers hinausgehe. Die ‚Zwischenschaltung der T.GmbH‘ stelle auch kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Vielmehr hätten beide Vertragspartner übereinstimmend Rahmenvereinbarungen zur Überlassung von Arbeitskräften geschlossen.<sup>18</sup> 12 LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 90, zitiert nach juris. 13 BAG ZIP 2017, 836, 838. 14 BAG ZIP 2017, 836, 838. 15 BAG ZIP 2017, 836, 838 f. 16 BAG ZIP 2017, 836, 839. 17 BAG ZIP 2017, 836, 840. 18 BAG ZIP 2017, 836, 840. Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter [www.compliancedigital.de](http://www.compliancedigital.de). Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: [ESV@ESVmedien.de](mailto:ESV@ESVmedien.de) 587013053879 WiJ Ausgabe 3.2017 Entscheidungskommentare 101 3. Zusammenfassung Als Kernaussagen lassen sich festhalten: Das AÜG gelangt (nur) zur Anwendung, wenn Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen werden und dessen Direktionsrecht unterliegen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, ist auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar. Dies jedenfalls, solange dieser ‚die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte.“<sup>16</sup>

<sup>3</sup> Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 99.

<sup>4</sup> Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 100; dazu auch Werner, Ist das AÜG auf Geschäftsführer anwendbar?, NZA 2023, 21.

<sup>5</sup> Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 100.

<sup>6</sup> Klötzer-Assion, Sich selbst überlassen?!, WiJ 3.2017, 98, 100; zum Thema auch: Zieglmeier, Pflegepersonalgestellung mittels zwischen-geschalteter Ein-Personen-Gesellschaften, GuP 2022, 177; Hördt, Änderungen im Statusfeststellungsverfahren und die jüngste Rechtsprechung zur Scheinselbstständigkeit und zu „Workation“, ArbR-Aktuell 2022, 273; Michael, Die Überlassung als Geschäftsführer – Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes? DStR 2018, 529; Uffmann, Aktuelle Fragen der Solo-Selbstständigkeit, RdA 2019, 360.

Aus Sicht der Criminal Compliance – einer Facette der Contractor Compliance – erschien bemerkenswert, dass nach Auffassung des 9. Senats des BAG auf Seiten des Entleihers keine (!) Verpflichtung zur Überprüfung der konkreten Rechtsbeziehung zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Verleiher bestand. Weder, so der Senat, liege in der Konstruktion ein institutioneller Rechtsmissbrauch in Form der Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten, noch stelle die Zwischenschaltung der T. GmbH ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Letztlich sollte die Gründung der GmbH nicht auf Umgehung ausgerichtet gewesen sein.

## II. BSG Urteil vom 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R

In eine andere Richtung geht erwartungsgemäß die noch nicht veröffentlichte Entscheidung des 12. Senats des BSG vom 20.7.2023.

### 1. Sachverhalt laut Terminvorschau

Jüngst hatte der 12. Senat des BSG darüber zu entscheiden, ob sich die Tätigkeit einer natürlichen Person nach ihrem Gesamtbild nur deshalb nicht als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis darstellt, weil Verträge zwischen Auftraggeber und einer Kapitalgesellschaft bestehen, deren alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter die natürliche Person ist. Die Tätigkeiten waren jeweils nur von der natürlichen Person erbracht worden.

In allen dem 12. Senat des BSG zur Entscheidung vorliegenden Fällen hatte die DRV ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt.

Abweichend von der unter I. beschriebenen und dem 9. Senat des BAG vorgelegenen Sachverhaltskonstellation war Vertragspartner eine UG, diese war nicht im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, und der Geschäftsführer hatte mit der UG einen Anstellungsvertrag geschlossen.

Hinweise auf den Sachverhalt enthielt die Terminvorschau zum Verhandlungstermin am 20.7.2023<sup>7</sup>:

„Der Kläger ist ausgebildeter Krankenpfleger sowie alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der zu 5. beigeladenen haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (UG). Unternehmensgegenstand ist unter anderem die selbstständige Erbringung von Pflegedienstleistungen im ambulanten und stationären Bereich. Eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt die UG nicht. Für die Tätigkeit als Geschäftsführer sieht der vom Kläger und der UG abgeschlossene Anstellungsvertrag ein monatliches Bruttogehalt von 500 Euro und eine Tantieme von 15 % des Jahresgewinns vor. Für konkrete Einsatzzeiträume im Jahr 2017 schloss die

UG als ‚Auftragnehmer‘ mit der zu 1. beigeladenen Trägerin eines Krankenhauses als ‚Auftraggeber‘ Dienstleistungsverträge über die eigenverantwortliche Planung, Durchführung, Dokumentation und Überprüfung von häuslicher/stationärer Kranken-/Altenpflege. Vereinbart war der Einsatz fachlich geeigneter und qualifizierter Personen zu einem Stundenhonorar von 36 Euro, ein außerordentliches Kündigungsrecht der UG bei Verhinderung des eigenen Personals und eine Weisungsfreiheit bei Durchführung der übertragenen Tätigkeiten. Während der vertraglich vereinbarten Einsatzzeiten war der Kläger die einzige ausgebildete Pflegefachkraft der UG; er wurde für die Beigeladene zu 1. auf einer ihrer Krankenhausstationen tätig.

Insoweit stellte die Beklagte die Versicherungspflicht des Klägers in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund Beschäftigung fest.

Das Sozialgericht hat die Verwaltungsentscheidung aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Bei den Dienstleistungsverträgen handele es sich nicht um Scheingeschäfte. Der Kläger sei dem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1. unterworfen und in deren Betriebsablauf eingegliedert gewesen. Der sozialversicherungsrechtlichen Statuszuordnung stehe ein zwischen zwei juristischen Personen des Privatrechts geschlossener Dienstleistungsvertrag nicht entgegen. Mit der Überlassung des Klägers als Pflegefachkraft habe seine Organstellung als Geschäftsführer der UG geendet.<sup>8</sup>

### 2. Entscheidung laut Terminbericht

Der 12. Senat des BSG entschied:

„Der Kläger unterlag in seiner Tätigkeit für die beigeladene Krankenhausträgerin in den streitigen Zeiträumen aufgrund Beschäftigung der Versicherungspflicht in der GRV sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Geschäftsinhalt der Vereinbarungen zwischen der UG und der Krankenhausträgerin war der weisungsgebundene Einsatz geeigneter Personen zur Krankenpflege allein im Interesse der Krankenhausträgerin und unter Eingliederung in die Organisation des Krankenhauses. Ein für eine selbstständige Werk- oder Dienstleistung erforderlicher unternehmerischer Gestaltungsspielraum kam der UG nicht zu. **Verpflichtet sich eine Ein-Personen-UG gegenüber einem anderen Unternehmen vertraglich zur Erbringung von Tätigkeiten, die ihrer Art nach eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des anderen Unternehmens und eine Weisungsgebundenheit an dortige Weisungsgeber bedingen, sind ausdrückliche ver-**

<sup>7</sup> [https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023\\_07\\_20\\_B\\_12\\_BA\\_01\\_23\\_R.html](https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023_07_20_B_12_BA_01_23_R.html).

<sup>8</sup> [https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023\\_07\\_20\\_B\\_12\\_BA\\_01\\_23\\_R.html](https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023_07_20_B_12_BA_01_23_R.html).

tragliche Vereinbarungen zwischen dem die Tätigkeit selbst ausführenden Gesellschafter-Geschäftsführer der UG und dem anderen Unternehmen zur Begründung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich. Vergleichbar dem Rechtsinstitut des fingierten Arbeitsverhältnisses nach § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG im Fall einer unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung bestimmt sich die rechtliche Beurteilung als Beschäftigung vielmehr anhand der Vereinbarungen zwischen der UG und dem anderen Unternehmen sowie der praktischen Durchführung dieses Vertrags.

Eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung scheidet aus, weil die UG weder über die erforderliche Erlaubnis noch über weitere qualifizierte Arbeitskräfte zur Erfüllung der übernommenen Tätigkeit verfügte. **Auf den Eintritt der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG infolge einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung kommt es nicht an, weil eine Beschäftigung nach § 7 SGB IV nicht das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags voraussetzt.** Nach der im Sozialversicherungsrecht herrschenden Eingliederungstheorie genügt grundsätzlich die tatsächliche Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.“ [Hervorhebung nicht im Original]<sup>9</sup>

### 3. Anmerkung der Verfasserin

Die Einordnung durch den 12. Senat des BSG kommt bei dieser Sachverhaltskonstellation nicht gerade überraschend. Fakt ist: mit vertraglicher oder gesellschaftsrechtlicher Gestaltung lassen sich sozialversicherungsrechtliche Vorgaben nicht aushebeln.<sup>10</sup>

ABER: Auch die Entscheidung des 12. Senats vom 20.7.2023 zur sozialversicherungsrechtlichen Seite macht in Bezug auf das Straf- und Bußgeldrecht die Frage nach der Intention der Vertragsparteien nicht entbehrlich!

Mit Blick auf erhebliche straf- und bußgeldrechtliche Konsequenzen bei Statusverfehlungen<sup>11</sup> ist einmal mehr für Verteidiger und Berater in Angelegenheiten der besprochenen Art von Bedeutung, dass es im **Vorfeld sehr wohl divergierende (und schwer verständliche!) Entscheidungen der Landessozialgerichte** gegeben hatte – mit entsprechender Auswirkung auf die – laienhafte – Vorstellungsbildung beim Rechtsunterworfenen und damit auf die Bildung eines Tatvorsatzes in Abgrenzung von leichtfertiger oder gar einfach fahrlässiger bis unverschuldeter Statusverfehlung.

Dass der GKV-Spitzenverband Berlin, Deutsche Rentenversicherung Bund, Berlin und Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg schon 2010 festhielt

„Ist der Auftraggeber eine rechtsfähige Personengesellschaft (z. B. OHG, KG, GmbH & Co. KG, Partnerschaftsgesellschaft, GbR), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber im Regelfall aus. Dies gilt jedoch nicht, wenn im Einzelfall die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung mit entsprechender Weisungsgebundenheit gegenüber den Merkmalen einer selbstständigen Tätigkeit überwiegen. Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich bei

dem Auftragnehmer um eine Ein-Personen-Gesellschaft (z. B. Ein-Personen-GmbH bzw. Ein-Personen-Limited) handelt. Insbesondere bei typischen Beschäftigungsverhältnissen – wie beispielsweise bei den nicht programmgestaltenden Mitarbeitern in der Film- und Fernsehproduktion – kann die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-Limited nicht zur Umgehung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses führen. Beurteilt nach den maßgebenden tatsächlichen Verhältnissen sind diese Personen vielmehr weisungsgebunden in die Arbeitsorganisation der Unternehmen eingegliedert. Arbeitnehmer kann – anders als ein Arbeitgeber – ausschließlich eine natürliche Person sein, so dass die Gründung einer Ein-Personen-GmbH oder Ein-Personen-Limited in diesen Fällen sozialversicherungsrechtlich ins Leere geht.“<sup>12</sup>

ändert daran nichts.

Auf folgende Urteile aus jüngerer Zeit soll hingewiesen sein:

#### a. **Sächsisches LSG, Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19 (Sozialversicherungspflicht bejaht)**

Das Sächsische LSG hatte z. B. im Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19 zum Einsatz eines alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer einer UG entschieden,

„Der Kläger unterlag im Rahmen der vereinbarungsgemäßen Erfüllung der Pflegediensttätigkeit einem – im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinerten – Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 nach Ort, Zeit, Dauer und Inhalt der Arbeitsleistung und war in einer seine Tätigkeit prägenden Weise in den Betriebsablauf der Beigeladenen zu 1 eingegliedert. Die in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV genannten Anhaltspunkte der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander noch müssen sie stets kumulativ vorliegen (BSG, Urteil vom 19. Oktober 2021 – B 12 R 10/20 R – juris, Rn. 24).“<sup>13</sup>

Im Leitsatz bringt das Sächsische LSG klar zum Ausdruck:

„Mit Antritt der Beschäftigung als stationäre Pflegefachkraft im Krankenhaus der GmbH beendete der Kläger faktisch seine Organstellung als Geschäftsführer der UG, da er sich vollständig dem Weisungsrecht der gesamtverantwortlichen

<sup>9</sup> [https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023\\_07\\_20\\_B\\_12\\_BA\\_01\\_23\\_R.html](https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2023/2023_07_20_B_12_BA_01_23_R.html).

<sup>10</sup> Stück, Sozialversicherungspflicht – Scheinselbstständigkeit bei Ein-Personen-Kapitalgesellschaft, CCZ 2023, 257.

<sup>11</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold – Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 2. Auf. 2023, 4. Teil, Kapitel 4.

<sup>12</sup> Niederschrift zum Besprechungsergebnis der Spitzenverbände (GKV-Spitzenverband Berlin, Deutsche Rentenversicherung Bund, Berlin und Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg) vom 13.04.2010, Rn. 43, 44, abrufbar unter: [https://www.informationsportal.de/wp-content/uploads/document\\_\\_1085\\_\\_2010-04-13-14.pdf](https://www.informationsportal.de/wp-content/uploads/document__1085__2010-04-13-14.pdf).

<sup>13</sup> Sächsische LSG Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19, abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/node/172694>.



GmbH unterordnete und sich in deren fremdbestimmten organisatorischen Rahmen und deren Betriebsabläufe eingliederte.<sup>14</sup>

**b. Hessisches LSG, Urteil vom 18.11.2021 – L 1 BA 25/21 (Sozialversicherungspflicht verneint)**

Abweichend hatte das Hessische LSG im Urteil vom 18.11.2021 – L 1 BA 25/21 geurteilt:

„Ob die Tätigkeit des Klägers in dem von der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 betriebenen Krankenhaus in Dieburg als abhängige Beschäftigung bei eben dieser zu bewerten ist, hängt jedoch vorliegend davon ab, welche rechtliche Bedeutung der Tatsache zukommt, dass die maßgeblichen Dienstleistungsvereinbarungen mit der Beigeladenen zu 5 und nicht mit dem Kläger direkt geschlossen worden sind. Grundsätzlich gilt, dass der Kläger – soweit er **nicht Vertragspartei** der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 gewesen ist – zu dieser auch nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden haben kann.

Die Dienstleistungsvereinbarungen weisen die Beigeladene zu 5 als Auftragnehmer aus. Allerdings enthalten diese Vereinbarungen Formulierungen, die für eine GmbH als Auftragnehmerin unpassend sind. Dies gilt insbesondere für die §§ 2 Abs. 2, 8 und 10. Diese unpassenden Formulierungen führen jedoch nicht dazu, dass – anstelle der Beigeladene zu 5 – von dem Kläger als Vertragspartei (Auftragnehmer) auszugehen ist.

**Die auch im Sozialversicherungsrecht zu beachtende jeweils eigenständige Rechtssubjektivität von natürlicher und juristischer Person gebietet ihre Unterscheidung auch in ihrer Beziehung zueinander. Bei der Prüfung der Frage, wer ‚Auftraggeber‘ im Sinne von § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI der jeweiligen selbstständig erwerbstätigen natürlichen Person ist, kommt nicht in Betracht, die Rechtspersönlichkeit beteiligter juristischer Personen ‚hinwegzufingieren‘ und anschließend das Resultat dieser Vorgehensweise allein der natürlichen Person zuzuordnen** (s. BSG, Urteil vom 24.11.2005, B 12 RA 1/04 R, juris Rn. 15 f.).

Es besteht verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich auch im hieran anknüpfenden Sozialrecht vielmehr eine grundsätzliche Verpflichtung, die vom bürgerlichen Recht gewährleistete und ausgestaltete eigenständige Existenz und Handlungsfähigkeit juristischer Personen rechtlich zu Grunde zu legen. Die Existenz und Vielfalt der Erscheinungsform juristischer Personen sind Ausdruck der grundsätzlichen Verpflichtung des Gesetzgebers aus Art. 9 Abs. 1 GG, das Vereins- und Gesellschaftsrecht so auszugestalten, dass ein Ausgleich von freier Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens und schutzwürdiger sonstiger Belange gewährleistet ist. Die auf dieser Grundlage ermöglichte inländische juristische Person ist rechtsfähig und nimmt gleichwertig mit den natürlichen Personen am Rechtsleben teil. Sie hat aus Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG einen grundsätzlichen – wenn auch nicht schematischen – Anspruch auf Gleichbehandlung mit natürlichen Personen und kann sich

daneben unter anderem auf die Grundrechte aus Art. 5 GG und Art. 14 GG sowie insbesondere auf das Grundrecht der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen (BSG, a.a.O., Rn. 19 mwN). Dem entspricht einfachgesetzlich die selbstständige Inhaberschaft von Rechten und Pflichten der GmbH (§ 13 Abs. 1 GmbHG) sowie die – grundsätzliche – Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). **Über die Rechtsfigur der juristischen Person darf nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden. Dies gilt ebenso für die rechtliche Verschiedenheit zwischen der – seit der GmbH-Novelle des Jahres 1980 (Gesetz vom 04.07.1980, BGBl I 836) ausdrücklich (z. B. § 1 GmbHG) geregelten – Ein-Personen-GmbH und ihrem Alleingesellschafter, die nur in besonderen Ausnahmefällen durchbrochen werden darf** (BSG, a.a.O., Rn. 20 mwN).<sup>15</sup> [Hervorhebung nicht im Original]

Das Hessische LSG stützte sich auf eine Entscheidung des 12. Senats des BSG vom 24.11.2005<sup>16</sup>, die jedoch einen etwas anderen Hintergrund hatte. Es ging im damaligen Entscheidungsfall um die Frage, ob der nicht in einem Anstellungsverhältnis mit der Ein-Mann-GmbH stehende Alleingesellschafter und Geschäftsführer (Konstellation wie oben unter I.) nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sozialversicherungspflichtig ist, nämlich als Solo-Selbständiger mit nur einem Auftraggeber ohne eigene Arbeitnehmer.

Nach § 2 SGB VI sind Selbständige versicherungspflichtig, die regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer oder im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind; bei Gesellschaften gelten als Auftraggeber die Auftraggeber der Gesellschaft, § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI.

Der Kläger hatte geltend gemacht, § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sei auf juristische Personen – hier die UG, die Vertragspartner ist – nicht anwendbar. Der Kläger war als Geschäftsführer im maßgeblichen Verhältnis zu „seiner“ GmbH nicht abhängig beschäftigt.

Der 12. Senat des BSG hielt hierzu fest:

„Der als Rechtsgrundlage für die Versicherungspflicht des Klägers in seiner Tätigkeit für die GmbH danach allein in Betracht kommende § 2 Nr 9 SGB VI begründete zunächst idF durch Art 3 Nr 4 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (BGBl I 3843) Versicherungspflicht ab dem 1. Januar 1999 für selbstständig tätige Personen, die im Zusammenhang ihrer selbstständigen Tätigkeit mit Aus-

<sup>14</sup> Sächsische LSG Urteil vom 15.11.2022 – L 9 BA 38/19, abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/node/172694>; ebenfalls mit Feststellung einer sozialversicherungspflichtigen, abhängigen Beschäftigung einer Pflegekraft: LSG Berlin und Brandenburg Urteil vom 11.3.2020 – L 9 KR 132/16.

<sup>15</sup> Hessisches LSG Urteil vom 18.11.2021 – L 1 BA 25/21, Rn. 40 zitiert nach openjur.

<sup>16</sup> BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

nahme von Familienangehörigen (§ 7 Abs 4 Satz 3 SGB IV) keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen sowie regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind (sog arbeitnehmerähnliche Selbstständige). Durch Art 2 Nr 1 Buchst a des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl 2000 I 2) wurde § 2 (nunmehr Satz 1) Nr. 9 SGB VI in der Weise rückwirkend zum 1. Januar 1999 geändert, dass selbstständig tätige Personen versicherungspflichtig sind, die a) im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 630 Deutsche Mark im Monat übersteigt, und b) auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind (vgl zur Begründung BT-Drucks 14/1855 S 8 f). Seit-her sind Änderungen nur noch hinsichtlich der Entgeltgrenze in Buchst a erfolgt (vgl Art 7 Nr 2 4. Euro-Einführungsgesetz vom 21. Dezember 2000, BGBl I 1983, und Art 4 Nr 1 Buchst a Buchst bb des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002, BGBl I 4621).<sup>17</sup>

§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, so der 12. Senat, regele allein die Versicherungspflicht natürlicher Personen. **Dieser Umstand schließe es „gleichzeitig von vornherein aus, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI zunächst auch in Bezug auf eine juristische Person zu prüfen**, um dann die Rechtsfolge der Versicherungspflicht bei einer beteiligten natürlichen Person eintreten zu lassen (vgl in diesem Sinne aber etwa Brand, DB 1999, 1162, 1168). Vielmehr gebietet die auch im Sozialversicherungsrecht zu beachtende jeweils eigenständige Rechtssubjektivität von natürlicher und juristischer Person ihre Unterscheidung auch in ihrer Beziehung zueinander.<sup>18</sup>

Die Versicherungspflicht des Klägers in seiner selbstständigen Tätigkeit sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil er als Geschäftsführer für die GmbH tätig ist.

Für die Frage, wer Auftraggeber der jeweiligen selbstständig erwerbstätigen natürlichen Person i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sei, könne die Rechtspersönlichkeit beteiligter juristischer Personen nicht „hinwegfingiert“ werden.

Die Ergebnisse der selbstständigen Tätigkeit des Klägers, die dieser als deren Erfüllungsgehilfe und ohne eigene Arbeitnehmer gegenüber Dritten erbringe, so der 12. Senat, kämen dauerhaft und allein der GmbH zugute.

Fazit: Diese sei „damit der allein in Betracht kommende ‚Auftraggeber‘ im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI. Darauf, mit welchen und wie vielen Partnern der Auftraggeber seinerseits gleichzeitig in wirtschaftlichem und/oder rechtlichem Kontakt steht, kommt es demgegenüber nicht an. Insofern fehlt es an der erforderlichen Rechtsgrundlage für eine Zuordnung, die im Einzelfall die unterschiedliche Rechtssubjektivität überbrücken könnte.

Im Gegenteil besteht verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich auch im hieran anknüpfenden Sozialrecht eine grundsätzliche Verpflichtung, die vom bürgerlichen Recht gewährleistete und ausgestaltete eigenständige Existenz und Handlungsfähigkeit juristischer Personen rechtlich zu Grunde zu legen. Eine spezialgesetzliche Ermächtigung, von den vom Parlaments-Gesetzgeber mit Schaffung des GmbHG getroffenen grundsätzlichen Wertungen abzuweichen, fehlt. Die abweichende Auffassung kann sich auch nicht etwa auf eine entsprechende richterliche Rechtsfortbildung durch das BSG berufen. Insbesondere beruht die Rechtsprechung des BSG zur selbstständigen Tätigkeit des sog Gesellschafter-Geschäftsführers nicht auf der fehlenden Anerkennung der Eigenständigkeit der GmbH als juristischer Person.<sup>19</sup>

Das heißt: Der nicht bei der GmbH angestellte alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer ist im Verhältnis zur eigenen GmbH nicht sozialversicherungspflichtig (abhängig) beschäftigt. Er ist nach der Rechtsprechung des BSG Selbständiger i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI als natürliche Person. Einziger Auftraggeber im Sinne der die Versicherungspflicht des Selbstständigen begründenden Norm sei die GmbH.

### III. Ausblick

„Bleibt alles anders“<sup>20</sup>! Nichts ist gewiss!

Es genügt nicht, im Rahmen der Contractor Compliance nur einen rechtlichen Standpunkt einzunehmen. Es sind die arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen, straf- und bußgeldrechtlichen Hintergründe ebenso zu beleuchten, wie steuerliche Implikationen von Vertragsgestaltungen – ganz zu schweigen vom Haftungsrisiko für Organe von Unternehmen.

<sup>17</sup> BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, II. 1. a, b), abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

<sup>18</sup> BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, II. 1. c), abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

<sup>19</sup> BSG Urteil vom 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, II. 1. c), abgerufen unter: <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/25915?modul=esgb&id=25915>.

<sup>20</sup> „Bleibt alles anders“ ist das zehnte Studioalbum des deutschen Rockmusikers Herbert Grönemeyer. Es wurde am 17. April 1998 bei Grönland Records veröffentlicht. Es war das erste deutschsprachige Studioalbum des Künstlers nach fünf Jahren, [https://de.wikipedia.org/wiki/Bleibt\\_alles\\_anders](https://de.wikipedia.org/wiki/Bleibt_alles_anders).

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

## Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht

### I. Strafprozessrecht

#### 1. Kein wirksamer Strafantrag per einfacher Email – § 158 StPO

Für ein Dokument, das schriftlich abzufassen, zu unterschreiben oder zu unterzeichnen ist, schreibt § 32a Abs. 3 StPO vor, dass es als elektronisches Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden muss. Diese Vorgabe gilt auch für Strafanträge, wenn sie als elektronisches Dokument eingereicht werden. Ein mittels „einfacher“ Email gestellter Strafantrag erfüllt nicht die geltenden Formvorschriften mithin nicht, selbst wenn die Nachricht zwischen dienstlichen Postfächern zweier Behörden verschickt wurde.

BGH, Beschluss vom 12.05.2022 – 5 StR 398/21, ZlInO 2022, 2192

Zu der Entscheidung s. Greier, jurisPR-StrafR 17/2022 Anm. 1.

#### 2. Beschlagnahme von Unterlagen bei einem im Zivilverfahren tätigen Anwalt – § 97 StPO

Steht die Tätigkeit eines Anwalts dergestalt in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Ermittlungsverfahren, dass der Sachverhalt des vorgreiflichen (Zivil-)Verfahrens und damit auch das Prozessverhalten, die Beratung und Kommunikation mit dem Rechtsanwalt zwangsläufig ein etwaig drohendes – etwa ein für den Beschuldigten unbekanntermaßen bereits laufendes – Strafverfahren berücksichtigen muss, so kann diese Verquickung einen Kommunikations- und Beschlagnahmeschutz begründen. Ein derartiger Beschlagnahmeschutz ist jedenfalls dann angezeigt, wenn der Berufsangehörige zum Zeitpunkt der Kommunikation mit der Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen objektiv nachvollziehbar gerechnet hat. Denn der aus der Doppelrelevanz für das Zivil- und das Strafverfahren folgende objektive Zusammenhang zum laufenden Ermittlungsverfahren wird durch das Hinzutreten der Kenntnis hierüber auch in subjektiver Hinsicht hinreichend verteidigungsbezogen und schlägt somit auf den betreffenden Kommunikationsvorgang durch. Dies entspricht der – gleichermaßen schutzwürdigen – Anbahnung einer Verteidigung.

LG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 07.04.2022 – 22 Qs 8/22, ZWH 2022, 302

Zu der Entscheidung s. zust. Travers/Kreis, jurisPR-Compl 3/2022 Anm. 3, Oesterle/Tute, NZWiSt 2022, 455, sowie Pelz/Riederer, ZWH 2022, 273.

#### 3. Überprüfung eines Insolvenzantrags der Staatsanwaltschaft – § 111i StPO

Die Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft kann nach § 23 EGGVG nur mit der schlüssigen Behauptung angegriffen werden, der Behörde sei nach § 111i Abs. 2 StPO die Stellung dieses Antrags versagt gewesen. Alle anderen Maßnahmen der Vollstreckungsbehörde unterliegen der spezielleren Vorschrift des § 459o StPO, mit der Folge, dass dafür hier nicht das OLG zuständig ist, sondern sich die Zuständigkeit des Gerichts nach §§ 462, 462a StPO richtet. Die Vorschrift des § 459o StPO schließt in ihrem Anwendungsbereich die §§ 23 ff. EGGVG aus.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.08.2022 – 302 AR 16/22, ZlInO 2022, 2266

Zu der Entscheidung s. die Anmerkung von Seeger, ZlInO 2022, 2267. Grundlegend zu der Problematik BGH, Beschluss vom 10.06.2020 – 5 ARs 17/19, ZlInO 2020, 1648; zu der Entscheidung s. Bittmann, ZWH 2020, 265, sowie Kölner, NZI 2020, 815.

#### 4. Herausgabe von im Strafverfahren sichergestellten Sachen an den Insolvenzverwalter – § 111n StPO

Eine sichergestellte Sache, die für Zwecke des Strafverfahrens nicht mehr benötigt wird, wird grundsätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber herausgegeben. Abweichend hiervon wird die Sache gemäß § 111n Abs. 3 StPO einem Dritten ausgehändigt, wenn der Herausgabe an den Gewahrsamsinhaber der Anspruch des Dritten entgegensteht und dieser bekannt ist. Sie erfolgt jedoch nur, wenn ihre Voraussetzungen offenkundig sind. Die Offenkundigkeit setzt voraus, dass der Berechtigte aufgrund der Aktenlage feststeht oder er seine Berechtigung nachweist. Die Frage der Offenkundigkeit ist anhand aller im Entscheidungszeitpunkt vorhandenen Beweismittel zu beurteilen.

OLG Hamm, Beschluss vom 30.08.2022 – III-5 Ws 231/22, NZI 2022, 914

#### 5. Nichteignung für Adhäsionsverfahren – § 406 StPO

Das Gericht kann gemäß § 406 Abs. 1 Satz 4 StPO von einer Entscheidung absehen, wenn sich der Antrag auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Antragstellers zur Erledigung im Strafverfahren nicht eignet. Auch bei Wirtschaftsstrafverfahren müssen in diesem Zusammenhang das Interesse der Geschädigten, ihre Ansprüche in einem Adhäsionsverfahren geltend zu machen, die Interessen des Staates, seinen Strafanspruch möglichst effektiv zu verfolgen, sowie das Interesse des Angeklagten an einem fairen und schnellen Verfahrenfortgang miteinander abgewogen werden. Als Nichteignungsgrund kommt insbesondere eine erhebliche Verfahrensverzögerung in Frage, die über übliche und vom Gesetzgeber in Kauf genommene Verfahrensverlängerungen etwa bei der Beweisaufnahme oder der richterlichen Beratung hinausgehen.

LG Berlin, Beschluss vom 01.11.2021 – 536 Kls 5/21, wistra 2022, 480



Zur Ablehnung eines Adhäsionsantrags durch das Gericht, s. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 29.07.2005 – 1 Ws 92/05, wistra 2006, 37. Zum Adhäsionsverfahren als mögliches Mittel zur Massemehrung allgemein bereits Weyand, ZInsO 2013, 865. Zur Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters s. grundlegend BGH, Beschluss vom 26.10.2021 – 4 StR 145/21, ZInsO 2021, 2740.

## II. Materielles Strafrecht

### 1. Vollständige Vernichtung eines aus einer rechtswidrigen Tat stammenden Gegenstands und Geldwäsche – § 261 StGB

Die vollständige Vernichtung eines aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Beziehungsgegenstandes mit der Folge der Vereitelung seiner Einziehung erfüllt den Tatbestand der Geldwäsche nicht, da die Vorschrift der Pönalisierung von Verhaltensweisen dient, welche darauf abzielen, inkriminierte Gegenstände unter Verdeckung ihrer Herkunft in den Finanz- und Wirtschaftskreislauf einzuschleusen, nicht, ihm diese zu entziehen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 20.06.2022 – 1 Ss 30/22, wistra 2022, 394

Zu der Entscheidung s. Findeisen, WuB 2022, 543. Allgemein zu § 261 StGB s. aktuell Bittmann, NStZ 2022, 577.

### 2. Strafbarkeit des „AGG-Hopping“ – § 263 StGB

Die klageweise Geltendmachung von Entschädigungsforderungen kann als Betrug strafbar sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der Anspruchsteller damit gerechnet hat, dass durch sein Vorbringen im Prozess die auf der Gegenseite auftretende Person getäuscht und irrtumsbedingt zu einer selbstschädigenden Vermögensverfügung veranlasst wird. Wird im Prozess der Einwand des Rechtsmissbrauchs erhoben und wird insoweit behauptet, der Kläger habe sich nur zum Schein beworben, um eine Entschädigung verlangen zu können, liegt eine Täuschung durch eine ausdrückliche Erklärung insbesondere dann vor, wenn der Kläger dieses Vorbringen explizit bestritten und sich nicht nur auf die Beweislastregeln zurückgezogen hat. Dies gilt auch dann, wenn der Angeklagte im Prozess schriftsätzlich hat vortragen lassen, er habe sich subjektiv ernsthaft beworben.

BGH, Beschluss vom 04.05.2022 – 1 StR 3/21, NJW 2022, 3165

Zu der Entscheidung s. Henckel, jurisPR-StrafR 22/2022 Anm. 1, Rettenmaier/Lentz, jurisPR-Compl 6/2022 Anm. 4, sowie Heintschel-Heinegg, JA 2022, 1047.

### 3. Untreue eines Rechtsanwalts und Steuerpflicht bei nicht ausgekehrten Mandantengeldern

Leitet der Rechtsanwalt pflichtwidrig dem Mandanten oder einem Dritten zustehende Gelder nicht weiter, sondern belässt sie auf seinem Geschäftskonto, verwirklicht er den Tatbestand der Untreue durch Unterlassen (§ 13 StGB). Verwendet er das Geldes darüber hinaus zu eigenen Zwecken

oder leugnet er den Zahlungseingang, kann auf diese Einzelhandlungen abzustellen sein, die dann als aktives Tun zu werten sind. Das (bloße) Nichtweiterleiten nach jedem Zahlungseingang führt zur unter dem Aspekt der Untreue zur Tatmehrheit (§ 53 StGB), da der Rechtsanwalt verpflichtet ist, für seine Leistungsfähigkeit jeweils zu den verschiedenen Zahlungszeitpunkten Sorge zu tragen. Veruntreute Gelder erlangt der Rechtsanwalt weder als Gegenleistung für eine Leistung im Rahmen der freiberuflichen Tätigkeit noch innerhalb seiner gewerblichen Betätigung; sie unterliegen daher nicht der Steuerpflicht.

BGH, Beschluss vom 03.05.2022 – 1 StR 10/22, ZInsO 2022, 1496

Zur fehlenden Steuerpflicht bei derartigen Fällen vgl. BFH, Urteil vom 16.12.2014 – VIII R 19/12, ZWH 2015, 231, sowie BFH, Urteil vom 29.09.2020 – VIII R 14/17, NJW 2021, 1038. S. auch Steinhaff, jurisPR-SteuerR 30/2015 Anm. 1, sowie Jachmann-Michel, jurisPR-SteuerR 18/2021 Anm. 3.

### 4. Untreue eines Rechtsanwalts und Feststellung des Schadens – § 266 StGB

Ein dem betreuten Vermögen zugefügter Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ist jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße, die exakt zu bestimmen und zu beziffern ist. Die Vermögensminderung ist dabei nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen; maßgeblich ist der unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmende Vergleich der Vermögenswerte unmittelbar vor und nach der pflichtwidrigen Verhaltensweise zu Lasten des betroffenen Vermögens. Ein Rechtsanwalt, der sich zur Weiterleitung bestimmte, ihm in diesem Sinne anvertraute Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt, bewirkt jedenfalls dann einen Vermögensschaden zu Lasten seines Mandanten, wenn er mit diesen Buchgeldern eigene Verbindlichkeiten begleicht, es sei denn, er ist uneingeschränkt dazu bereit und jederzeit fähig, diese Fehlbeträge aus eigenen flüssigen Mitteln auszugleichen und entsprechende Beträge an seinen Mandanten auszukehren. Nimmt ein Rechtsanwalt im Rahmen eines ihm von einer Insolvenzverwalterin erteilten Mandats die Überweisung eines im Vergleichsweg mit einer Schuldnerin vereinbarten Geldbetrages entgegen, obwohl die Zahlung mangels Geldempfangsvollmacht keine Erfüllungswirkung hat, und verfügt er anschließend eigennützig über den erlangten Betrag, kann hierin dann eine strafbare Untreue liegen, wenn die mit der Einziehung der Forderung betraute Auftraggeberin das Einziehen der Forderung genehmigt; ein Herausgabeanspruch der Insolvenzmasse entsteht dann aus dem anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag. Die Entgegennahme von überzahlten Kosten durch den prozessführenden Rechtsanwalt ist regelmäßig auch Gegenstand der beauftragten Rechtsbesorgung; bei den eingehenden Beträgen handelt es sich um Vermögen des Mandanten, auf das sich der Herausgabeanspruch aus dem Mandat erstreckt.

BGH, Beschluss vom 22.09.2022 – 1 StR 171/22, ZInsO 2022, 2022

Nach ständiger Rechtsprechung macht sich ein Rechtsanwalt wegen Untreue strafbar, wenn er Fremdgelder für eigene Zwecke, insbesondere zur Erfüllung bestehender persönlicher

Verbindlichkeiten verwendet, BGH, Urteil vom 30.10.1985 – 2 StR 383/85, wistra 1986, 71. Gleiches gilt, wenn er von vornherein nicht den Willen hat, eingegangene Fremdgelder bestimmungsgemäß weiterzuleiten, OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.08.1989 – 1 Ws 60/89, NStZ 1990, 82. Ist das Konto des Anwalts nicht überzogen, sind dort aber keine ausreichenden Geldmittel vorhanden, um den eingegangenen Fremdgeldbetrag unverzüglich und vollständig auszukehren, liegt hierin i.d.R. eine schon strafbare Vermögensgefährdung. Dies gilt vor allem, wenn von dem Konto auch anderweitige Verbindlichkeiten bedient werden, z. B. Mieten oder Gehaltszahlungen, BGH, Beschluss vom 26.11.2019 – 2 StR 588/18, ZInsO 2020, 1071, oder aber wegen (konkret) drohender Vollstreckungsmaßnahmen mit Zugriffen von dritter Seite zeitnah zu rechnen ist; OLG Hamm, Beschluss vom 14.07.2009 – 2 Ss 197/09, wistra 2010, 76. Eine Vermögensgefährdung scheidet aus, wenn der Rechtsanwalt über anderweitige Geldmittel verfügt, die er zur Gewährleistung einer vollständigen Weiterleitung der vereinnahmten Fremdgelder bereithält und im Bedarfsfalle zu diesem Zweck auch verwenden will; BGH, Beschluss vom 29.01.2015 – 1 StR 587/14, wistra 2015, 232. Ein vorhandener nicht ausgeschöpfter Dispositionskreditrahmen schließt die Strafbarkeit dabei nicht aus, BGH, Urteil vom 06.04.1982 – 5 StR 8/82, wistra 1982, 150. Hat der Täter einen Geldanspruch gegen das von ihm verwaltete Vermögen, so fehlt es an einem untreuerelevanten Schaden, wenn er über das Vermögen in entsprechender Höhe zu eigenen Gunsten verfügt. Es gilt das Prinzip der Gesamtsaldierung, weil die Tathandlung selbst zugleich einen den Verlust aufwiegenden Vermögenszuwachs begründet. Honoraransprüche eines Rechtsanwalts können im Zusammenhang mit der zweckwidrigen Verwendung von Mandantengeldern daher grundsätzlich einen von § 266 StGB erfassten Nachteil ausschließen, so die ständige Rechtsprechung des BGH; s. nur BGH, Beschluss vom 26.11.2019 – 2 StR 588/18, ZInsO 2020, 1071.

#### **5. Voraussetzungen der gewerbsmäßigen Untreue – §§ 266 Abs. 1, 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB**

Gewerbsmäßiges Handeln i.S.d. §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB setzt nicht voraus, dass der Täter seinen Lebensunterhalt allein oder auch nur überwiegend durch die Begehung von Straftaten bestreitet. Die Indizwirkung eines verwirklichten Regelbeispiels kann durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden, die für sich allein oder in ihrer Gesamtheit so schwer wiegen, dass die Anwendung des Strafrahmens für besonders schwere Fälle unangemessen erscheint; dies kann bspw. bei lange zurückliegenden Taten zu berücksichtigen sein. Konsequenzen einer Verurteilung, die den Verlust der beruflichen und wirtschaftlichen Basis nach sich ziehen, sind strafmildernd zu berücksichtigen. Dies gilt auch, wenn die verhängte Sanktion nach § 6 Abs. 2 GmbHG die Inhabilität für eine weitere Tätigkeit als Organ einer Gesellschaft zur Folge hat.

BGH, Beschluss vom 28.06.2022 – 6 StR 511/21, ZInsO 2022, 1740  
Zu der Entscheidung s. Brand, GmbHR 2022, 1033.

#### **6. Verheimlichen von Vermögensgegenständen und Bankrott – § 283 StGB**

Die Strafbarkeit des Verheimlichens von Vermögensgegenständen hängt vom Bestehen einer Offenbarungspflicht ab, die ihre Grundlage in §§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 3 Satz 3, 97 Abs. 1 InsO hat, wobei die Obliegenheit grundsätzlich mit der Erlangung der Kenntnis vom Vorhandensein des Vermögensgegenstandes entsteht. Verheimlichen ist jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis des Insolvenzverwalters oder der Gläubiger entzogen wird. Verheimlichen kann daher sowohl durch falsche Angaben als auch durch Unterlassen (Verschweigen) bei Verletzung einer Auskunft- oder Anzeigepflicht verwirklicht werden. Der Tatbestand des § 283 StGB findet auch auf Verbraucherinsolvenzen Anwendung.

BayObLG, Beschluss vom 04.05.2022 – 203 StRR 50/22, ZInsO 2022, 2134

#### **7. Abgrenzung Bankrott zur Gläubigerbegünstigung – §§ 283, 283c StGB**

Soweit eine Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung nach § 283c Abs. 1 StGB vorliegt, verdrängt und sperrt diese als *lex specialis* die regelmäßig ebenfalls einschlägige Bankrottstrafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Gläubiger im Sinne des § 283c Abs. 1 StGB ist jeder Inhaber eines vermögensrechtlichen Anspruchs gegen den Schuldner; dies gilt auch für denjenigen, der den Anspruch erst nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erlangt. Eine inkongruente Deckung i.S.d. § 283c StGB liegt vor, wenn der Gläubiger den Vorteil nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat. Nicht in der Art besteht der Anspruch vor allem bei Leistungen an Erfüllung statt oder erfüllungshalber; gilt auch, wenn der Schuldner einen Drittschuldner zur Zahlung an einen bestimmten Gläubiger zum Zwecke der Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit veranlasst.

BGH, Beschluss vom 22.06.2022 – 2 StR 353/21, ZInsO 2022, 2580

#### **8. „Firmenbestattung“ als Bankrott; Beihilfe eines Rechtsanwalts – §§ 27, 283 StGB**

Maßnahmen, die im Rahmen von „Firmenbestattungen“ vorgenommen werden, sind als Verschleierung der wirklichen geschäftlichen Verhältnisse i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 8, 2. Alt. StGB anzusehen. Weiß ein Rechtsbeistand positiv um die Insolvenzreife eines Unternehmens, rät dem Gesellschaftsorgan aber in Kenntnis der beabsichtigten „Firmenbestattung“ dennoch zur Missachtung der gesetzlichen Insolvenzantragsfrist, liegt in seiner Tätigkeit keine berufstypische „neutrale“ Handlung, sondern eine strafbare Beihilfe, weil ihm bewusst ist, dass der so Beratene Insolvenzstrafataten begehen wird.

BGH, Beschluss vom 09.06.2022 – 5 StR 407/21, ZInsO 2022, 1796  
Zu der Entscheidung s. Brand, NZG 2022, 1408, sowie Knieirim, FD-StrafR 2022, 451327. Zur Strafbarkeit berufstypischer

Handlung unter dem Gesichtspunkt der „professionellen Ad-äquanz“ vgl. grundlegend bereits BGH, Urteil vom 14.07.2000 – 3 StR 454/99, wistra 2000, 459. Zur Berechtigung des Verteidigers, seinen Mandanten über drohende Zwangsmaßnahmen zu informieren, s. OLG Jena, Beschluss vom 18.01.2022 – 1 Ws 487/21, NStZ 2022, 447.

### 9. Steuerhinterziehung aufgrund des Verschweigens von Einkünften in der Einkommensteuererklärung – § 370 AO

Hat der Angeklagte bestimmte Einkünfte in seiner Einkommensteuererklärung verschwiegen, liegt in seiner späteren Angabe, er hätte in einem anderen Steuerjahr – tatsächlich nur erfundene – Einkünfte in gleicher Höhe erzielt, weder eine strafbefreiende Selbstanzeige noch ist das strafmildernd zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 04.05.2022 – 12 Ns 508 Js 2272/20, wistra 2022, 528

## III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

### 1. Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit einer englischen Limited – § 15a InsO

§ 15a Abs. 3 InsO ist auf eine englische Limited nicht anwendbar.

KG, Urteil vom 10.08.2022 – (4) 161 Ss 104/22 (115/22), ZInsO 2022, 1860

Zu der Entscheidung s. Brand, GmbHR 2022, 1138, sowie Brzoza, jurisPR-InsR 19/2022 Anm. 3.

### 2. Verwirkung der Vergütung eines Insolvenzverwalters – §§ 64 InsO, 654 BGB

Der Insolvenzverwalter kann seinen Vergütungsanspruchs verirken, wenn er Pflichtverletzung in Parallelverfahren nicht offenbart.

BGH, Beschluss vom 15.08.2022 – IX ZB 19/21, ZInsO 2022, 2191

Zu der Entscheidung s. die zust. Anmerkung von Weyand, ZInsO 2022, 2386, sowie Buck, FD-InsR 2022, 452036.

### 3. Verwirkung der Vergütung eines Insolvenzverwalters – §§ 64 InsO, 654 BGB

Ein Insolvenzverwalter verirkt seinen Anspruch auf Vergütung, wenn er vorsätzlich oder grob leichtfertig die ihm obliegenden Treuepflicht so schwerwiegend verletzt, dass er sich seines Lohns „unwürdig“ erweist. Ein solcher Fall liegt namentlich dann vor, wenn der Insolvenzverwalter schwerwiegende Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse begangen hat. Hat ein Insolvenzverwalter in einem Insolvenzverfahren eine Untreue zum Nachteil der

Masse begangen, hat er seinen Anspruch auf Vergütung verwirkt.

BGH, Beschluss vom 15.08.2022 – IX ZB 17/21, ZInsO 2022, 2702.

S. zu der Problematik bereits BGH, Beschluss vom 06.05.2004 – IX ZB 349/02, ZInsO 2004, 669, sowie BGH, Beschluss vom 22.10.2018 – IX ZB 14/18, ZInsO 2019, 82. S. zur Rückzahlungspflicht erlangter Vorschüsse in derartigen Fällen OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.06.2022 – 9 U 1/22, ZInsO 2022, 2049; hierzu Hölken, jurisPR-InsR 19/2022 Anm. 4, sowie Blersch, EWIR 2022, 658.

### 4. Umfang der Habilitätsversicherung eines Geschäftsführers

§ 6 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 Nr. 3 Buchst. e GmbHG verweist auch auf die §§ 265c bis 265e StGB.

BGH, Beschluss vom 28.06.2022 – II ZB 8/22, ZInsO 2022, 1867

Mit der Entscheidung hat der BGH eine seit längerer Zeit strittige Frage geklärt. S. einerseits etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2021 – 3 Wx 182/21, ZIP 2022, 691, KG, Beschluss vom 22.07.2019 – 22 W 40/19, NJW-RR 2019, 1514, sowie OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.01.2018 – 12 W 126/17, ZInsO 2018, 824, andererseits OLG Hamm, Beschluss vom 27.09.2018 – I-27 W 93/18 – 27 W 93/18, ZInsO 2018, 2761. Ausführlich zu der Problematik Weyand, ZInsO 2022, 6. Zu dem Beschluss des BGH s. Hippeli, jurisPR-HaGesR 8/2022 Anm. 2, Knaier, GmbHR 2022, 1027, sowie Beckmann/Winter, NZG 2022, 1299.

### 5. Begrenzte Prüfungsbefugnis des Registergerichts bei Vorlage einer „Habilitätsversicherung“ durch den organschaftlichen Vertreter – § 6 GmbHG

Eine Habilitätsversicherung (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG) kann nicht allein deswegen beanstandet werden, weil sie bereits mehrere Monate vor der Einreichung beim Registergericht abgegeben worden ist. Anderes gilt nur dann, wenn sich Zweifel an der Richtigkeit der Versicherung ergeben.

KG, Beschluss vom 17.03.2022 – 22 W 10/22, ZInsO 2022, 1913

Zu der Entscheidung s. Wachter, GmbHR 2022, 918, sowie Bünten, EWIR 2022, 552.

### 6. Habilitätsversicherung von Liquidatoren – §§ 6, 39 GmbHG

Auch der, der zuvor Geschäftsführer gewesen ist und eine Habilitätsversicherung (§ 39 Abs. 3 S. 1 GmbHG) abgegeben hat, ist mit der Anmeldung seiner Bestellung zum Liquidator zur (erneuten) Abgabe einer entsprechenden Versicherung verpflichtet.

KG, Beschluss vom 01.07.2022 – 22 W 31/22, ZInsO 2022, 2522



### 7. Compliancepflichten des Geschäftsführers einer GmbH – § 43 GmbHG

Der Geschäftsführer einer GmbH, deren wesentliche Aufgabe in der Führung der Geschäfte einer KG besteht, haftet (auch) dieser Gesellschaft gegenüber gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG. Im Rahmen der internen Unternehmensorganisation muss der Geschäftsführer Compliance-Strukturen zur gehörigen Überwachung von Mitarbeitern schaffen. Dies gilt insbesondere, wenn er die die Wahrung des Vier-Augen-Prinzips für schadensträchtige Tätigkeiten nicht sicherstellt. Für hierdurch entstehende Schäden haftet er.

OLG Nürnberg, Urteil vom 30.03.2022 – 12 U 1520/19, ZWH 2022, 186.

Zu der Entscheidung s. Hippeli, jurisPR-HaGesR 6/2022 Anm. 4, Pelz, jurisPR-Compl 4/2022 Anm. 1, Schrader/Michel, jurisPR-StrafR 16/2022 Anm. 2, sowie Dachner, ZWH 2022, 161.

### 8. Rechtliches Interesse eines Anzeigenerstatters an der Einsicht in die von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beigezogenen Akte eines Zivilverfahrens – § 299 ZPO

Akteneinsicht an Dritte kann ohne Einwilligung der Parteien eines Zivilverfahrens gewährt werden, wenn ein entsprechendes rechtliches Interesse besteht. Dieses liegt vor, wenn das vom Einsichtsgesuch betroffene Verfahren selbst oder zumindest sein Gegenstand für die rechtlichen Belange des Dritten von konkreter rechtlicher Bedeutung ist, etwa dann, wenn gegen eine beteiligten Rechtsanwalt der Verdacht des Parteiverrats (§ 356 StGB) besteht, und die betreffende Akten von den Ermittlungsbehörden bereits beigezogen worden sind.

BayObLG, Beschluss vom 18.08.2022 – 102 VA 68/22, ZInsO 2022, 2028

### 9. Bestimmung des Zeitpunkts der Zahlungsunfähigkeit – § 17 InsO

Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO muss nicht durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, sondern kann auch mit anderen Mitteln dargelegt werden.

BGH, Urteil vom 28.06.2022 – II ZR 112/21, ZInsO 2022, 1793 Die Zahlungsunfähigkeit wurde bislang üblicherweise durch einen Liquiditätsstatus auf den Stichtag in Verbindung mit einem Finanzplan für die auf den Stichtag folgenden drei Wochen, in dem tagesgenau Einzahlungen und Auszahlungen gegenübergestellt werden, darzutun (vgl. BGH, Urteil vom 28.04.2022 – IX ZR 48/21, ZInsO 2022, 1498). Es spricht nach Auffassung des II. Zivilsenats indes auch nichts dagegen, zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit mehrere tagesgenaue Liquiditätsstatus in aussagekräftiger Anzahl aufzustellen, in denen ausgehend von dem am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung ausweisenden Status an keinem der im Prognosezeitraum liegenden bilanzierten Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann. Zu der Entscheidung s. Steffan/Poppe/Oberg, ZIP 2022, 1961, sowie Berbuer, ZInsO 2022, 1769.

### 10. Insolvenzrechtlicher Gesamtschaden auch durch deliktische Verschiebung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens – § 92 InsO

Durch die deliktische Verschiebung von Vermögenswerten (§ 257 StGB) nach Begehung eines Eingehungsbetrugs im Rahmen einer Kapitalanlage tritt ein Gesamtschaden der Insolvenzgläubiger im Sinne des § 92 Satz 1 InsO ein. Dieser kann während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

BGH, Urteil vom 19.05.2022 – III ZR 11/20, ZInsO 2022, 1603 Zu der Entscheidung s. Lüke, EWIR 2022, 625.

### 11. Schutzgesetzcharakter des § 264a StGB (Kapitalanlagebetrug) – § 823 Abs. 2 BGB

§ 264a StGB ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers.

BGH, Urteil vom 05.05.2022 – III ZR 131/20, NJW 2022, 2262 Zu der Entscheidung s. Bosch, ZWH 2022, 284, sowie Zwade, jurisPR-BKR 12/2022 Anm. 3.

## IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

### Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit begründet durch fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – § 35 GewO

Eine erweiterte Gewerbeuntersagung ist zulässig, wenn der Geschäftsführer einer GmbH eine Eintragung im Schuldnerverzeichnis/Vollstreckungsportal mit dem Vermerk „Gläubigerbefriedigung ausgeschlossen“ aufweist, und vorsätzliche Straftaten ihres Geschäftsführers im Zusammenhang mit gewerblicher Betätigung zu einer rechtskräftigen Verurteilung geführt haben.

VGH München, Beschluss vom 26.07.2022 – 22 ZB 22.291, ZInsO 2022, 2036

## V. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

### Restschuldbefreiung und Steuerstraftat – § 370 AO, § 302 InsO

Die Tatsachen, aus denen sich nach Einschätzung des Gläubigers ergibt, dass der bereits zur Insolvenztafel festgestellten Forderung eine Steuerstraftat des Schuldners zugrunde liegt, können gemäß § 177 Abs. 1 InsO nachträglich angemeldet werden. Das Finanzamt darf durch Feststellungsbescheid (§ 251 Abs. 3 AO) feststellen, dass ein Steuerpflichtiger im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten aus einem Schuldverhältnis wegen einer Steuerstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist, wenn der Schuldner diesem Umstand isoliert widersprochen hat.

BFH, Urteil vom 28.06.2022 – VII R 23/21, ZInsO 2022, 2202 Der BFH bestätigt mit der Entscheidung seine bisherige Linie, s. BFH, Urteil vom 07.08.2018 – VII R 24, 25/17, BFHE 262, 208.

## VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln /  
Vorstand der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V.

### WisteV-Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung von Finanzkriminalität (Finanz- kriminalitätsbekämpfungsgesetz)

Die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen „eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung von Finanzkriminalität“ Stellung nehmen zu dürfen. Angesichts der Kürze der eingeräumten Frist bitten wir allerdings um Verständnis dafür, dass wir uns auf die Betrachtung von Leitlinien konzentrieren.

In der (auch: presse-)öffentlichen Diskussion steht die Schaffung des „Finanz-BKA“ als einer neuen Bundesoberbehörde, des „Bundesamtes zu Bekämpfung von Finanzkriminalität“ im Vordergrund (dazu zu 1.). Regelungstechnisch bildet die Schaffung eines neuen Geldwäscheermittlungsgesetzes (GewEG) den Schwerpunkt (dazu zu 2.). Bemerkenswert ist überdies die erneute umfassende Erweiterung des GWG (dazu zu 3) und die Schaffung eines neuen Immobilientransaktionsregisters (dazu zu 4.). Von staats- und rechtssystematischer Bedeutung ist die Verknüpfung der Sanktionsdurchsetzung mit dem Vorgehen gegen Geldwäscheaktivitäten (dazu zu 5.).

#### I. Bundesamt zur Bekämpfung von Finanzkriminalität (BBF)

Die neue Bundesoberbehörde soll für Finanzdelikte nicht an die Stelle des Bundeskriminalamts treten. Vielmehr ist eine Aufgabentrennung vorgesehen, die im Entwurf dahingehend beschrieben wird, dass die Zuständigkeit des Bundeskriminalamts für Ermittlungen in Geldwäschefällen nebst Vortaten insbesondere im Bereich der Organisierten Kriminalität erhalten bleibt, während beim neuen BBF ein Ermittlungszentrum Geldwäsche, EZG, eingerichtet werden soll. Auch dieses soll ebensolche polizeiliche Aufgaben bei Strafermittlungen durchführen und zwar einerseits in bedeutsamen Fällen der internationalen Geldwäsche mit Deutschlandbezug, andererseits auf Ersuchen inländischer Staatsanwaltschaften des Bundes und der Länder. Darüber hinaus soll das BBF Aufgaben übertragen bekommen, die funktionell rein verwaltungsrechtlicher Natur sind wie die Integration der Zentralstellen für Finanztransaktionsuntersuchungen und Sanktionsdurchsetzung und die Errichtung einer Zentralstelle für Geldwäscheaufsicht.

WisteV erachtet die Trennung zwischen Verwaltung und Justiz prinzipiell für eine erhaltenswerte Errungenschaft. Die Zwitterstellung der Staatsanwaltschaft als staatstheoretisch zur Verwaltung gehörende funktionelle Justizbehörde durchbricht diese Trennung faktisch nicht. In der Konsequenz läge es allerdings, die Kriminalpolizei einschließlich der Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, § 152 Abs. 2 GVG, organisatorisch aus der Verwaltung zu lösen und der Staatsanwaltschaft und damit der Justiz zuzuordnen. Derartige Tendenzen gibt es aktuell zwar nicht, gleichwohl soll daran erinnert und zugleich vor den Bestrebungen in entgegengesetzter Richtung gewarnt werden, weil diese die Strafverfolgung mit ihren grundlegend anderen Aufgaben für justizfremde Funktionen der Sicherheitsbehörden dienstbar machen würden.

Zur Strafverfolgung gehört zweifelsfrei auch ein generalpräventiver und damit ein sowohl fallübergreifender als auch in die Zukunft gerichteter Aspekt. Dabei handelt es sich jedoch um eine – natürlich willkommene – Nebenwirkung, die nichts daran ändert, dass Strafe nur an vergangenes Geschehen anknüpfen kann und nachweislich schuldhaftes Handeln voraussetzt. Demgegenüber ist es die Kernaufgabe der Polizei und der sonstigen Sicherheitsbehörden, die Gesellschaft vor dem Eintritt zukünftiger schädigender Ereignisse zu bewahren. Sicherheitsaspekte sind prinzipiell unbegrenzt und die Definition des angestrebten Sicherheitsgrads obliegt politischer Dezision. Demgegenüber geht es bei der Strafverfolgung um ethisch unwertes Verhalten, das (zumindest im Kern) abgeschlossen ist und aufgeklärt werden muss, um die Beteiligten individuell zur Rechenschaft ziehen zu können. Unterschiedlich ist damit nicht nur die Perspektive (Sicherheit = prospektiv; Strafverfolgung retrospektiv), sondern auch der Ansatz zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe: Die Strafjustiz hat es mit dem Individuum zu tun, während die Sicherheitsbehörden der Gefahr als solcher zu begegnen haben. Gefahr folgt nicht nur, aber doch zumeist aus menschlichen Handlungen. Wesentlich ist, sie zu bannen und zu verhindern, dass sie in einen Schaden mündet. Wenn dies gelingt, so liegt darin ein großer Erfolg der jeweiligen Sicherheitsorgane – und zwar ganz unabhängig davon, ob zum Erreichen dieses Ziels auch gegen individuelle Personen vorgegangen werden musste.

Indes besteht der Anlass für die Pläne eines Aufbaus einer neuen Bundesbehörde gerade in dem Streben, diejenigen, die Geld waschen, in stärkerem Maße zur Verantwortung zu ziehen als das – im Verhältnis zu den vermuteten strafbaren Aktivitäten – bislang der Fall ist. Demnach handelt es sich (zumindest insoweit) um eine funktionell justitielle Aufgabe, die dem BBF übertragen werden soll. Eine Strafverfolgungsbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen anzusiedeln stellt damit eine verfassungsrechtlich keineswegs unbedenkliche Durchbrechung der Trennung zwischen Verwaltung und Justiz dar. Die Schaffung eines eigenständigen „Bundesfinanzkriminalamts“ ist auch nicht etwa vergleichbar mit den im Geschäftsbereich der Finanzministerien angesiedelten Bußgeld- und Strafsachenstellen der Finanzämter und der in Teilen vergleichbaren, bei den Zollbehörden locierten „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“.

Diese stellen zwar ebenfalls eine staatsrechtlich nicht wünschenswerte Gewaltenschränkung dar. Aber zumindest auf dem Gebiet des Steuerrechts handelt es sich dabei lediglich um einen Annex zu den jeweiligen Sachaufgaben, während sich die Zuständigkeit der Zollbehörden (aus historischen Gründen der Auflösung der Grenzkontrollen innerhalb der EU) als Mix aus Arbeits-, Steuer- und Strafrecht darstellt. Gleichwohl verblieben auch den Zollbehörden originär abgabenrechtliche Zuständigkeiten. Demgegenüber soll das neue Amt als funktionelle Justizbehörde zugleich auch Aufgaben der Analyse, der verwaltungsrechtlichen Ermittlungen und der Aufsicht übernehmen, ist also von vorn herein als Hybrid aus Verwaltung und Justiz konzipiert und würde aufgrund der organisatorischen Eingliederung in die Finanzverwaltung dazu führen, dass eine Justizbehörde unter die Aufsicht des Finanzministers gestellt wäre, dem sogar für die Tätigkeit des EZG in nationalen Ermittlungsverfahren das Letztentscheidungsrecht zukommen soll, § 1 Abs. 2 Nr. 2 GewEG-E. Die Zuständigkeit der EZG soll gem. § 1 Abs. 3 GewEG-E Vorrang vor allen anderen Ermittlungsbehörden genießen.

Ohne hier eine staatsrechtliche Beurteilung dieser Pläne vornehmen zu können, ist festzustellen, dass sich zukünftig zwei Bundesoberbehörden mit der Verfolgung von Finanzkriminalität befassen sollen. Angesichts dessen ist es kein Zufall, sondern unvermeidlich, dass die Aufteilung der Aufgaben zwischen dem BBF und dem BKA im Entwurf unklar bleibt: Beiden soll zukünftig die Strafverfolgung von Geldwäschdelikten einschließlich Vortaten obliegen. Die sachlichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten sind sachlogischer Natur. Eine Aufteilung anhand unmittelbar einsichtiger Unterschiede ist von vorn herein ausgeschlossen, sondern nur dezisionistisch möglich.

Diese Hürde ist keineswegs nur theoretischer Natur, sondern wird auch vom Entwurf selbst erkannt und aufgegriffen mit dem Plan, beide zukünftigen Bundesbehörden mittels Bildung einer „Gemeinsamen Ermittlungsgruppe“ (GEG) aus beiden Stellen miteinander zu verzahnen. Darin liegt allerdings lediglich das Minimum einer erforderlicher Zusammenarbeit. Zugleich tritt darin in aller Deutlichkeit die Künstlichkeit der Aufteilung einer Gesamtaufgabe auf zwei Bundesoberbehörden zu Tage. Die Konzentration der Befassung mit Finanzkriminalität beim Bundeskriminalamt wäre deshalb die naheliegende und klar bessere Lösung. Bei der auch dort vorgesehenen Erweiterung wäre es ohne weiteres möglich, den Sachverstand, der aus dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen und dort den Zollbehörden geschöpft werden soll, in das BKA anstatt in das BBF zu verlagern.

Für eine Konzentration sprechen überdies bisherige Erfahrungen mit der Aufteilung zusammengehöriger Aufgaben auf verschiedene Behörden, noch dazu aus verschiedenen Geschäftsbereichen. Ohne hier auf verwaltungswissenschaftliche Untersuchungen oder sozialwissenschaftliche Erhebungen zurückgreifen zu können, sei beispielhaft nur auf die Schwierigkeiten bei der Koordination zwischen den Justiz- und den Sozialministerien auf dem Gebiet des Maßregelvollzugs verwiesen: Die Anordnung der Einweisung in

eine Entziehungsanstalt oder in ein (forensisch-)psychiatrisches Krankenhaus ist Aufgabe der Gerichte und damit der Justiz, während der Betrieb der Einrichtungen ihrem Einfluss entzogen ist und für die Sozialministerien aufgrund der mit Sicherungsnotwendigkeiten verbundenen Sonderfunktionen einen (justizseits zuweilen deutlich spürbaren) Ballast darstellt. Nur ergänzend sei angemerkt, dass es wohl kein Zufall war, bei Bildung der jetzigen Bundesregierung die zuvor zersplitterte Zuständigkeit für die Digitalstrategie zu bündeln.

## II. Geldwäscheermittlungsgesetz (GewEG)

Mit dem GewEG-E wird die Befugnis zum Anordnen besonderer Ermittlungsmaßnahmen, bis hin zum sog. „großen Lauscheingriff“ in Wohnungen, der Leitung des EZG und in Eilfällen einem Angehörigen des höheren Dienstes, übertragen, § 5 Abs. 3 GewEG-E. Auslöser dafür ist zwar der Eigenschutz. Über die Verwendungsregel, § 5 Abs. 4 S. 1 und 2 GewEG-E, dürfen aber derart gewonnene Erkenntnisse verwertet werden, soweit dies zur Gefahrenabwehr und damit auch strafprozessual, §§ 5 Abs. 4 S. 3 GewEG-E, 161 Abs. 3 StPO, erforderlich ist. Damit fallen hier Funktionen der Polizei, der Staatsanwaltschaft und der Strafgerichte nicht nur in einem Amt, sondern sogar in einer Person zusammen, obwohl nicht vorgesehen ist, dass die Anordnungsbefugten richterliche Unabhängigkeit genießen. Es ist nicht ersichtlich, wie das mit Art. 92 und 97 GG in Einklang gebracht werden könnte.

Überdies wird auf diese Weise der Anwendungsbereich der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse erheblich eingeschränkt, weil die EZG die Erkenntnisse unter wesentlich geringeren Voraussetzungen gewinnen kann. Die feinzisierten strafprozessualen Eingriffsbefugnisse verlieren ihre eingrenzende Bedeutung nicht nur für Geldwäschverfahren, sondern auch für die Ermittlung von Vortaten, nach dem all-crime-Ansatz also immer dann, wenn jemand im Zuge von Straftaten etwas erlangt hat. Die Zuständigkeit der EZG beschränkt sich daher nicht auf Eigentums- und Vermögensdelikte, sondern erstreckt sich auch auf Straftaten, für die an einen Mitwirkenden (möglicherweise) eine Belohnung gezahlt wurde – das aber ist für jede Tat möglich.

Die Einschaltung eines Gerichts ist dagegen nur für die Verwendung von in oder aus einer Wohnung gewonnener personenbezogener Daten vorgesehen, § 5 Abs. 4 GewEG-E. Zuständig dafür soll das FamFG-Gericht am Sitz des EZG werden, § 5 Abs. 5 GewEG.

Die in § 6 GewEG-E eingeräumten Sicherheitsbefugnisse, für besondere Mittel in § 19 GewEG-E etwas eingeschränkt, sind mit „notwendige Maßnahmen“ so allgemein beschrieben, dass die spätestens seit Inkrafttreten des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland für das Polizeirecht allgemein als zwingend anerkannte Trennung von Zuständigkeit und Befugnis inhaltlich nicht mehr gewahrt ist, schließt doch die Beschränkung auf die bloße Notwendigkeit lediglich Willkürmaßnahmen aus. Diese sind nach Art. 3 GG allerdings ohnehin verboten.



Gleiches gilt für die gem. § 7 Abs. 1 GewEG-E eingeräumte Befugnis zur Identitätsfeststellung, die bei Notwendigkeit zulässig sein soll, sowie für die dazu nach § 7 Abs. 2 GewEG-E vorgesehenen erforderlichen Maßnahmen (einschließlich erkennungsdienstlicher Maßnahmen, § 10 GewEG-E). Den gleichen Maßstab sehen § 9 GewEG-E für die Durchsuchung von Personen und Sachen sowie § 12 GewEG-E für die Sicherstellung vor. Mit § 12 GewEG-E werden die ausdifferenzierten Regeln der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung weitgehend obsolet, weil sich angesichts des all-crime-Ansatzes hinsichtlich eines jeden Vermögensgegenstands der Geldwäscheverdacht in Form zukünftigen Inverkehrbringens (und sei es als Verwertung des Erbes) begründen lässt. Hinzu kommt, dass Rechtsmitteln gegen die Sicherstellung keine aufschiebende Wirkung zukommt, § 42 GewEG-E, und damit auch vom insoweit zuständigen Verwaltungsgericht nicht angeordnet werden kann.

Es soll für das EZG genügen, dass ein sicherstellungsfähiger Gegenstand in der Wohnung vermutet wird, um diese betreten zu dürfen, § 13 Abs. 1 GewEG-E. Wenn dann – also wegen des all-crime-Ansatzes: typischerweise – auf einen solchen Gegenstand gestoßen wird, besteht Gefahr in Verzug, welche die Notwendigkeit der an sich nach § 13 Abs. 3 GewEG-E vom örtlichen FamFG-Richter erforderlichen Anordnung entfallen lässt. Anstatt der §§ 102 ff. StPO sieht das GewEG-E eigene Anwesenheits- und Dokumentationsregeln vor. Eigenständig geregelt ist auch das Vorgehen bei bis zu einem Tag zulässiger Ingewahrsamnahme, für deren Bestätigung ebenfalls der örtliche FamFG-Richter zuständig sein soll, § 15 GewEG-E.

§ 18 GewEG sieht nicht nur Befragungsrechte des EZG vor, sondern für bestimmte Fälle auch Aussagepflichten bis hin zur Nichtgeltung strafprozessualer Zeugnisverweigerungsrechte insbesondere solcher des § 52 StPO und der Presse. Das könnte nicht ohne Folgewirkungen auf ein Ermittlungs- und Strafverfahren bleiben.

### III. Erweiterung des GWG

Ohne auf Einzelheiten eingehen zu können, fällt besonders die nochmalige Erweiterung von Dokumentations- und (laut Entwurf: um 12) Meldepflichten auf. Es liegt ersichtlich in der Konsequenz von Sicherheitsbehörden, die eigenen Aufgaben nicht nur auszu dehnen, sondern auch danach zu streben, andere staatliche Stellen, aber auch die Gesellschaft, zunehmend zur Erfüllung der eigenen Aufgaben in Dienst zu nehmen. Dass Informationserhebung und -austausch prinzipiell notwendig ist, sei nicht in Abrede gestellt. Gleichwohl führt jede Indienstnahme einer staatlichen oder gesellschaftlichen Stelle für andere als die eigenen Aufgaben zu einem aufgaben-, fach- und sachfremden Kapazitätseinsatz zu Lasten der Erfüllung der originär eigenen Aufgaben. Diese lassen sich daher entweder in quantitativ geringerem Maße oder qualitativ nur schlechter erfüllen. Die Alternative, zusätzliches Personal einzustellen, scheitert an finanziellen Grenzen (sowohl der Leistungsfähigkeit des Staates als auch der Be-

lastung der Gesellschaft) und derzeit am allgemeinen Fachkräftemangel.

Damit liegen ausreichend Gründe vor, die Notwendigkeit von Mitteilungserfordernissen besonders intensiv zu prüfen. Das betrifft die bereits bestehenden Pflichten, erst recht die Schaffung zusätzlicher. Zudem stellt sich die Frage, ob nicht als ressourcenschonendere Alternative die Ausweitung der Zweckbestimmung bereits bestehender Dateien in Betracht kommt. Es wäre sinnvoll, auch wenn hier nicht mit kurzfristig zu realisierenden Ergebnissen zu rechnen ist, zunächst umfassend Aufwand und Ertrag unter Beteiligung sowohl der Lieferanten von Daten als auch der Datenempfänger mit dem Ziel zu durchleuchten, Rationalisierungseffekte zu identifizieren und zu nutzen.

### IV. Immobilientransaktionsregister, §§ 26b-g GWG-E

Über die Notwendigkeit, auf verwaltungsrechtlichem Wege Informationen über die Herkunft der für Immobiliengeschäfte eingesetzten Finanzmittel zu erheben, ist aus strafrechtlicher Perspektive nichts zu bemerken. Allerdings erschließt sich das Erfordernis der Schaffung eines gesonderten Registers neben den Grundbuchämtern, die über elektronische Grundbücher verfügen, den Katasterämtern mit bundesweit flächendeckendem topographischem Wissen und den Finanzämtern sowie der BaFin mit ihren umfassenden Kenntnissen auch größerer Finanztransaktionen nicht.

### V. Verknüpfung von Sanktionsdurchsetzung und Verfolgung von Geldwäschekriminalität

Das Sanktionsdurchsetzungsgesetz enthält zwar eigene Straftatbestände. Damit wird es aber noch nicht zu einem Verwandten der Strafnorm des § 261 StGB. Es gibt zahlreiche Spezialgesetze, deren Schlussbestimmungen in Bußgeld- und/oder Strafnormen bestehen. Eine sachliche Nähe besteht allerdings zum Geldwäschegesetz, das ebenso wie das Sanktionsdurchsetzungsgesetz staatsorganisatorisch zur Verwaltung gehört. Daran ändert es auch nichts, dass das Mittel zur Durchsetzung der Sanktionierung in der Beschlagnahme von Vermögenswerten besteht, denn nicht nur die StPO kennt die Möglichkeit der Beschlagnahme, sondern sie ist ein Mittel auch des Verwaltungs(verfahrens)rechts und sogar der ZPO und des ZVG.

Die Verbindung der Wahrnehmung von Aufgaben der Verwaltung mit solchen der Strafverfolgung ist aufgrund der gänzlich unterschiedlichen staatlichen Funktionen untunlich. Die auch insoweit einschlägigen Ausführungen dazu unter oben Ziff. 1 bedürfen hier keiner Wiederholung. Wenn nun aber die ganz unterschiedlichen Aufgaben (gegenständliche Sicherung aufgrund des polizeirechtsähnlichen Sanktionsdurchsetzungsgesetzes, und der individuellen Strafverfolgung) in einem Amt, ggf. sogar wahrgenommen von

ein und derselben Person, zusammengefasst werden sollen, dann verschwimmen nicht nur die Grenzen der beiden unterschiedlichen Aufgaben, sondern es kommt unweigerlich zu einer Vermischung bei Ausübung der Dienstpflichten.

Das ebenso verständliche wie legitime Ziel, Sanktionen wirksam werden zu lassen, verlangt ein robustes Vorgehen und erlaubt zudem, Mitwirkungspflichten des potenziell Betroffenen zu konstituieren. Diese Möglichkeit ist mit der Schaffung von strafbewehrten Auskunftspflichten im Sanktionsdurchsetzungsgesetz sogar mit dem schärfsten der staatlichen Gemeinschaft zur Verfügung stehenden Mittel bereits gesetzlich genutzt worden. Diese und andere weitergehende Mittel des Verwaltungsrechts stehen für Zwecke der Strafverfolgung nicht zur Verfügung – und dürfen es auch nicht.

Fallen beide Aufgaben an einer Stelle, gar in einer Person, zusammen, so ist es jedoch faktisch unmöglich, im amtlichen Agieren beide Stränge in der erforderlichen Striktheit auseinanderzuhalten. Stattdessen wird sich die notwendige verwaltungsrechtliche Robustheit sachwidrig auf die Strafverfolgung auswirken. Damit fände nicht nur eine weitere „Verpolizeilichung“ des Ermittlungsverfahrens (wie bereits vielfach aufgrund des umfassenden Informationsvorsprungs und der breiteren Ausstattung der allgemeinen wie der speziellen Polizeibehörden) statt, sondern es würden auch die konkreten Ermittlungsverfahren nach dem Sanktionsdurchsetzungsgesetz vom polizeilich berechtigten, aber justizfremden Sicherheitsdenken geprägt. Die Staatsanwaltschaft würde in eine Rolle gedrängt, die mit Annex zu den Sicherheitsorganen wohl nur wenig überzeichnet, aber jedenfalls ihrer staatsorganisatorischen Funktion nicht gerecht würde.

## VI. Fazit

Ohne den Intentionen des Gesetzesentwurfs, der Sicherung der Wirksamkeit der Sanktionen und der Intensivierung der Strafverfolgung auf dem Gebiet der Finanzkriminalität, namentlich der Geldwäsche, zu widersprechen, vermag WisteV nicht zu erkennen, dass die aus dem Referentenentwurf des Bundesministers der Finanzen ersichtlichen Pläne nennenswerte Fortschritte zum Erreichen des auf dem Sektor Geldwäsche angestrebten Ziels versprechen und eine Rechtfertigung für die vorgesehene Gewaltenvermischung darstellten. Die Schaffung einer besonderen, notstandsähnlichen Verfahrensordnung, die in weitem Umfang den Regelungen der StPO vorgehen soll, ist aus mehreren Erwägungen heraus abzulehnen. Die vorgesehene Vermischung von verwaltungsrechtlichen und strafprozessualen Befugnissen widerspricht den strukturellen Unterschieden zwischen Sicherheitsstreben und Strafverfolgung. Zudem wird die Notwendigkeit der Schaffung einer Sonderermittlungsbehörde mit polizeilichen wie justitiellen Behörden nicht nur nicht näher begründet, sie ist auch sonst nicht ersichtlich. Sie stellt zudem eine gesetzgeberische Misstrauensbekundung gegenüber der Justiz dar, für die kein Anlass besteht.

Der Entwurf ist überdies z. T. weit entfernt von rechtsstaatlicher Gestaltung, weil er – anders als die StPO – kaum Rücksicht auf die Belange Betroffener nimmt, sondern bloß Verdächtige wie bereits Überführte behandelt. Das BBF ist als Behörde mit einer ungeahnten und nirgendwo sonst so konzentrierten Machtfülle konzipiert und derart einseitig auf die Beseitigung von Finanzkriminalität ausgerichtet als gäbe es keine andere legitime Aufgabe. Da auch keine ausreichenden Filterfunktionen vorgesehen sind, werden in erheblichem Ausmaß Unschuldige die Belastungen tragen müssen: Die Maßnahmen sollen sofort durchgeführt werden dürfen, während Rechtschutz von den ohnehin überlasteten Verwaltungsgerichten erst nach Jahren gewährt werden kann. Wenn dann trotzdem auch der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gesetzlich angeordnet wird, werden schon vor Rechtskraft vollendete Tatsachen geschaffen – nicht selten die Beseitigung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage der Betroffenen mit zerstörerischen Folgen auch für Angehörige, Familien und auch Bekannte.

Wiewohl etliche der im GewEG-E vorgesehenen Einzelbefugnisse bereits im Zollfahndungsdienstgesetz geltendes Recht sind, darf es in einem Rechtsstaat

- ein solches Straf(verfahrens)gesetz in den Formen des Verwaltungsrechts,
- mit Befugnis zu sofortiger Sicherstellung ohne wirksamen Rechtschutz,
- verwaltungsseits angeordnetem „großen Lauscheingriff“,
- aufgrund des all-crime-Ansatzes umfassender Ermittlungskompetenz, und
- Durchbrechung der strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechte (ausgenommen nur die Fälle des § 53 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 und 4 StPO)

nicht geben.

Friedrich Florian Steinert, Düsseldorf  
und Dominik Hotz, Berlin

## Tagungsbericht: WisteV-wistra-Neujahrstagung 2023

Am 21. und 22. Januar 2023 fand in Frankfurt am Main die 14. WisteV-wistra-Neujahrstagung statt. Zu dem Thema Risiken und Nebenwirkungen von Wirtschaftsstrafverfahren referierten und diskutierten Vertreterinnen und Vertreter aus Wissenschaft und Praxis in verschiedenen, mitunter zeitgleich stattfindenden Arbeitsgruppen zu außerstrafrechtlichen Folgen von Strafverfahren für Beschuldigte oder betroffene Unternehmen. Zuletzt pandemiebedingt als Online- oder Hybridveranstaltung organisiert, stand die diesjährige Tagung wieder ganz im Zeichen der Diskussion vor Ort und eines lebhaften Austauschs auch außerhalb der Vortragszeiten.

Die Begrüßung und Einführung in das Tagungsthema erfolgte durch RA Dr. Thomas Nuzinger. Anschließend richtete RA Prof. Dr. Franz Salditt – laut eigener Ankündigung: letztmals – sein traditionelles Grußwort an die Teilnehmer, welches er wie gewohnt mit aktuellen Impulsen für die Strafrechtspraxis verband. In diesem Jahr adressierte Salditt die Causa cum/ex. Ausgehend von dem 2017 veröffentlichten Abschlussbericht des cum/ex-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags, der kompetenzwidrig kein politisches, sondern de facto bereits ein strafrechtliches Urteil formuliert habe, hinterfragte Salditt insbesondere die Rollen der BaFin und des Bundesministeriums der Finanzen. Beiden Behörden könne auf Grundlage handfester Anhaltspunkte eine jahrelange Duldung doppelter Erstattungen von Kapitalertragsteuer vorgeworfen werden. Ein behördliches Mitwissen beseitige den Tatbestand der Steuerhinterziehung zwar nicht per se, sei gerade durch die Anwaltschaft aber nachdrücklich mit einzuwerten. Insofern betonte er ein vergangenes Wohlwollen des Staates mit Blick auf die erheblichen Gewinne staatlicher Geldinstitute und stellte hierdurch die Berechtigung der inzwischen vorherrschenden Empörung öffentlicher Stellen über cum/ex grundsätzlich in Frage.

Das anschließende Panel 1 beschäftigte sich mit den „Folgen des Wirtschaftsstrafverfahrens für Beschuldigte, insbesondere für die Berufsausübung“, wobei RA'in Dr. Ricarda Schelzke die Diskussion der Arbeitsgruppe 1.1 moderierte. Den Beginn machte dabei der Vortrag „Inhabilität nach § 6 GmbHG und öffentlich-rechtlicher Zuverlässigkeitsbegriff“ von Dr. Christian Brand. Im Zentrum der Darstellung stand die Frage, ob § 6 GmbHG neben den bekannten Straftatbeständen auf den am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen § 42 Abs. 3 des Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) anwendbar ist, der das Gebot eines Antrags wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung während der Rechtshängigkeit einer Restrukturierungssache strafbewehrt. Zwar benenne § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. a GmbHG das Unterlassen „der Stellung des Antrags auf Eröffnung des

Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung)“ ohne Bezugnahme auf eine konkrete Strafnorm als mögliche Anknüpfungstat, allerdings lasse sich dieser Verweis dennoch nicht mit den Merkmalen des § 42 StaRUG vereinbaren. Insofern handle es sich nach aktueller Rechtslage um eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund durch den Gesetzgeber. Ein weiterer Schwerpunkt kreiste um die drohende Verwendung von Angaben des Beschuldigten, die auf einer strafprozessualen Absprache beruhen, in Verfahren, die über die öffentlich-rechtliche Zuverlässigkeit entscheiden.

Der anschließende Vortrag von RA Peter Lindt behandelte Auswirkungen von Strafverfahren auf die Bankverbindungen, die Kreditwürdigkeit und den Schufa-Score von Beschuldigten. Während mangels Kenntnis der Schufa vom Strafverfahren keine Folgen für den Schufa-Score von Beschuldigten drohe, gelte entsprechendes nicht für die Kenntnis der Banken, die trotz des grundsätzlich nicht-öffentlichen Ermittlungsverfahrens jedenfalls aufgrund von Auskunftersuchen oder Sicherungsmaßnahmen über eingeleitete Strafverfahren häufig informiert würden. Diese Kenntnis beeinträchtige typischerweise die Kreditwürdigkeit des Beschuldigten, da ein Strafverfahren und insbesondere dessen Ausgang häufig die Zahlungsmöglichkeiten der Beschuldigten beschränke. Jedenfalls aus Vorwürfen, die einen rechtswidrigen Hintergrund von Konten vermuten lassen, resultiere zudem häufig eine Kündigung der Bankverbindung durch die jeweilige Bank. Schon hierdurch würden die Beschuldigten und damit Konteninhaber ein Stück aus der Gesellschaft ausgegrenzt, an der man ohne Konto kaum teilhaben könne. Der Rechtsanspruch auf ein Konto bleibe jedenfalls häufig nur eine theoretische Möglichkeit.

Parallel zu AG 1.1 referierte in der von RA Prof. Dr. Carsten Wegner moderierten AG 1.2 zunächst RA Prof. Dr. Klaus Herrmann zu den Folgen des Wirtschaftsstrafverfahrens im öffentlichen Dienst, insbesondere für das Beamtenverhältnis. Herrmann zeigte die potenziell gravierenden beamten- und disziplinarrechtlichen Konsequenzen von Strafverfahren bis hin zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis auf. Auch aus der oft sehr langen Verfahrensdauer von Disziplinarverfahren, die in der Regel erst nach Abschluss des Strafverfahrens gegen den Beamten geführt würden, ergebe sich eine hohe Belastung für Betroffene. Ziel eines Disziplinarverfahrens sei nicht die Verfolgung von Straftaten, sondern die Aufklärung und Ahndung speziell von beamtenrechtlichen Dienstvergehen. Im Straf- und Disziplinarverfahren seien deshalb unterschiedliche Maßstäbe anzuwenden. Gleichwohl knüpfte das Disziplinarrecht verfahrens- wie auch materiell-rechtlich an die tatsächlichen Feststellungen vorangegangener Strafverfahren an. Auch praktisch komme den im Strafverfahren getroffenen Feststellungen bei der Ermessensausübung des Dienstherrn eine gewichtige Indiz- und Orientierungsfunktion zu. Daher seien die Beteiligten des Strafverfahrens – einschließlich der Gerichte – dazu angehalten, in der Formulierung verfahrensabschließender Entscheidungen die disziplinarrechtlichen Rechtsfolgen nicht (unbedacht) vorwegzunehmen. Bei Anhaltspunkten für ein späteres Disziplinarverfahren sei zu raten, fachrechtlicher Spezialisten frühzeitig einzubinden.



Im anschließenden Vortrag führte Prof. Dr. Rainer Quick (Leiter des Fachgebietes Rechnungswesen, Controlling und Wirtschaftsprüfung an der Technischen Universität Darmstadt) zu Berufspflichten des Wirtschaftsprüfers aus und erläuterte zivil-, berufs- und strafrechtliche Haftungsrisiken bei deren Verletzung. Neben der Verletzung der Berichts- oder Geheimhaltungspflicht als strafbewehrte Sonderdelikte ging Quick insbesondere auf zivilrechtliche Haftungsrisiken des Abschlussprüfers ein, die sich bedingt durch die Wirecard-Insolvenz wesentlich vergrößert hätten. Vor allem die zuvor auf vorsätzliche Verstöße beschränkte, unbegrenzte Haftung des Abschlussprüfers eines kapitalmarktorientierten Unternehmens für grobe Fahrlässigkeit sei zu beachten. Zwar sei durch ausländische Studien nachgewiesen, dass eine strengere Haftung grundsätzlich mit einer höheren Prüfungsqualität korrespondiert. Indes wies Quick auch darauf hin, dass die nun zwangsläufig steigenden Versicherungsprämien für Abschlussprüfer zu einer weiteren Verengung des in der Spitze ohnehin schon gedrängten Marktes führen könnten. Hinsichtlich berufsrechtlicher Maßnahmen gegen Wirtschaftsprüfer zeige die Statistik, dass es zu insgesamt nur wenigen aufsichtsrechtlichen Verfahren komme, was aber auch mit der Praxis einer freiwilligen Rückgabe der Zulassung im Fall evidenter Verstöße zu tun habe.

Nach der anregenden Kaffeepause folgte sodann das zweite Panel des Tages über die „Auswirkungen von Wirtschaftsstrafverfahren auf betroffene Unternehmen“. Die Moderation der Arbeitsgruppe 2.1 übernahm RA Prof. Dr. Markus Rübenstahl. Zunächst referierte Ri'in BGH Renate Wimmer über „Unternehmensgeldbußen, Einziehungsmaßnahmen und ihr Verhältnis zu Strafverfahren in der Praxis“. Im Zentrum stand dabei das Spannungsverhältnis von Unternehmensgeldbußen nach § 30 OWiG einerseits und alleinstehenden Einziehungsmaßnahmen gegen das Unternehmen, insbesondere wegen § 73b StGB, andererseits. Vor dem Hintergrund der jeweils verschiedenen Gewichtung von Netto- und Bruttoprinzip bzw. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip könne der Vorrang von in Frage kommenden Maßnahmen nicht nur unklar sein, sondern auch praktisch zu unterschiedlichen Ergebnissen für das betroffene Unternehmen führen. Zwar normiere § 30 Abs. 5 OWiG grundsätzlich einen Ausschluss der Einziehung bei vorangegangener Geldbuße, wenn nicht (hinreichend) abgeschöpft wurde, allerdings sei fraglich, ob die bisherige strikte Rechtsprechung nach Einführung des Legalitätsprinzips für die Abschöpfung so aufrechterhalten werden könne.

Der anschließende Vortrag von RA Markus Figgen befasste sich mit dem „Wettbewerbsregister und Vergaben öffentlicher Aufträge“. Zentral war die Zuverlässigkeitsprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und der dabei notwendig werdenden Unterscheidung zwischen zuverlässigen und unzuverlässigen Unternehmen. Obwohl das Wettbewerbsregister diese Entscheidung nach dem Willen des Gesetzgebers durch eine neue einheitliche Informationsquelle vereinfachen sollen, sei es faktisch weiterhin notwendig, sich verschiedener Register zu bedienen, weshalb die zentrale Zielsetzung des Wettbewerbsregisters in der Praxis verfehlt worden sei; dies gelte jedenfalls, solange

sich der Auftraggeber tatsächlich ein möglichst vollständiges Bild von den Bietern verschaffen wolle. Des Weiteren erfuhr das Thema einer möglichen Selbstreinigung der Unternehmer einige Aufmerksamkeit, da zahlreiche Unternehmen nach einem Verstoß in der Vergangenheit einige Mühe darauf verwenden, eine Veränderung der bisherigen Strukturen herbeizuführen. Zwar sei ein Nachweis gegenüber den Behörden grundsätzlich immer denkbar, allerdings würden in der Praxis an einen tatsächlichen Nachweis mitunter wenig nachvollziehbare Anforderungen gestellt. Deshalb könne es im Einzelfall sinnvoller sein, einen Verstoß zunächst im Wettbewerbsregister zu belassen und lediglich im Fall einer konkreten Vergabe gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber die Veränderungen des Unternehmens nachzuweisen. Nicht selten würde der voraussichtliche Auftraggeber aufgrund des schon bestehenden Interesses sodann einen großzügigen Maßstab anlegen.

In der parallelen AG 2.2, die von RA Dr. Alexander Paradissis eingeleitet und moderiert wurde, ging es um steuerrechtliche Erklärungspflichten während laufender (Wirtschafts-)Strafverfahren. Referentin Ri'in AG Dr. Sabine Grommes betonte, Strafverfahrensrecht und die Regelungen über das Besteuerungsverfahren seien strikt voneinander zu trennen. Steuerrechtlich seien Erklärungspflichten nach Einleitung eines Strafverfahrens nicht per se suspendiert. Das gelte auch für die steuerliche Berichtigungspflicht nach § 153 Abs. 1 AO, deren Unterlassen seinerseits eine strafrechtliche Verantwortung begründen könne. In strafrechtlicher Hinsicht sei die Unterlassung steuerlicher Erklärungen während eines Strafverfahrens am nemo tenetur-Grundsatz zu messen. Hiernach entfalle eine strafbewehrte Erklärungspflicht, wenn und soweit der Verpflichtete durch die Erklärung in eine Konfliktlage derart gerate, dass er nur zwischen Offenbarung eines Steuerschadens im Sinne eines Quasi-Geständnisses oder einer Schadensvertiefung wählen kann. Schon hieraus folge, dass nemo tenetur in zeitlicher Hinsicht auf den strafbefangenen Zeitraum beschränkt sei. Zudem dürfe der nemo tenetur-Grundsatz keinesfalls als Rechtfertigung für erneut unrichtige Angaben missverstanden werden. Diese seien ungeachtet eines laufenden Strafverfahrens grundsätzlich strafbar.

Der zweite in AG 2.2 angekündigte Vortrag „Wirtschaftsstrafverfahren und Publikationspflichten“ von RA Philipp Melzer musste kurzfristig abgesagt werden.

Den ersten Tag der Tagung beschloss ein von OStA'in Dr. Martina Müller-Ehlen moderiertes Streitgespräch zwischen OStA Noah Krüger und RA Prof. Dr. Christian Pelz zu dem Thema: „Bietet die deutsche Rechtsordnung einen hinreichenden Rahmen für die Durchsetzung der EU-Sanktionen gegen russische Oligarchen?“. Pelz stellte in Frage, dass die jüngsten Gesetzesänderungen mehr als nur eine Konsolidierung bereits zuvor bestehender Zugriffsrechte zum Beispiel im Steuer-, Polizei- oder Außenwirtschaftsrechts bewirken werden. Außerdem sei zweifelhaft, ob die neu eingerichtete Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung ihre Kompetenzen in absehbarer Zeit effektiv wahrnehmen könne. Soweit dieser Behörde etwa Durchsuchungsbefugnisse unterhalb der

Schwelle des Anfangsverdachts eingeräumt werden, sei das unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit problematisch. Krüger hielt dagegen, dass ein teilweises Hinausgehen über strafprozessuale Instrumente im einschlägigen Fachrecht nicht ungewöhnlich und für sachbezogene Kontrollen der zuständigen Verwaltungsbehörde unerlässlich sei. Die Intention des Gesetzgebers, auch mittels Meldeverpflichtungen eine Bestandsaufnahme potenziell sanktionierter Vermögensgegenstände zu erreichen, um Sanktionen auf dieser Grundlage zielgerichtet durchsetzen zu können, sei wegen der zunehmenden Kollateralschäden für den allgemeinen Wirtschaftsverkehr zu begrüßen. Gleichwohl einig waren sich beide Diskutanten, dass der Rechtsverkehr durch die dynamischen und selten durchschaubaren Entwicklungen im Bereich personenbezogener Sanktionen weiter vor erheblichen Unsicherheiten stehen wird, die auch die neue Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung nicht wird auflösen können.

Der zweite Tagungstag startete mit dem von RA'in Hannah Milena Piel moderierten Panel 3 über „Innerprozessuale Risiken und Nebenwirkungen des Wirtschaftsstrafverfahrens“ und einem Vortrag von RA'in Dr. Susanne Stauder zum Thema „Geschäftsgeheimnisverrat und Geschäftsschädigung durch Informationsweitergabe“. Die einleitenden Bemerkungen widmete Stauder vor allem dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses im Sinne des GeschGehG, wobei sie das Kriterium des hinreichenden Schutzes durch das Unternehmen sowie die Ausnahme für Hinweisgeber hervorhob. Sodann erfolgte ein Überblick über denkbare Möglichkeiten der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen eines Strafverfahrens, wobei sie ein besonderes Risiko in der Akteneinsicht im Falle eines berechtigten Interesses von Dritten nach § 406e StPO sowie der Auskunft aus den Ermittlungsakten nach § 475 StPO erblickte. Denkbar sei eine Weitergabe außerdem im Zusammenhang mit Mitteilungen auf Grundlage der MiStra. Die Referentin stellte insbesondere in Frage, dass insoweit im Einzelfall stets eine Einzelfallprüfung hinsichtlich der für die Mitteilung tatsächlich notwendigen Informationen durch die Justiz erfolge.

Anschließend referierte MR Dr. Jan Wacke (Dienststelle des Landesbeauftragten für den Datenschutz Baden-Württemberg) über die „Erfassung und Speicherung von Informationen über Wirtschaftsstrafverfahren sowie Zugriff hierauf, auch bei eingestellten Verfahren“. Einleitend betonte er dabei den noch immer maßgeblichen Charakter des Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichts für das Datenschutzrecht und damit auch für die Strafprozessordnung, soweit sie geronnenes Datenschutzrecht sei. Ein erstes Schlaglicht warf er dabei auf etwaige Daten, die im Rahmen der Strafaktenführung verarbeitet würden. Insoweit hob er insbesondere die Betroffenenrechte hervor, nach denen einem Betroffenen neben einem Akteneinsichtsrecht und etwaigen Auskunftsansprüchen ein Recht auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung bestimmter Aktenbestandteile zustehen könne. Sodann erläuterte er die der Strafprozessordnung zugrundeliegende Trennung von Akte und sonstigen Dateisystemen, die nicht mit den üblichen datenschutzrechtlichen Entscheidungen übereinstimme. So gebe es Dateisysteme zur Verfolgung für dasselbe Strafverfahren (§ 483 StPO), für Zwecke künftiger

Strafverfahren (§ 484 StPO) sowie zur Vorgangsverwaltung (§ 485 StPO), also zur systematischen Erfassung des bestehenden Akten- und Dateimaterials. In der Praxis besonders relevant seien Dateisysteme für die Zwecke künftiger Strafverfahren, wie etwa das Zentrale Staatsanwaltschaftliche Verfahrensregister.

Das abschließende von MDg Dr. Matthias Korte moderierte Panel 4 widmete sich sodann dem Thema: „Zwischenbilanz: Geht das Recht der Vermögensabschöpfung zu weit oder nicht weit genug? Ausgewählte Einzelfragen, insbesondere zu den Möglichkeiten auf Basis eines einfachen Anfangsverdachts“.

Den Beginn machte Prof. Dr. Thomas Rönna, der einleitend die seit 2017 überwältigende Entwicklungsgeschwindigkeit des Rechts der Vermögensabschöpfung in Wissenschaft und Praxis betonte. So seien wesentliche Entscheidungen des Gesetzgebers bei der Reform – etwa die Möglichkeit einer Einziehung trotz bestehender Drittansprüche sowie das Verschieben der Befriedigung von Opferansprüchen in das Strafvollstreckungsverfahren – dafür verantwortlich, dass sich bereits bisher bestehende Streitfragen unter neuen Vorzeichen stellen würden. Materiell-rechtlich sei ein erster neuralgischer Punkt das „erlangte Etwas“, das bei einem bloßen Kausalitätserfordernis zu weit gerate und durch eine Schutzzwecklehre eingeschränkt werden müsse; dies sei zunehmend auch das Verständnis der Praxis. Daneben sei das Zusammenspiel von Vermögenseinziehung und Steuerstrafrecht problematisch, was der Reformgesetzgeber ersichtlich übersehen habe. Schließlich sei die Dritteinziehung im Blick zu behalten, die den Rechtsanwender sowohl bei Unternehmenseinziehungen als auch bei den sog. Weiterleitungsfällen mitunter ratlos zurücklasse. Schließlich werde die Reichweite der Sperrklausel bei erloschenen Ansprüchen heftig diskutiert, insbesondere im Zusammenhang mit cum/ex-Konstellationen. Entsprechende Streitfragen fänden sich schließlich im Prozessrecht vor dem Hintergrund der Beschlagnahme von Vermögen und des Vermögensarrests. Nicht zuletzt sei der Anwendungsbereich der unterbleibenden Vollstreckung aufgrund Unverhältnismäßigkeit nach § 459g Abs. 5 StPO weiterhin diskussionsbedürftig. Entsprechend dem Schwerpunkt des Vortragstitels lag der Fokus sodann auf der Wechselwirkung der Vorwirkung durch Prozessrecht und dem materiellen Einziehungsrecht. Der Vermögensarrest – als „Untersuchungshaft für Vermögen“ (OLG Rostock) – dürfte vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG nur angeordnet werden, wenn der Beschuldigte entsprechendes schulde. Exemplarisch für die Schwierigkeiten dieses Nachweises sei die Rechtsprechung zu cum/ex, die in zwei Entscheidungen zunächst alle involvierten Parteien als Gesamtschuldner betrachtet und später bei Steuerrückzahlungen trotzdem nur ein Erlöschen der Ansprüche im jeweiligen Rechtsverhältnis angenommen habe. Nach Ansicht von Rönna sei für die zutreffende Wertung entscheidend, wer das jeweils eingezogene Vermögen jeweils genau erlangt habe. In diesem Zusammenhang problematisierte er, ob man de lege ferenda einen weitergehenden Tatverdacht für einen Eingriff fordern sollte. Zudem mahnte er in der Praxis eine häufige Übersicherung in Fällen der Gesamtschuld mit Hilfe

des Vermögensarrests an. Aus Sicht der Verteidigung biete die unklare Rechtslage der Vermögenseinziehung ein erhebliches Verteidigungspotenzial, wodurch nicht zuletzt eine Doppelbelastung der Beschuldigten und damit ein etwaiger Strafcharakter der Einziehung unterbunden werden könne.

Unmittelbar im Anschluss folgte der Vortrag von OStA Torsten Elschenbroich, der ausgehend von der Vermögenseinziehung in Mehrpersonenverhältnissen zahlreiche Einzelfragen erneut berühren sollte. Ein erster Schwerpunkt lag dabei auf der Betonung des „erlangten Etwas“ als tatsächliches Herrschaftsverhältnis über einen Vermögensgegenstand. Hieraus folge für die Gesamtschuld, dass ein gemeinsamer Zugriff der präsumtiven Schuldner notwendig sei. Im Gegensatz zu den Wertungen des Zivilrechts genüge demgegenüber kein bloßes Mitmachen. Unterschiede dieser Position zeigten sich weiterhin bei der Vorfinanzierung von strafbaren Handlungen, wie bei cum/ex, da der jeweilige Vermögensgegenstand nicht aus der Tat erlangt werde. Strafrechtlich liege damit das wirtschaftliche Risiko richtigerweise allein beim Leerverkäufer, während weitere Beteiligte lediglich steuerrechtlich oder zivilrechtlich in Anspruch genommen werden könnten.

Elschenbroich wies zudem darauf hin, dass der Staat im Gegensatz zu den Ausführungen von Rönnauch auch bei der mehrfachen Einziehung bei Gesamtschuldnern keine Übersicherung beabsichtige, sondern vielmehr seiner Rolle als Sicherungsgläubiger gerecht werden wolle. Demgegenüber sei die Wahl der zutreffenden Gläubiger erst dem Urteil überantwortet. Überhaupt wunderte sich der Vortragende über den ausgebliebenen Aufschrei der Verteidiger, nachdem der Reformgesetzgeber die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich dem Strafvollstreckungsverfahren überantwortet habe. Auch aus Sicht der Justiz sei dies unglücklich, da hierdurch sehenden Auges korrekturbedürftige Titel provoziert würden.

Das Schlusswort übernahm RA Alexander Sättele, der zunächst RA Prof. Dr. Franz Salditt für seinen verdienstvollen Einsatz für die WisteV-wistra-Neujahrstagung in der Vergangenheit dankte und sodann die Vorträge der Tagung in kurzen Zusammenfassungen nochmals Revue passieren ließ. Nicht zuletzt betonte er den Einsatz der Veranstalterinnen bei der Organisation der diesjährigen Tagung.

## REZENSIONEN

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

### Esther-Nicola Vehling, Die Auswirkungen des Völkerrechts auf die grenz- überschreitende Ermittlung digitaler Beweis nach der StPO

Duncker & Humblot 2023, 264 Seiten,  
ISBN 978-3-428-18814-7, 89,90 EURO

#### I. Einleitung

Die von Kuhli betreute und im Jahr 2022 abgeschlossene Dissertation widmet sich einem für die Praxis hochrelevanten Thema. Vehling befasst sich darin mit der Frage, ob und unter welchen Umständen das Völkerrecht staatlichen Ermittlungen Grenzen zieht und was aus staatlichen Verstößen gegen das Völkerrecht resultiert. In der Praxis werden die territorialen Grenzen staatlicher Eingriffsbefugnisse vor allem im Hinblick auf die Reichweite des § 110 Abs. 3 S. 2 StPO diskutiert (vgl. u.a. LG Koblenz, Beschl. 24.8.2021 – 4 Qs 59/21). Die von Vehling verfasste Abhandlung lässt es dabei jedoch nicht bewenden und beleuchtet eine Vielzahl von Ermitt-

lungsmaßnahmen, die faktisch einen Zugriff auf im Ausland befindliche Daten oder die Überwachung vom im Ausland sich befindlichen Zielpersonen ermöglichen. Diese Entscheidung zahlt sich für den Leser aus. Das Zusammenspiel aus technischen, strafprozessualen und völkerrechtlichen Darstellungen veranschaulicht nicht nur die Komplexität der Materie. Es zeigt auch, dass die internationale Gemeinschaft für die Regulierung des Zugriffs auf Daten im „Cyberspace“ eine Vielzahl von komplementären Regelungen geschaffen hat und gleichzeitig dem unilateralen Zugriff auf im Ausland gespeicherte Daten klare Grenzen gesetzt hat.

#### II. Inhalt

Die Abhandlung ist in fünf Kapitel unterteilt. In einem kurzen ersten Kapitel werden die technischen Grundlagen der Telefonie sowie des Internets dargestellt. Hierbei werden kurz die Funktionsweise des Festnetzes und Mobilfunknetzes erläutert (S. 20 ff.), bevor die Architektur des Internets (S. 25 ff.) sowie wichtige Internetanwendungen (S. 32 ff.) aus technischer Sicht beleuchtet werden. Von besonderer Bedeutung für die grenzüberschreitende Datenerhebung im Bereich der Telekommunikation sind die Auslandsköpfe (S. 22), an denen Ermittlungsbehörden im Inland transnationale Telekommunikation überwachen können. Die Überwachung muss mithin nicht am konkreten Anschluss erfolgen, sondern kann auch an einem der 21 Auslandskopf-Vermittlungsstellen ansetzen. So sind Ermittlungsbehörden technisch in der Lage, einen ausländischen Anschluss zu überwachen, der mit Kommunikationspartnern im Inland kommuniziert. Für den Bereich des Internets erläutert Vehling die Funktionsweise des Datenaustausches via Internet, der – anders als beim klassi-

schen Festnetz – nicht mittels einer feststehenden Leitung zwischen den Kommunikationsteilnehmern erfolgt, sondern auf eine Übertragung einzelner Datenpakete setzt (vgl. S. 29 ff.), was gerade bei transnationalen Sachverhalten zu technischen Schwierigkeiten bei der Überwachung führen kann (vgl. S. 69). Darüber hinaus geht mit der internetbasierten Datenspeicherung und -verarbeitung ein loss of knowledge of location einher (S. 34). Dies kann in der Praxis mit Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Speicherorts und damit der Zuständigkeit nationaler Ermittlungsbehörden einhergehen. Das zweite Kapitel widmet sich der Frage, welche Vorschriften der StPO die Erhebung digitaler Beweise ermöglichen. Dieses Kapitel ist angesichts der Fragestellung der Abhandlung überraschend lang geraten, ermöglicht dem nicht mit der Materie vertrauten Leser allerdings, sich einen Überblick über die strafprozessuale Materie und die in Rechtsprechung und Literatur geführten Debatten zu verschaffen. Zudem schafft das Kapitel eine Grundlage für die folgende Betrachtung. Vehling untersucht zunächst, was unter Telekommunikation iSd StPO zu verstehen ist, plädiert insoweit für einen genuin strafprozessualen Telekommunikationsbegriff (S. 46) und konstatiert völlig zu Recht, dass eine Überwachung maschineller Datenströme sowie der Internetnutzung in der Eingriffsintensität eher einer Online-Durchsuchung nahekommen (S. 49 ff.). Ob sich aus der Schaffung des § 100b StPO durch den Gesetzgeber ableiten lässt, dass damit eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 100a StPO auf sozial-kommunikative Kommunikation intendiert war (S. 52 f.), ist allerdings unklar. Zwar dürfte sich im Lichte der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die Anlass für die Normierung einer Eingriffsbefugnis für Eingriffe in das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme war, begründen lassen, dass zumindest der (automatisierte) Datenaustausch zwischen Endgerät und Cloud nur nach § 100b StPO überwacht werden darf. Ob sich aus der Gesetzgebungshistorie allerdings ein deutlicher Schlussstrich unter die Debatte des strafprozessualen Telekommunikationsbegriffs herleiten ist, lässt sich jedoch bezweifeln. Vehling widmet sich auch der Frage, ob endgespeicherte Emails, die der Nutzung bewusst auf dem Server belassen hat, über § 100a StPO gesichert werden dürfen. Vehling diskutiert hier die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung und kommt, in Abgrenzung zum BVerfG, zu dem zutreffenden Ergebnis, es liege insoweit kein Eingriff in Art. 10 GG vor, weshalb nicht § 100a StPO, sondern § 100b StPO einschlägig sei (S. 57 ff.). Hinzukommt, dass eine Anwendbarkeit des § 100a StPO bereits aus einfachrechtlichen Gründen zweifelhaft ist (vgl. dazu Grözinger NStZ 2021, 358). Vehling diskutiert ferner, wer Verpflichteter iSd § 100a Abs. 4 StPO ist und ob OTT-Dienstleistungen unter den Begriff des Telekommunikationsdiensteanbieters fallen (S. 61 ff.). Den Abschnitt zur TKÜ wird abgeschlossen durch eine Befassung mit § 4 Abs. 2 S. 1 TKÜV, der die Auslandskopfüberwachung regelt (S. 68 ff.), und der Quellen-TKÜ (S. 70 ff.).

Im folgenden Abschnitt widmet sich Vehling der Online-Durchsuchung nach § 100b StPO (S. 73 ff.) und diskutiert – und verneint – eine Anwendbarkeit des § 100b StPO auf Herausgabeverlangen (S. 79 f.). Dem schließen sich ein Abschnitt über § 100i StPO (S. 80 f.) sowie Ausführungen zu Daten-

abfragen (Verkehrs- und Nutzungsdaten, Bestandsdaten) bei Diensteanbietern (TKG, TMG) an (S. 81 ff.). Vehling diskutiert in der Folge die Anwendbarkeit des § 94 StPO auf die Beschlagnahme von Daten. Entgegen der hM und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lehnt sie die Anwendbarkeit ab, da die Norm nicht hinreichend bestimmt und zudem unverhältnismäßig sei (S. 96 f.). Zudem drohe so das Regelungskonzept der §§ 100a ff. StPO unterlaufen zu werden (S. 98 f.). Ob dies in dieser Absolutheit zutreffend ist – die §§ 100a ff. StPO erlauben heimliche und längerfristige Eingriffe, § 94 StPO grundsätzlich nur offene und Zugriffe zu bestimmten Zeitpunkten – mag dahinstehen. Zutreffend konstatiert Vehling aber, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gewisse Fragen aufwirft, wenn sie im Bereich der §§ 100a ff. StPO ausdifferenzierte Regelungen fordert (vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13), den Gesetzgeber bei der Datenbeschlagnahme jedoch nicht in die Pflicht nimmt. Vehling lehnt konsequenterweise auch eine Anwendbarkeit des § 95 StPO auf Daten ab (S. 101). Offen bleibt, welche Auswirkungen dies auf § 110 Abs. 3 StPO hat. Dieser erlaubt einen Zugriff auf Daten (S. 101 ff.). Allerdings dürfte sich hier, würde man der Ansicht von Vehling folgen, die Frage stellen, ob eine solche Maßnahme überhaupt geeignet sein kann, wenn die Daten in der Folge nicht beschlagnahmt werden können. Vergleichsweise kurz spricht Vehling noch den Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten im Internet an, den sie für nach der Ermittlungsgeneralklausel für zulässig erachtet (S. 103 f.). Eine informelle Kooperation mit Dateneinhabern hält sie strafprozessual für unzulässig (S. 105).

Im folgenden dritten Kapitel geht Vehling auf die Kernthematik der Abhandlung ein. Dabei wird in drei Stufen vorgegangen. In einem ersten Schritt wird untersucht, ob das Telefonnetz und der Cyberspace überhaupt von territorialen Hoheitsansprüchen der Staaten erfasst wird. Eine Einordnung hinsichtlich der Telefonnetze fällt insoweit leicht (S. 112). Hinsichtlich des Cyberspace kommt Vehling zu dem detailliert begründeten Schluss, dass Staaten über den Cyberspace zwar nicht per se Hoheitsrechte ausüben können, wohl aber über die bedingende (nationale) Infrastruktur und die Nutzer (S. 117). Anders als die Weltmeere, die dort sind, wo die Staaten nicht sind, setzt sich der Cyberspace aus der Infrastruktur der Staaten zusammen (S. 118 f.).

Auf der zweiten Stufe prüft Vehling, unter welchen Voraussetzungen eine Exterritorialität vorliegt und ob eine extraterritoriale Datenermittlungen als völkerrechtliches Delikt, also den Verstoß gegen eine Primärnorm anzusehen ist. Zu Recht meldet sie für den klassischen Fall der Datenermittlung Zweifel an, ob ein Verstoß gegen das Interventionsverbot vorliegt (S. 154 ff.). Zudem überzeugen die Ausführungen, die die Achtung der Souveränität fremder Staaten als verbindliches völkerrechtliches Gebot einstuft (S. 160). Auf dieser Grundlage analysiert Vehling, ob und unter welchen Bedingungen ein extraterritorialer Datenzugriff eine extraterritoriale Ausübung von Hoheitsmacht darstellt (S. 120 ff.) und ob dieser als Verstoß gegen die Souveränität zu werten ist (S. 162 ff.). Hierzu im Einzelnen:



Zunächst widmet sich Vehling der Frage, wann eine Extraterritorialität bei der Überwachung einer leitungsgebundenen Telekommunikation vorliegt (S. 123 ff.) und kommt zu dem Schluss, dass die gezielte Überwachung eines Inhabers einer Zielperson im Ausland ein Eingriff in die fremde Souveränität vorliege, da bei der Echtzeitüberwachung die Zielperson quasi zum Beweismittel werde (S. 127 ff.). Einen Eingriff in die staatliche Souveränität sieht Vehling auch beim Zugriff auf Daten, die lokal auf dem Gerät eines Nutzers im Ausland gespeichert sind (S. 129 ff.). Gleiches gelte bei dem Direktzugriff auf den Daten, die serverbasiert gespeichert seien (S. 132 ff.). Hier entspreche es der *opinio juris*, auf den Speicherort der Daten abzustellen und insoweit territoriale Herrschaftsansprüche anzunehmen (S. 136). Zwar sieht Vehling insoweit einen Bedarf, für völkerrechtliche Sonderregelungen, betont aber zugleich, dass derzeit der Speicherort als traditionelles Zuordnungskriterium maßgeblich sei (S. 138 f.). Dies zeige sich auch an bestimmten Rechtshilfeverträgen aus dem Bereich Cybercrime, die in Kenntnis der praktischen Hindernisse nur Regelungen zur Vereinfachung der Rechtshilfe getroffen haben (S. 137). Diese völlig zutreffende Auffassung Vehlings wird von der staatsanwaltschaftlichen und landgerichtlichen Praxis allerdings teilweise in Frage gestellt. Diese, im Zeitpunkt des Abfassens der Abhandlung wohl noch nicht bekannten (vgl. LG Koblenz, Beschl. 24.8.2021 - 4 Qs 59/21 m. Anm. Hiéramente/Basar, juris PR-StrafR 6/2022 Anm. 1) - und zum Teil auch noch nicht veröffentlichten - Entscheidungen blenden diesen klaren Regelungswillen bedauerlicherweise aus. Die gilt insbesondere für (vermeintliche) Fälle der sog. *loss of knowledge of location*, für die Vehling keine Ausnahme vom völkerrechtlichen Verbot des Direktzugriffs macht (S. 168 ff.).

Vehling widmet sich dann einer weiteren Zugriffsmöglichkeit: Der Anfrage beim Diensteanbieter. Dies Ausführungen sind besonders instruktiv, weil eine saubere Trennung zwischen Anfragen an territoriale Diensteanbieter und extraterritoriale Anbieter erfolgt. Insoweit werden Bestrebungen erläutert territoriale Diensteanbieter zur Übermittlung unternehmensinterner Daten zu verpflichten, die möglicherweise in einem anderen Staat belegen sind (S. 140 ff.). Insoweit bestehe bereits Uneinigkeit, wann von einem Diensteanbieter im Inland auszugehen sei. Insbesondere bestehe selbst innerhalb der EU kein Konsens, ob der Sitz, der Marktort oder der Ort, indem die Infrastruktur vorgehalten wird, maßgeblich sein soll. Sollte der Provider im Inland ansässig sein, hält Vehling eine Anordnung, auch unternehmensinterne Daten aus dem Ausland zu beschaffen, für völkerrechtskonform (S. 148), sofern dies faktisch möglich ist (S. 143). Sollte der Diensteanbieter hingegen keine Inlandspräsenz haben, stellt sich die Frage, ob eine Herausgabeanordnung an einen ausländischen Serviceprovider erfolgen kann (S. 143 ff.). Insoweit bejaht Vehling

einen Verstoß gegen Hoheitsrechte des betroffenen Staates, auch wenn eine Durchsetzung mittels Zwangsmaßnahmen ausscheide (S. 144 f.). Anders bewertet sie den Fall einer informellen Anfrage bei einem ausländischen Serviceprovider. Eine Vielzahl der Staaten habe bestätigt, dass eine derartige Zusammenarbeit erfolge (S. 149 ff.). Zwar könne das Handeln eines Privaten einem Staat im Einzelfall zugerechnet werden. Die Voraussetzungen für eine Zurechnung seien aber nicht erfüllt. Dieser agiere vielmehr freiwillig. Ob eine solche Kooperation in der Praxis allerdings tatsächlich stets freiwillig ist und ob Staaten nicht möglicherweise in der Lage sind, mittelbar Zwang auf Dienstleister auszuüben, steht auf einem anderen Blatt und ist naturgemäß nicht Gegenstand der Betrachtungen gewesen.

In einem dritten Schritt geht Vehling auf völkervertragsrechtliche Ausnahmen ein und bespricht u.a. kurz die Rechtshilfe in Europa (S. 178), Rechtshilfe mit den USA (S. 179), die Cybercrime-Konvention (S. 180 ff. und den Entwurf der E-Evidence-Verordnung der EU (S. 182). Diese Regelwerke werden für die TKÜ (S. 184 ff.) und den Zugriff auf Daten (S. 187 ff.) noch einmal detailliert dargestellt.

Im vierten Kapitel wendet Vehling die völkerrechtlichen Erkenntnisse auf die strafprozessualen Maßnahmen an. Das fünfte Kapitel wendet sich der Frage zu, ob bei Verstößen Beweisverwertungsverbote existieren. Hier werden die gängigen Ansichten zu unselbstständigen Beweisverwertungsverböten dargestellt (S. 216 ff.). Vehling selbst spricht sich für besonders weitgehende Beweisverwertungsverböte aus (S. 221 ff.) und wendet diese dann auf den Fall des Verstoßes gegen die Souveränität fremder Staaten an (S. 228 ff.). Ihrem sehr weiten - und von der Rechtsprechung bewusst abweichenden - Verständnis von Beweisverwertungsverböten folgend, nimmt sie grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot an und lässt ein solches auch bei nachträglicher Zustimmung des betroffenen Staates grundsätzlich nicht entfallen (S. 232 f.).

### III. Resümee

Die Abhandlung befasst sich einem rechtlich und technisch komplexen Thema. Durch die Anzahl der Themen sind einzelne Ausführungen allerdings recht komprimiert dargestellt. Die Entscheidung Vehlings, sowohl technische Grundlagen als auch strafprozessuale und völkerrechtliche Fragen zu beleuchten, ist Stärke und Schwäche zugleich. Die Vielseitigkeit der Abhandlung ermöglicht dem Leser einen sehr guten Überblick über die Materie und veranschaulicht die enormen Herausforderungen für Wissenschaft und Praxis und die praktische Notwendigkeit, die Entwicklungen auf Ebene des Völker- und Europarechts genau im Blick zu behalten.