02.2023 | 12. Jahrgang | Dez. 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 Rübenstahl, 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

Aus dem Inhalt

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Tabitha Schulze-Bünte, Frankfurt a.M.
Das Problem der überlangen Verfahrensdauer im Strafprozess 49

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M./Wiss. Mit. Phillipp Hoppe
Die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Hinweisgeberschutzgesetz 56

INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Mayeul Hiéramente, Hamburg
Der rechtshilferechtliche Spezialitätsgrundsatz im Steuerstrafrecht: eine kurze Einordnung der CumEx-Entscheidung des 1. Strafsenats, 1 StR 187/23 v. 20.9.2023 61

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.
Fälschung von Impfausweisen – eine Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22 65

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln
Richtiges Näschen – Zwischenbericht der WisteV-ad-hoc-AG Vermögensabschöpfung 81

Dr. Sebastian Eberz, Landgericht Lübeck
129 StGB – Der Kampf gegen wirtschaftskriminelle Vereinigungen 83

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Tabitha Schulze-Bünte, Frankfurt a.M.
Das Problem der überlangen Verfahrensdauer im Strafprozess 49

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M./Wiss. Mit. Phillipp Hoppe
Die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Hinweisgeberschutzgesetz 56

INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Mayeul Hiéramente, Hamburg
Der rechtshilferechtliche Spezialitätsgrundsatz im Steuerstrafrecht: eine kurze Einordnung der CumEx-Entscheidung des 1. Strafsenats, 1 StR 187/23 v. 20.9.2023 61

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.
Fälschung von Impfausweisen – eine Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22 65

Rechtsanwältin Dr. Viktoria Schrader, LL.M., Dresden
Durchsuchung bei Anwaltskanzleien; Anm. zu LG Hamburg, Beschl. v. 20.1.2023 – 608 Qs 12/22 71

Diplom-Finanzwirtin (FH) und Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.
Vergleich über die Zahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen mit der Einzugsstelle – Risiko für alle Beteiligten?! 73

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert
Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht 76

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln
Richtiges Näschen – Zwischenbericht der WisteV-ad-hoc-AG Vermögensabschöpfung 81

Dr. Sebastian Eberz, Landgericht Lübeck
129 StGB – Der Kampf gegen wirtschaftskriminelle Vereinigungen 83

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert
Aktuelles zum Insolvenzstrafrecht 85

Diplom-Finanzwirtin (FH) und Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.
Thementag Außenwirtschaft in Köln, 17. und 18.10.2023 89

REZENSIONEN

Syndikusrechtsanwältin Franziska Stapelberg, LL.M., Köln
Schwartmann/Jaspers/Eckhardt: TTDSG – Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz 91

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.

ISSN: 2193-9950 **www.wistev.de**

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Tabitha Schulze-Bünte, Frankfurt a.M.

Das Problem der überlangen Verfahrensdauer im Strafprozess

A. Einleitung

Bereits 1766 kam der italienische Rechtswissenschaftler Cesare Beccaria zu dem Schluss, dass überlange Strafverfahren für die Betroffenen „unnütze und schreckliche Qualen der Ungewissheit" bedeuten.[1]

Auch heute noch muss sich die Rechtsprechung regelmäßig mit unangemessenen Verzögerungen in Strafverfahren befassen. In den letzten Monaten sind mehrere höchstrichterliche Entscheidungen ergangen, die sich mit verschiedenen Aspekten der Problematik – insbesondere der Frage nach der Ermittlung einer überlangen Verfahrensdauer und der möglichen Kompensation hierdurch erlittener Nachteile – auseinandersetzen und die jeweiligen Voraussetzungen weiter konkretisieren. So erging am 24. März dieses Jahres ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), das sich im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde mit der Dauer eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens vor dem Landgericht (LG) Berlin auseinanderzusetzen hatte, nachdem sich der Beschwerdeführer gegen seine Verlegung aus einer Sozialtherapeutischen Anstalt in den Regelvollzug der Justizanstalt Tegel gewandt hatte.[2] Dabei beschäftigte sich das BVerfG insbesondere mit der Frage, wann eine überlange Verfahrensdauer erreicht ist. Im Rahmen eines Beschlusses vom 21. September 2023 hatte sich das BVerfG überdies mit der überlangen Dauer eines Haftprüfungsverfahrens vor dem Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main zu befassen, nachdem bis zur Entscheidung über die Haftfortdauer mehr als fünf Monate vergangen waren.[3] Weiter hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) in Strafsachen im Rahmen einer am 5. April 2023 ergangenen Entscheidung mit der Kompensation einer überlangen Verfahrensdauer auseinandergesetzt.[4] In einer bereits im Januar 2023 veröffentlichten Entscheidung präzisierte er ferner die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit Betroffene überlanger Gerichtsverfahren hierfür nach den §§ 198 ff. GVG entschädigt werden.[5] Zwar handelte es sich um eine zivilrechtliche Entscheidung. Gemäß § 199 Abs. 1 GVG sind die §§ 198 ff. GVG jedoch nach Maßgabe des § 199 Abs. 2 bis 4 GVG auch auf Strafverfahren anzuwenden.

Die zitierten Entscheidungen setzen sich jeweils mit verschiedenen Teilaspekten der Problematik unangemessener Verzögerungen in Strafverfahren auseinander und sollen zum Anlass genommen werden, sich hiermit im Folgenden eingehend zu befassen. Dabei wird im weiteren Verlauf an geeigneter Stelle ausführlicher auf besonders relevante Aspekte der zitierten Entscheidungen eingegangen.

B. Ermittlung und Kompensation von überlangen Verfahrensdauern

Ausgangspunkt für die Ermittlung und Kompensation überlanger Strafverfahren ist zunächst das Beschleunigungsgebot, nach dem ein Strafverfahren innerhalb eines angemessenen Zeitraums durchzuführen ist.[6] Hiervon ausgehend soll im Folgenden zunächst erläutert werden, nach welchen Kriterien die Dauer eines Strafverfahrens als überlang ermittelt wird und wie eine Kompensation erfolgen kann. Nach einer Auseinandersetzung mit den §§ 198 ff. GVG wird schließlich auf wirtschafts- sowie steuerstrafrechtliche Besonderheiten eingegangen.

I. Das Beschleunigungsgebot

Das Beschleunigungsgebot ist weder im Strafgesetzbuch (StGB) noch in der Strafprozessordnung (StPO) ausdrücklich normiert. Dennoch wirken verschiedene Vorschriften der StPO auf eine zügige Durchführung des Strafverfahrens hin: So enthalten die §§ 228, 229 StPO das Konzentrationsprinzip, nach dem möglichst ohne Unterbrechung zügig zu verhandeln ist. Daneben fördern die gesetzliche Fristen zur Verkündung des Urteils (§ 268 Abs. 3 S. 2 StPO) sowie zu dessen Absetzung (§ 275 Abs. 1 StPO) den zügigen Gang des Verfahrens. In Haftsachen bestimmt § 115 StPO wie die §§ 128 f. StPO, dass festgenommene Personen unverzüglich einem Richter vorzuführen sind. Auch § 121 StPO, der die Fortdauer der Untersuchungshaft über einen Zeitraum von sechs Monaten hinaus betrifft, dient der Beschleunigung des Strafverfahrens.[7] Ist kein Urteil ergangen, das auf Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung erkennt, darf die Untersuchungshaft gemäß § 121 Abs. 1 StPO nur ausnahmsweise über sechs Monate hinaus aufrechterhalten werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der ein Urteil noch nicht zulässt und die Fortdauer der Haft begründet. Vermeidbare, vom Staat zu verantwortende Verfahrensverzögerungen, können die Fortdauer der Untersuchungshaft dabei nicht rechtfertigen.[8] Nach sechs Monaten ist der Haftbefehl regelmäßig aufzuheben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das zuständige Gericht oder das OLG den Vollzug des Haftbefehls ausgesetzt haben oder die Fortdauer der Untersuchungshaft durch das zuständige OLG angeordnet worden ist.[9]

---

[1] Alff: Beccaria: Über Verbrechen und Strafen – Nach der Ausgabe von 1766, 1. Auflage 1998, S. 104.

[2] Vgl. BVerfG NJW 2023, 1564.

[3] Vgl. BVerfG StRR 2023, 38.

[4] Vgl. BGH NStZ-RR 2023, 168.

[5] Vgl. BGH NJW 2023, 1578.

[6] Vgl. Kolleck-Feser: Verfahrensverzögerungen, 1. Auflage 2015, S. 36.

[7] Vgl. Kolleck-Feser: Verfahrensverzögerungen, S. 26 f./MüKo StPO Bd. 1, 2. Auflage 2023/Böhm § 121 Rn. 1/MüKo StPO Bd. 2, 1. Auflage 2016/Arnoldi § 228 Rn. 1/Plankemann: Überlange Verfahrensdauer, 1. Auflage 2015, S. 19 f..

[8] Vgl. BVerfG StV 2006, 703/in diesem Sinne bereits BVerfG NJW 2006, 1336.

[9] Vgl. BeckOK StPO, 49. Edition Stand: 1. Oktober 2023/Krauß § 121 Rn. 18, abrufbar über: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOKStPO_49%2FSTPO%2Fcont%2FBECKOKSTPO%2eSTPO%2eP121%2eglD%2ehtm.

Auch im Grundgesetz (GG) findet sich keine Regelung, die das Beschleunigungsgebot ausdrücklich normiert. Vielmehr wird es aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, abgeleitet. Je nachdem, welche Grundrechte des Beschuldigten durch die Verzögerung des Verfahrens betroffen sind, wird zusätzlich auf die Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG oder die Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG abgestellt. In Haftsachen wird der Beschleunigungsgrundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 GG abgeleitet.[10]

In der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ist der Beschleunigungsgrundsatz dagegen ausdrücklich geregelt. Allgemein formuliert lässt sich dieser Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK entnehmen, während Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK eine Sonderregelung in Haftsachen normiert. Gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Ergänzend sieht Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK vor, dass jede Person, die von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden muss; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Letzteres darf nicht im Sinne einer Wahlmöglichkeit verstanden werden. Beschuldigte sind dann aus der Untersuchungshaft zu entlassen, wenn die Grenze der Angemessenheit der Haftdauer überschritten ist.[11]

Die Regelungen der EMRK haben den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und finden in Deutschland unmittelbar Anwendung.[12]

II. Ermittlung der Dauer eines Strafverfahrens als überlang

Die Kriterien, anhand derer die überlange Verfahrensdauer bestimmt wird, orientieren sich an der Rechtsprechung des EGMR: Eine Verfahrensverzögerung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ist hiernach anzunehmen, wenn das Verfahren länger als gewöhnlich gedauert hat und das Verhalten der Justiz hierfür ursächlich geworden ist.[13] Ob eine solche Verzögerung gegeben ist, wird in einem zweistufigen Verfahren geprüft: Zunächst wird die Gesamtverfahrensdauer ermittelt, die den Beurteilungszeitraum darstellt. In einem zweiten Schritt wird mit Hilfe verschiedener Kriterien untersucht, ob sich die Dauer der einzelnen Verfahrensabschnitte sowie die Gesamtverfahrensdauer rechtfertigen lassen.[14]

Die Gesamtverfahrensdauer beginnt hierbei mit der förmlichen Anklage des Beschuldigten oder zu dem Zeitpunkt, zu dem dieser durch eine andere behördliche Maßnahme ersehen kann, dass gegen ihn ermittelt wird. Letzteres gilt nur, soweit er durch die entsprechende behördliche Maßnahme ebenso beeinträchtigt wird, wie durch eine offizielle Mitteilung.[15] Sie endet mit dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.[16] Auch Verfahren vor dem BVerfG sind bei der Bemessung der Verfahrensdauer zu berücksichtigen, da sich diese auf den Ausgang des Strafverfahrens auswirken können.[17]

Hinsichtlich der Bewertung der Verfahrensdauer als (un-) angemessen betont das BVerfG in dem bereits zitierten Beschluss: „Allgemein gültige Zeitvorgaben lassen sich aus der Verfassung [] nicht ableiten. Wann von einer unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist, ist vielmehr eine Frage der Abwägung im Einzelfall. Die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens ist nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls zu bestimmen".[18] In die Prüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer einbezogen werden dabei mit der Komplexität des Verfahrens sowie dem Verhalten des Beschuldigten und dem der Justizorgane sowohl objektive Faktoren als auch subjektive Faktoren wie die Bedeutung des Verfahrens für den Beschuldigten. Berücksichtigung finden auch die Belastungen, die für den Beschuldigten mit den Verzögerungen verbunden sind.[19] In älteren Entscheidungen bezog der BGH zudem die Schwere des Tatvorwurfs mit ein.[20]

Im Rahmen der Überprüfung der Komplexität des Falles ist zu berücksichtigen, dass eine längere Dauer einzelner Verfahrensabschnitte sowie eine längere Gesamtverfahrensdauer gerechtfertigt sein können, wenn sich ein Verfahren als besonders schwierig und umfangreich darstellt.[21] Eine Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes ist dagegen umso wahrscheinlicher, je stärker die Auswirkungen für den Beschuldigten sind.[22]

---

[10] Vgl. Tiwisina: Rechtsfragen überlanger Verfahrensdauer, 1. Auflage 2010, S. 71 ff.

[11] Vgl. Plankemann: Überlange Verfahrensdauer, S. 25 f.

[12] Vgl. Kolleck-Feser: Verfahrensverzögerungen, S. 29/Plankemann: Überlange Verfahrensdauer, S. 23.

[13] Vgl. BVerfG NJW 1993, 3254 (3255)/BGH NStZ-RR 2001, 294 (294 f.)/BVerfG NJW 2003, 2225/so auch Reich: Überlange Verfahrensdauer, 1. Auflage 2011, S. 30, 34.

[14] Vgl. Reich: Überlange Verfahrensdauer, S. 30/kritisch zur Gesamtverfahrensdauer: Krehl/Eidam NStZ 2006, 1 (4 f.).

[15] Vgl. BGH NStZ-RR 2001, 294 (294 f.)/BGH NStZ-RR 2023, 114/EGMR NJW 2020, 1047 (1048)/Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer: EMRK, 5. Auflage 2023/Harrendorf/König/Voigt Art. 6 Rn. 179.

[16] Vgl. BGH NStZ-RR 2001, 294 (294 f.)/Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer: EMRRK/Harrendorf/König/Voigt Art. 6 Rn. 180.

[17] Vgl. EGMR StV 2009, 561 (562)/EGMR NJW 2020, 1047 (1048)/Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer: EMRRK/Harrendorf/König/Voigt Art. 6 Rn. 180/kritisch Kühne StV 2001, 529 (530)/Waßmer ZStW 2006, 159 (170)/ausführlich zur Frage der Einbeziehung von Verfahren vor dem BVerfG Plankemann: Überlange Verfahrensdauer, S. 43 ff.

[18] BVerfG NJW 2023, 1564 (1565 f.).

[19] Vgl. Baumanns: Der Beschleunigungsgrundsatz, 1. Auflage 2011, S. 88 ff./Reich: Überlange Verfahrensdauer, S. 31.

[20] Vgl. BGH StV 2008, 633 (634)/in diesem Sinne auch Liebhart NStZ 2017, 254 (259).

[21] Vgl. Wolter: SK-StPO Bd. X, 5. Auflage 2019/Meyer Art. 6 EMRK Rn. 287.

[22] Vgl. Wolter: SK-StPO Bd. X/Meyer Art. 6 EMRK Rn. 288/Reich: Überlange Verfahrensdauer, S. 32.

Auch das Verhalten der Verfahrensbeteiligten beeinflusst die Dauer des Strafverfahrens maßgeblich. Aus diesem Grund ist im Rahmen der Überprüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer besonders zu berücksichtigen, ob durch das Verhalten des Beschuldigten oder das des zuständigen Gerichts Verzögerungen verursacht wurden. Weil das Offizialprinzip dem Staat eine weitgehende Einflussnahme auf den Verfahrensverlauf ermöglicht, müssen Maßnahmen des Gerichts, die die Dauer des Verfahrens verlängern, besonders gewichtet werden.[23]

Nicht zugerechnet werden können dem Staat hingegen Verzögerungen, die andere Verfahrensbeteiligte verursacht haben, wobei maßgeblich ist, wem die Verzögerung objektiv zuzurechnen ist.[24] Beschuldigten steht es frei, von ihren Verfahrensrechten Gebrauch zu machen. Die hieraus folgenden Verzögerungen können dem Staat jedoch nicht zur Last gelegt werden.[25] So können etwa mehrfach beantragte Fristverlängerungen, die wiederholte Ablehnung von Richtern oder Sachverständigen sowie Verzögerungen durch den Widerruf des Einverständnisses zur Beiziehung von Akten dem Staat nicht angelastet werden.[26]

Soweit es sich um staatlich verantwortete Verfahrensverzögerungen handelt, können diese nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass das zuständige Gericht dauerhaft überlastet war. Der EGMR vertritt vielmehr die Auffassung, dass es Aufgabe der Mitgliedsstaaten ist, ihre Rechtspflege so zu organisieren, dass Gerichte ihren sich aus der EMRK ergebenden Pflichten nachkommen können.[27] In diesem Zusammenhang betont auch das BVerfG in dem bereits zitierten Beschluss vom 24. März 2023, dass sich der Staat „[a]uf Umstände, die innerhalb des staatlichen Verantwortungsbereichs liegen, wie etwa eine allgemein angespannte Personalsituation, [] zur Rechtfertigung der überlangen Dauer eines Verfahrens nicht berufen [kann]. Er muss vielmehr alle notwendigen Maßnahmen treffen, damit Gerichtsverfahren innerhalb angemessener Zeit beendet werden können. Dies gilt auch für die Auswirkungen auf das gerichtliche Verfahren im Fall der Erkrankung des zuständigen Richters. Es obliegt dem Gericht und damit dem Staat, die erforderliche Vertretung eines erkrankten Richters sicherzustellen oder andere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Verzögerungen durch einen krankheitsbedingten Ausfall auf ein Maß zu reduzieren, das dem Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit Rechnung trägt".[28]

III. Kompensation einer als überlang ermittelten Verfahrensdauer im Strafprozess

Die Zeit lässt sich nicht zurückdrehen. Daher stellt sich die Frage, wie unangemessene Verfahrensverzögerungen kompensiert werden können. Bis 2011 gab es keine gesetzlichen Vorschriften, die regelten, wie ein solcher Ausgleich erfolgen kann. Entsprechende Kompensationsmodelle wurden jedoch von der Rechtsprechung entwickelt. Dabei erfolgte ein Ausgleich lange Zeit ausschließlich auf Ebene der Strafzumessung. Seit 2000 besteht in extremen Ausnahmefällen zudem die Möglichkeit der Annahme eines aus der Verfassung abgeleiteten Verfahrenshindernisses. Im Jahr 2008 kam es zu einer Änderung der Rechtsprechung, die mit dem Vollstreckungsmodell einen Ansatz entwickelte, der einen Ausgleich nicht mehr auf Strafzumessungsebene sucht, sondern einen Teil der Strafe als bereits vollstreckt bestimmt. Seit 2011 wird dieser Ansatz durch die §§ 198 ff. GVG ergänzt.

Der folgende Abschnitt widmet sich daher zunächst der bereits kurz umrissenen Entwicklung in der Rechtsprechung, bevor eine Auseinandersetzung mit den Regelungen der §§ 198 ff. GVG erfolgt.

1. Zu Beginn: Kompensation ausschließlich über die Strafzumessungslösung

Die in dieser Form bis Januar 2008 angewandte Strafzumessungslösung sah im Falle eines Verstoßes gegen den Beschleunigungsgrundsatz eine Kompensation auf Ebene der Strafzumessung vor:[29] Eine Strafmilderung war einerseits im Fall der „Tatferne" auf Grund eines langen zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil möglich. Andererseits konnte die Strafe gemildert werden, wenn ein Strafverfahren ungewöhnlich lang dauerte und der Betroffene entsprechend starken Belastungen ausgesetzt war. Eine Milderung war in diesem Zusammenhang unabhängig vom Verschulden der zuständigen Behörde möglich. Schließlich kam eine Milderung der Strafe auch bei einer Verletzung der Rechte aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Betracht.[30]

Die jeweiligen Verzögerungen konnten sich hierbei auf unterschiedliche Weise auswirken: Schwere Verstöße gegen den Beschleunigungsgrundsatz wurden durch eine Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO, durch ein Absehen von der Strafe nach § 60 StGB oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB kompensiert. Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK konnte über die Strafzumessung im engeren oder im weiteren Sinn kompensiert werden: Im ersten Fall wurde schon bei der Festsetzung der Strafe eine Milderung vorgenommen. Ansonsten erfolgte die Kompensation über die Annahme eines minder schweren Falles oder die Ablehnung eines besonders schweren Falles.[31]

2. Seit 2000: Kombination aus Strafzumessungslösung und Verfahrenshindernislösung

Lange Zeit umstritten war die Frage, ob aus einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung auch ein aus der Verfassung abzuleitendes Verfahrenshindernis resultieren kann.

[23] Vgl. Schubert, Manuel Julius: Vorgaben des GG und der EMRK, 1. Auflage 2016, S. 76 f.
[24] Vgl. Ebd.
[25] Vgl. EGMR NJW 1979, 477 (480)/EGMR NJW 2015, 3773 (3775).
[26] Vgl. EGMR NJW 2006, 2389 (2393).
[27] Vgl. Ebd./Liebhart NStZ 2017, 254 (256).
[28] BVerfG NJW 2023, 1564 (1566).
[29] Vgl. BGH NJW 1972, 402 (402 ff.)..
[30] Vgl. Reich: Überlange Verfahrensdauer, S. 38 f.
[31] Vgl. Reich: Überlange Verfahrensdauer, S. 39.

Der BGH hat dies zunächst verneint.[32] Das BVerfG hingegen ging bereits 1983 von der Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses in Ausnahmefällen aus.[33] Im Jahr 2000 folgte der BGH dieser Rechtsprechung und nahm an, dass eine Verfahrensverzögerung in außergewöhnlichen Einzelfällen zu einem von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrenshindernis führen kann.[34] Dabei soll ein unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot abzuleitendes Verfahrenshindernis dann anzunehmen sein, wenn „in Fällen, in denen das Ausmaß der Verfahrensverzögerung besonders schwer wiegt und in denen die Dauer des Verfahrens zudem mit besonderen Belastungen für den Beschuldigten […] einhergegangen ist, eine so erhebliche Verletzung des Rechtsstaatsgebots im Strafverfahren festzustellen [ist], daß ein anerkennenswertes Interesse an weiterer Strafverfolgung, die allgemein dem verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsgüterschutz dient, im Einzelfall nicht mehr besteht und eine Fortsetzung des Verfahrens rechtsstaatlich nicht mehr hinnehmbar ist. Sofern in solchen extrem gelagerten Fällen das Strafverfahrensrecht keine Möglichkeit zur Verfahrensbeendigung [] zur Verfügung stellt, liegt es nahe, daß hier von Verfassungs wegen ein Verfahrenshindernis unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes abzuleiten ist".[35] Ein Verfahrenshindernis soll demnach etwa dann in Betracht kommen, wenn es zu einem zehnjährigen Verfahrensstillstand gekommen ist, den der Angeschuldigte nicht zu vertreten hat.[36]

3. Seit 2008: Kombination aus Vollstreckungsmodell und Verfahrenshindernislösung

Im Jahr 2008 erfolgte dann ein Richtungswechsel in der Rechtsprechung des BGH. Anlass hierfür war eine auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft, mit der sich der 3. Strafsenat des BGH auseinanderzusetzen hatte.[37] Die Staatsanwaltschaft wandte sich gegen eine zuvor ergangene Entscheidung des LG Oldenburg,[38] das zur Kompensation einer Verfahrensverzögerung den gesetzlichen Mindeststrafrahmen des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB unterschritten hatte.[39]

Das LG Oldenburg stellte eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung fest.[40] Dies führte dazu, dass es den Angeklagten wegen besonders schwerer Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB sowie wegen versuchten Betrugs gemäß §§ 263 Abs. 1, 2, 22 StGB verurteilte und hierbei auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren erkannte.[41] Dabei wurde der Mindeststrafrahmen von fünf Jahren nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB unterschritten. Zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren kam das LG Oldenburg dennoch, weil es die Auffassung vertrat, die überlange Verfahrensdauer sei über eine analoge Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB zu kompensieren, da die Gewährung eines bezifferten Strafnachlasses auf die an sich verwirkte Strafe innerhalb des gesetzlich eröffneten Strafrahmens ausschied.[42]

Der 3. Strafsenat des BGH nahm hingegen an, dass eine Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB in der durch das LG Oldenburg vorgenommenen Form nicht möglich sei. Eine unmittelbare Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB scheitere an einer fehlenden gesetzlich vorgeschriebenen bzw. zugelassenen Strafmilderung. Eine entsprechende Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB hielt der 3. Strafsenat insbesondere deshalb für ausgeschlossen, weil „es dem Rechtsanwender nicht frei steht, den gesetzlichen Katalog der Vorschriften, die eine Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorschreiben oder zulassen, nach seinen Vorstellungen durch Festlegung eines ungeschriebenen obligatorischen oder fakultativen Milderungsgrundes zu erweitern".[43]

Um die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung dennoch ausreichend zu berücksichtigen, schlug der 3. Senat eine analoge Anwendung des § 51 Abs. 1 S. 1 StGB vor. Hierbei sollte zunächst die unter Berücksichtigung aller strafzumessungsrelevanten Umstände angemessene Strafe bestimmt werden. Um der Verzögerung Rechnung zu tragen, sollte das Gericht dann, entsprechend der gebotenen Kompensation, einen bestimmten Teil der Strafe als vollstreckt bestimmen und dies in die Urteilsformel aufnehmen.[44]

Da mit einem solchen „Systemwechsel eine völlige Abkehr von der bisherigen einhelligen Rechtsprechung verbunden wäre",[45] legte der dritte Strafsenat des BGH den Fall dem Großen Senat für Strafsachen vor. Der Große Senat hatte sich dabei mit der Frage zu befassen, „in welcher Weise es im Rechtsfolgenausspruch zu berücksichtigen ist, wenn Strafverfolgungsbehörden das Verfahren gegen den Angeklagten in rechtsstaatswidriger Weise verzögert haben".[46] Er sprach sich für das Vollstreckungsmodell aus. Dogmatisch verortete er dieses in den Vorschriften der EMRK, dem darin normierten Entschädigungsprinzip sowie den Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 S. 1, Abs. 4. S. 2 StGB.[47] Hierbei konkretisierte er die Vorgehensweise im Rahmen des Vollstreckungsmodells: In einem ersten Schritt sind Art, Umfang und Ursachen der Verzögerung festzustellen und als Grundlage für die Strafzumessung zu berücksichtigen. Anschließend wird geprüft, ob die Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verzögerung eine ausreichende Kompensation darstellt; wird dies bejaht, ist dies in den Urteilsgründen festzuhalten. Andernfalls ist entsprechend der jeweiligen Umstände des Einzelfalls fest-

[32] Vgl. BGH NJW 1972, 402.
[33] Vgl. BVerfG NJW 1984, 967.
[34] Vgl. BGH NStZ 2001, 270 (270 f.).
[35] BVerfG NJW 1984, 967.
[36] Vgl. BVerfG 2001, 261.
[37] Vgl. BGH NJW 2007, 3294 (3294 ff.).
[38] Vgl. LG Oldenburg, Urteil vom 9. August 2006, 1 KLs 115/04, abrufbar über: https://voris.wolterskluwer-online.de/browse/document/db58cf22-6671-4215-809c-b49179d93f79.
[39] Vgl. BGH NJW 2007, 3294 (3294 f.).
[40] Vgl. BGH NJW 2007, 3294.
[41] Vgl. BGH NJW 2007, 3294 (3294 f.).
[42] Vgl. BGH NJW 2007, 3294.
[43] BGH NJW 2007, 3294 (3295).
[44] Vgl. BGH NJW 2007, 3294 (3296).
[45] BGH NJW 2007, 3294.
[46] BGH NJW 2008, 860.
[47] Vgl. BGH NJW 2008, 860 (860, 863).

zulegen, welcher bezifferte Teil der Strafe als vollstreckt anzusehen ist.[48]

Für den Wechsel zum Vollstreckungsmodell sollte dabei insbesondere sprechen, dass dieses den Unterschieden zwischen Strafzumessung und Kompensation besser gerecht wird. Zwar sei die Kompensation mit der Frage der Strafzumessung verbunden. Der Ausgleich für die im Rahmen einer überlangen Verfahrensdauer erlittenen Nachteile verfolge jedoch einen anderen Zweck als die Strafzumessungserwägungen, die dazu dienten, einen Ausgleich zwischen Unrecht und Schuld zu gewähren. Dies zeige sich u.a. daran, dass eine Entschädigung gerade dann geboten sei, wenn der Angeklagte nicht wegen der ihm vorgeworfenen Taten verurteilt werde.[49] Eine Trennung sei unter Anwendung des Vollstreckungsmodells besser möglich, da die angemessene Strafe zunächst ermittelt und im Urteilstenor festgehalten werde, ohne dass die Frage einer Kompensation aufgeworfen werde. In einem nächsten Schritt könne die so ermittelte Strafe dann für Folgeentscheidungen berücksichtigt werden.[50] Nach Auffassung des BGH sorgt der Systemwechsel zudem für mehr Transparenz und Rechtssicherheit, weil das Ausmaß der zu Kompensationszwecken verringerten Strafe im Urteilstenor festgehalten wird.[51] Für das Vollstreckungsmodell spricht darüber hinaus, dass es eine Entschädigung auch in Fällen ermöglicht, in denen das Gesetz eine lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht.[52] Als positiv sehen es die Verantwortlichen des BGH weiter an, dass im Rahmen einer Anrechnung bei Anwendung des Vollstreckungsmodells die Zeitpunkte der Halb- und der Zwei-Drittel-Strafe schneller erreicht werden können, sodass eine Aussetzung zur Bewährung möglich wird.[53]

Dabei ist die Bedeutung der Dauer eines Verfahrens für die Strafzumessung durch die Einführung des Vollstreckungsmodells nicht aufgehoben worden; das Strafbedürfnis sinkt vielmehr weiterhin in jedem Fall, in dem ein besonders langer Zeitraum zwischen Tat und Urteil liegt. Auch sind Belastungen des Beschuldigten in Folge des sich unangemessen lang hinziehenden Strafverfahrens weiterhin auf Ebene der Strafzumessung zu berücksichtigen.[54] Lediglich der Aspekt einer rechtsstaats- und konventionswidrigen Verzögerung des Verfahrens wird hiervon getrennt betrachtet und unter analoger Anwendung des § 51 StGB gesondert kompensiert.[55] Daneben hält der BGH die Anwendung der §§ 59, 60 StGB, die Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 153 ff. StPO oder die Annahme eines aus der Verfassung abzuleitenden Verfahrenshindernisses nach wie vor für möglich, wenn das gebotene Maß der Kompensation die schuldangemessene (Einzel-)Strafe erreicht oder übersteigt. Insoweit sollen sich keine wesentlichen Unterschiede zur Rechtslage vor dem Systemwechsel ergeben.[56]

An der beschriebenen Vorgehensweise hält die Rechtsprechung nach wie vor fest.[57] So kam der BGH im Rahmen des bereits zitierten Urteils vom 5. April 2023 zu dem Schluss, dass die konventionswidrig lange Verfahrensdauer, anders als die mit einer langen Verfahrensdauer verbundene Belastung des Angeklagten, keinen selbstständigen Strafmilderungsgrund darstellt und daher weder bei der Strafrahmenwahl noch bei der Strafzumessung im engeren Sinn als bedeutsamer Umstand Berücksichtigung findet. Auch im Rahmen der Prüfung einer Strafaussetzung zur Bewährung komme ihr keine Bedeutung zu.[58]

4. Seit 2011: Gesetzlicher Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren bzw. überlange strafrechtliche Ermittlungsverfahren gemäß der §§ 198 ff. GVG

Lange Zeit gab es im deutschen Recht keine Regelung, die eine ausdrückliche Rechtsschutzmöglichkeit gegen unangemessene Verzögerungen im Strafverfahren vorsah. Lediglich über Dienstaufsichtsbeschwerden, Amtshaftungsansprüche oder Untätigkeits- oder Verfassungsbeschwerden war ein Vorgehen gegen Verzögerungen ausnahmsweise möglich.[59] Dies änderte sich 2011 mit Einführung der §§ 198 ff. GVG.[60] Anlass hierfür war insbesondere eine Entscheidung des EGMR, in der die Bundesrepublik zur Einführung einer entsprechenden Rechtsschutzmöglichkeit angehalten wurde.[61]

Die §§ 198 ff. GVG sehen dabei vor, dass insbesondere präventiv gegen Verzögerungen vorgegangen werden soll. Hierzu setzt der Entschädigungsanspruch eine Verzögerungsrüge voraus, die beim Gericht des Ausgangsverfahrens schriftlich oder mündlich einzulegen ist, § 198 Abs. 3 S. 1 GVG. Über § 199 Abs. 1 GVG findet § 198 GVG grundsätzlich auch auf Straf- und Ermittlungsverfahren Anwendung.

Ob eine Verzögerung angenommen werden kann, bestimmt sich nicht nach festen Fristen, sondern ist gemäß § 198 Abs. 1 S. 2 GVG einzelfallabhängig.[62] Gemäß § 198 Abs. 3 S. 3 GVG ist im Rahmen der Verzögerungsrüge auf Umstände hinzu-

[48] BGH NJW 2008, 860 (866).

[49] Vgl. BGH NJW 2007, 3294 (3297)/zustimmend BGH NJW 2008, 860 (861).

[50] Vgl. Ebd./zustimmend BGH NJW 2008, 860 (865).

[51] Vgl. Ebd.

[52] Vgl. BGH NJW 2008, 860 (863).

[53] Vgl. BGH NJW 2008, 860 (866).

[54] Vgl. BGH NJW 2008, 860 (865).

[55] Vgl. Ebd.

[56] Vgl. BGH NJW 2008, 860 (866).

[57] Vgl. BGH NZWiSt 2018, 347/BGH 2. Strafsenat, Beschluss vom 2. März 2022 – 2 StR 541/21, BeckRS 2022, 13525 Rn. 6/BGH NStZ-RR 2023, 168.

[58] Vgl. BGH NStZ-RR 2023, 168/in diesem Sinne auch Miebach NStZ-RR 2023, 168 (169).

[59] Vgl. Graf NZWiSt 2012, 121 (122)/Lansnicker/Schwirtzek NJW 2001, 1969 (1973) zu der Rechtslage vor Einführung der §§ 198 ff. GVG/zur Frage der Untätigkeitsbeschwerde in Strafsachen nach Einführung der §§ 198 ff. GVG vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2013, 264, das diese für unstatthaft hält.

[60] Vgl. Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24. November 2011, BGBl. 2011 Teil I Nr. 60, S. 2302 ff., abrufbar über: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/BGBl/Gesetz_ueber_den_Rechtsschutz_bei_ueberlangen_Gerichtsverfahren_und_strafrechtlichen_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

[61] Vgl. EGMR NJW 2010, 3355.

[62] Vgl. Graf NZWiSt 2012, 121 (123).

weisen, die für die Verfahrensförderung relevant sind und noch nicht ins Verfahren eingeführt wurden, wie beispielsweise ein drohender Wohnungsverlust.[63] Eine Wiederholung der Rüge ist bis auf Ausnahmefälle erst nach sechs Monaten möglich, § 198 Abs. 3 S. 2 GVG, um die zuständigen Gerichte zu entlasten und vor „Kettenrügen" zu schützen.[64]

Sechs Monate nach Erhebung der Verzögerungsrüge kann schließlich eine Entschädigungsklage erhoben werden, § 198 Abs. 5 S. 1 GVG, sodass den Gerichten zuvor ausreichend Zeit verbleibt, auf die Rüge zu reagieren.[65] Gemäß § 198 Abs. 5 S. 2 GVG muss die Klage spätestens sechs Monate, nachdem die verfahrensbeendende Entscheidung in Rechtskraft erwachsen ist, oder sich das Verfahren anderweitig erledigt hat, erhoben werden. Nach § 198 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 S. 1 Nr. 2 GVG kann der Entschädigungsanspruch nur durch Verfahrensbeteiligte geltend gemacht werden; in Strafverfahren sind Privatkläger keine Verfahrensbeteiligten in dem erforderlichen Sinne, § 199 Abs. 4 GVG.

Eine Entschädigung erfolgt gemäß § 198 Abs. 2 S. 2 GVG nur dann, wenn nach den Umständen des Einzelfalles eine Wiedergutmachung auf andere Weise unzureichend ist. Näheres regelt § 198 Abs. 4 GVG, nach dem eine Wiedergutmachung auf andere Weise insbesondere dadurch erfolgen kann, dass das Entschädigungsgericht die Unangemessenheit der Verfahrensdauer feststellt.

Sollte eine Entschädigung auf andere Weise nicht in Betracht kommen, werden auch erlittene immaterielle Nachteile ersetzt, die in Strafverfahren insbesondere aufgrund psychischer Belastungen relevant werden können.[66] Um Beweisproblemen zu entgehen, statuiert § 198 Abs. 2 S. 1 GVG eine widerlegbare Vermutung, nach der im Falle einer überlangen Verfahrensdauer von immateriellen Schäden auszugehen ist. Auch zur Bemessung immaterieller Schäden hat sich der Gesetzgeber Gedanken gemacht; nach § 198 Abs. 2 S. 3 GVG sind unter Berücksichtigung der Praxis des EGMR pauschal 1.200 € pro Jahr zu zahlen. Auf diese Weise soll eine zügige Erledigung der Entschädigungsansprüche gewährleistet werden. Dabei kann aus Billigkeitsgründen auch ein höherer oder niedrigerer Betrag zu zahlen sein, § 198 Abs. 2 S. 4 GVG.[67] Daneben werden auch materielle Nachteile berücksichtigt.[68]

Gemäß § 199 Abs. 2 bis 4 GVG gelten für Straf- und Ermittlungsverfahren einige Besonderheiten: So ist das Entschädigungsgericht gemäß § 199 Abs. 3 S. 2 GVG an die Beurteilungen des Strafgerichts bezüglich der Angemessenheit der Verfahrensdauer gebunden.[69] Zudem sind Entschädigungen bereits für Verzögerungen im Ermittlungsverfahren möglich, § 199 Abs. 2 S. 1 GVG. Auch diese Verzögerungen sind in die Gesamtdauer des Strafverfahrens einzurechnen.[70] Weiter bestimmt § 199 Abs. 3 S. 1 GVG, dass eine ausreichende Wiedergutmachung auf andere Weise dann vorliegt, wenn Strafgericht oder Staatsanwaltschaft die unangemessene Dauer des Verfahrens zugunsten des Beschuldigten berücksichtigen; insoweit findet § 198 Abs. 4 GVG keine Anwendung. Hier soll das Vollstreckungsmodell als Form der Entschädigung auf andere Weise weiter Anwendung finden.[71] § 201 Abs. 3 S. 2 GVG bestimmt schließlich, dass das Entschädigungsverfahren auszusetzen ist, solange das Strafverfahren nicht abgeschlossen wurde.

Nachdem der BGH die Frage zunächst offenließ,[72] hat sich der 3. Strafsenat zwischenzeitlich dafür ausgesprochen, dass Gerichte auch nach Einführung der §§ 198 ff. GVG von Amts wegen über die Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen unter Anwendung des Vollstreckungsmodells zu entscheiden haben, ohne dass zuvor eine Verzögerungsrüge erhoben worden sein muss.[73] Zuvor war umstritten, ob die Anwendung des Vollstreckungsmodells nach Einführung der §§ 198 ff. GVG eine Verzögerungsrüge voraussetzt.[74] Für die Rügeobliegenheit wurde etwa mit dem Gesetzeswortlaut argumentiert, der eine Rüge grundsätzlich für alle Formen der Entschädigung vorsieht.[75]

Die besseren Argumente hat indes der BGH auf seiner Seite. So hätte die volle Geltung der Rügeobliegenheit für Betroffene eine erhebliche Verschlechterung im Vergleich zur früheren Praxis bedeutet, nach der Verfahrensverzögerungen von Amts wegen zu berücksichtigten waren.[76] Gegen eine Rügeobliegenheit in Strafsachen spricht weiter die Argumentation des Gesetzgebers im Rahmen der Gesetzesbegründung. Während die Rügeobliegenheit im Zusammenhang mit dem Vollstreckungsmodell keine Erwähnung findet, betont der Gesetzgeber das Erfordernis einer Verzögerungsrüge für Entschädigungsansprüche wegen immaterieller Nachteile nach § 198 GVG.[77] Zwar ist es schwierig, aus dem bloßen Fehlen von Ausführungen Schlussfolgerungen zu ziehen. Angesichts der bisherigen Praxis in Strafsachen und der mit Einführung

[63] Vgl. Söhngen NZS 2012, 493 (496)/kritisch hierzu BRAK: Stellungnahme zu dem „Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren", S. 9, die die Regelung vor dem Hintergrund des Nemo-tenetur-Grundsatzes für problematisch hält und in Folge der Mitteilung entsprechender Umstände u.a. den Erlass eines Haftbefehls wegen Fluchtgefahr befürchtet, abrufbar über: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/dezember/stellungnahme-der-brak-2010-37.pdf.

[64] Vgl. BT-Drucks. 17/3802, S. 21, abrufbar über: https://dserver.bundestag.de/btd/17/038/1703802.pdf.

[65] Vgl. BT-Drucks. 17/3802, S. 22.

[66] Vgl. Graf NZWiSt 2012, 121 (124).

[67] Vgl. BT-Drucks. 17/3802, S. 20/Graf NZWiSt 2012, 121 (124 f.)/Steinbeiß-Winkelmann ZRP 2010, 205 (206).

[68] Vgl. Steinbeiß-Winkelmann ZRP 2010, 205 (206).

[69] Vgl. Graf NZWiSt 2012, 121 (127).

[70] Vgl. Graf NZWiSt 2012, 121 (128), der sich dafür ausspricht, zu berücksichtigen, ob der Beschuldigte seine Rügeobliegenheit schuldhaft verletzt hat.

[71] Vgl. Schmidt: Überlange Strafverfahren, 1. Auflage 2018, S. 101, 109.

[72] Vgl. BGH 5. Strafsenat, Beschluss vom 5. Dezember 2012 – 1 StR 531/12, BeckRS 2013, 981/BGH NStZ-RR 2015, 23/BGH 5. Strafsenat, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 5 StR 116/16, BeckRS 2016, 9871/BGH 5. Strafsenat, Beschluss vom 31. August 2016 – 5 StR 359/16, BeckRS 2016, 16166.

[73] Vgl. BGH 3. Strafsenat, Beschluss vom 28. Oktober 2020 – 3 StR 99/19, BeckRS 2020, 18293 Rn. 34 ff.

[74] Vgl. Plankemann: Überlange Verfahrensdauer, S. 197 ff.

[75] Vgl. Sommer StV 2012, 107 (110).

[76] Vgl. Graf NZWiSt 2012, 121 (127)/Schmidt: Überlange Strafverfahren, S. 110 f.

[77] Vgl. BT- Drucks. 17/3802, S. 24.

einer Verzögerungsrüge verbundenen Verschlechterung der Rechtslage für Betroffene hätte es jedoch nahegelegen, dass sich der Gesetzgeber hiermit im Rahmen der Gesetzesbegründung explizit auseinandersetzt.[78]

Eindeutig gegen eine Rügeobliegenheit spricht ferner die Natur des Strafprozesses. Anders als im Zivilrecht handelt es sich nicht um einen Parteiprozess, bei dem Verzögerungen beide Seiten, Kläger, wie Beklagten betreffen können. Vielmehr geht es um durch Staatsanwaltschaft und/oder Strafgerichte im Rahmen der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verursachte Verfahrensverzögerungen, die zu Lasten des Beschuldigten gehen. Dieser ist nicht dazu verpflichtet, mit den Justizbehörden zusammen zu arbeiten oder sonst aktiv auf die Beschleunigung seines Strafverfahrens hinzuwirken.[79]

C. Besonderheiten in Wirtschafts- und Steuerstrafverfahren

Grundsätzlich bestehen in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen insoweit keine Besonderheiten, als Beschuldigten auch hier ein Recht auf beschleunigte Durchführung des Verfahrens zukommt, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.[80] Auch die §§ 198 ff. GVG finden Anwendung.

Der BGH nimmt jedoch an, dass Verfahren in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen angesichts ihrer besonderen Komplexität regelmäßig länger dauern dürfen, um einen ordnungsgemäßen Gang des Verfahrens zu gewährleisten.[81] Ergänzend verweist der BGH in einer Entscheidung von 2018 darauf, dass es sich bei Steuerstrafsachen häufig nicht um Haftsachen handelt, bei denen besondere Eile geboten ist.[82]

Im Rahmen gerichtlicher Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen bestünden Besonderheiten, „die regelmäßig einen Vorrang der Gründlichkeit vor der Schnelligkeit gebieten".[83] So sei der Eingang einer Anklageschrift auch für Wirtschaftsstrafkammern nicht vorhersehbar. Erfolge eine Zuteilung, sei jede Strafkammer zunächst mit anderen Sachen ausgelastet, bei komplexen und umfangreichen Strafsachen sei es unter diesen Umständen ggf. nicht möglich, dass sich Vorsitzender und Berichterstatter sofort intensiv mit der neu eingegangenen Anklageschrift befassten. Dies sei in der Regel vielmehr nur parallel zu bereits laufenden oder anstehenden Verhandlungen möglich.[84] Berichterstatter und Vorsitzender müssten sich ferner intensiv in die Sache einarbeiten und diese gründlich vorbereiten.[85] Gleichzeitig schlage sich das gebotene gründliche Aktenstudium der Berufsrichter vor Eröffnung des Hauptverfahrens regelmäßig ebenso wenig in den Akten nieder wie die Terminierung der Hauptverhandlung.[86] Am Ende einer intensiven Vorbereitung und der Eröffnungsberatung stehe vielmehr häufig nur der aus einem Satz bestehender Eröffnungsbeschluss.[87]

Die zur sorgfältigen Vorbereitung und Terminierung erforderliche Zeit ist nach Auffassung des BGH selbst dann nicht als Zeitraum einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung anzusehen, wenn nicht näher belegt ist, wie dieser Zeitraum von dem verantwortlichen Gericht genutzt wurde.[88]

D. Fazit

Die eingangs zitierten Entscheidungen von BGH und BVerfG verdeutlichen, dass das Problem sich unangemessen lang hinziehender Strafverfahren nach wie vor aktuell ist. Sie lassen erahnen, dass sich Wissenschaft und Rechtsprechung auch künftig damit auseinandersetzen werden (müssen), wie Verzögerungen vermieden und kompensiert werden können. Denn die Ursachen, die langwierige Strafverfahren zur Folge haben, sind zu vielfältig, als dass sie mit der Einführung der §§ 198 ff. GVG hätten beseitigt werden können. Erschwerend hinzu kommt, dass nach Angaben von Ermittlungsbehörden bereits Ende Juni 2023 fast 850.000 Verfahren offen waren, die Zahl nahm im Vergleich zum Juni 2021 um 28 Prozent zu. Gleichzeitig fehlen bundesweit allein bei Staatsanwaltschaft und Strafgerichten rund 1.500 Juristinnen und Juristen.[89] Ein Ende ist nicht in Sicht, bis 2030 droht eine große „Pensionierungswelle".[90]

Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, inwieweit es dem Staat entsprechend der zitierten Rechtsprechung des BVerfG in Zukunft gelingen wird, die „notwendigen Maßnahmen [zu] treffen, damit Gerichtsverfahren innerhalb angemessener Zeit beendet werden können". Personalmangel und Überlastung von Ermittlungsbehörden und Strafgerichten lassen befürchten, dass sich überlange Strafverfahren und die damit für Beschuldigte verbundenen „unnütze[n] und schreckliche[n] Qualen der Ungewissheit" auch in Zukunft nicht vermeiden lassen werden.

Wie weitreichend die Konsequenzen sein können, zeigt eine Bilanz aus 2022; allein in Hessen wurden 13 Personen aus der Untersuchungshaft entlassen, nachdem sich ihre Strafverfahren unangemessen lang hingezogen hatten, bundesweit waren es mindestes 73 Personen.[91] Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit es den Verantwortlichen gelingen wird, hier-

[78] Vgl. Schmidt: Überlange Strafverfahren, S. 110 f.

[79] In diesem Sinn auch BRAK: Stellungnahme zu dem „Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren" (BR-Drucksache 540/10), S. 8 f.

[80] Vgl. BGH NZWiSt 2018, 347 (348).

[81] Vgl. BGH NStZ 2008, 457 (458)/BGH DStRE 2012, 508 (512)/BGH NZWist 2018, 347 (348).

[82] Vgl. BGH NZWist 2018, 347 (348).

[83] BGH DStRE 2012, 508 (512).

[84] Vgl. Ebd.

[85] Vgl. BGH NStZ 2008, 457 (458)/BGH DStRE 2012, 508 (512)/BGH NZWist 2018, 347 (348).

[86] Vgl. BGH DStRE 2012, 508 (512)/zustimmend Liebhart NStZ 2017, 254 (259).

[87] Vgl. BGH DStRE 2012, 508 (512).

[88] Vgl. Ebd.

[89] Vgl. https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/rekord-offene-verfahren-100.html.

[90] Vgl. Ebd.

[91] Vgl. https://www.hessenschau.de/panorama/13-verdaechtige-in-hessen-wegen-zu-langer-verfahren-aus-u-haft-entlassen-v1,untersuchungshaft-100.html.

auf angemessen zu reagieren und es damit zu ermöglichen, strafgerichtliche Verfahren zu beschleunigen, ohne dass dies „auf Kosten eines gründlichen, die unabdingbaren rechtsstaatlichen Garantien des Beschuldigten wahrenden Verfahrens" [92] geschieht.

[92] Hillenkamp JR 1975, 133 (135).

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M./
Wiss. Mit. Phillipp Hoppe*

Die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Hinweisgeberschutzgesetz

A. Einführung

Das am 2.7.2023 in Kraft getretene Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) enthält Pflichten für private und öffentliche Beschäftigungsgeber u.a. zur Einrichtung interner Meldestellen zum Zwecke der Entgegennahme von Hinweisen auf rechtswidriges Verhalten innerhalb der Organisation. Über die Gebote und Pflichten des Gesetzes ist schon viel geschrieben worden, Rechtsprechung zur Konkretisierung der nicht immer eindeutigen Gesetzgebung wird folgen.
Die Ge- und Verbote des HinSchG sind bußgeldbewehrt. § 40 HinSchG enthält eine zentrale Bußgeldnorm mit einer Reihe von Ordnungswidrigkeitentatbeständen, die sich überwiegend an die verpflichteten Beschäftigungsgeber richten. Ein Bußgeldtatbestand adressiert wissentlich falsche Meldungen machende hinweisgebende Personen. An Rechtsträger, die externe Meldestellen einzurichten und zu betreiben haben, gerichtete Bußgeldtatbestände sucht man vergeblich. Die Struktur der zentralen Bußgeldvorschrift des § 40 HinSchG ist übersichtlich: Abs. 1 enthält den einzigen Bußgeldtatbestand, der sich an hinweisgebende Personen richtet. Die Absätze 2, 3 und 4 regeln Ordnungswidrigkeiten in der Sphäre des Beschäftigungsgebers, Abs. 5 enthält eine Versuchsvorschrift, Abs. 6 die Zumessungsregeln.

Bei allen Tatbeständen handelt es sich um Jedermannsdelikte. Auch wenn sich die Vorschriften in der Regel faktisch an einen nur begrenzten Täterkreis richten, zeigt die Wahl der Formulierung „Wer …", dass der Gesetzgeber die Bußgeldandrohungen nicht nur an einen geschlossenen Sondertäterkreis adressieren wollte.[1]

Wo an ein Unterlassen angeknüpft wird, ist hingegen eine Pflicht zum Handeln erforderlich, die regelmäßig den Beschäftigungsgeber treffen wird. Damit kommen bei juristischen Personen und Personenvereinigung über die Merkmalsüberwälzung des § 9 Abs. 1 OWiG Organmitglieder, vertretungsberechtigte Gesellschafter, gesetzliche Vertreter, Betriebsleiter und Betriebsbeauftragte als Täter in Betracht, wo sie Pflichten verletzen, die die nach HinSchG verpflichteten Beschäftigungsgeber treffen. Eine Bebußung der Beschäftigungsgeber als juristische Person oder Personenvereinigung ist möglich, wenn die in § 30 OWiG genannten Anforderungen erfüllt sind.

* Der Autor Szesny ist Rechtsanwalt und Partner bei Heuking und leitet die dortige Praxisgruppe Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, der Autor Hoppe ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Heuking.

[1] Vgl. BGH, NStZ 2014, 581 (583).

	Einzelperson			Beschäftigungsgeber		
Verstoß	**Vorsatz**	**Leichtfertigkeit**	**Fahrlässigkeit**	**bei vorsätzlicher Anknüpfungstat**	**bei leichtfertiger Anknüpfungstat**	**bei fahrlässiger Anknüpfungstat**
Behinderung einer Meldung oder der Kommunikation zwischen hinweisgebender Person und Meldestelle § 40 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG	Vollendung/ Versuch: **5 bis 50.000 Euro** § 40 Abs. 6 S. 1 HinSchG, § 17 Abs. 1 OWiG	-	-	Vollendung/ Versuch: **5 bis 500.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG, § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG	-	-
Nicht dafür sorgen, dass eine interne Meldestelle eingerichtet ist oder betrieben wird § 40 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 12 Abs. 1 S. 1 HinSchG	**5 bis 20.000 Euro** § 40 Abs. 6 S. 1 HinSchG, § 17 Abs. 1 OWiG	-	-	**5 bis 20.000 Euro**, § 30 Abs. 2 S. 2 OWiG	-	-
Ergreifen einer Repressalie § 40 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 36 Abs. 1 S. 1, auch i.V.m. § 34 HinSchG	Vollendung/ Versuch: **5 bis 50.000 Euro** § 40 Abs. 6 S. 1 HinSchG, § 17 Abs. 1 OWiG	-	-	Vollendung/ Versuch: **5 bis 500.000 Euro** § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG, § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG	-	-
Nichtwahrung der Vertraulichkeit § 40 Abs. 3 bzw. 4 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 HinSchG	**5 bis 50.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 1 HinSchG, § 17 Abs. 1 OWiG	**5 bis 25.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 1 HinSchG, § 17 Abs. 2 OWiG	**5 bis 10.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 1 HinSchG	**5 bis 500.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG, § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG	**5 bis 250.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG, § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG	**5 bis 100.000 Euro**, § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG, § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG

B. Die einzelnen Bußgeldtatbestände

I. Wissentliche Offenlegung unrichtiger Informationen, § 40 Abs. 1 HinSchG

Der Tatbestand des § 40 Abs. 1 HinSchG richtet sich, wie der Blick in § 32 Abs. 1 HinSchG zeigt, an Personen, die Informationen über Verstöße offenlegen. Hierbei handelt es sich um solche Whistleblower, die sich an die Öffentlichkeit – zum Beispiel eine Zeitungsredaktion – wenden, nachdem sie entweder nicht oder erfolglos eine interne und/oder externe Meldestelle in Anspruch genommen haben. Ordnungswidrig ist die wissentliche Offenlegung unrichtiger Informationen. Erforderlich ist mit Blick auf den Wortlaut dolus directus 2. Grades, also die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der offengelegten Information. Dolus eventualis reicht nicht aus. Nicht der Bußgeldandrohung unterliegt eine Meldung unrichtiger Informationen an eine beim Beschäftigungsgeber eingerichtete und betriebene interne Meldestelle oder eine externe Meldestelle bei Bundes- oder Landesbehörden.

II. Behinderung einer Meldung und der Kommunikation, § 40 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG

Gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG ist die vorsätzliche Behinderung der Abgabe einer Meldung oder jedweder Kommunikation zwischen hinweisgebender Person und Meldestelle. Damit sind Meldungen an und Kommunikation mit internen als auch externen Meldestellen erfasst. Die Offenlegung i. S. von § 32 HinSchG ist hingegen keine Meldung im Sinne des HinSchG und damit keine von dieser Ordnungsnorm geschützte Verhaltensweise, vgl. § 3 Abs. 4, 5 HinSchG.

Mögliche Tathandlungen sind ein Einwirken auf den Whistleblower oder die verantwortlichen Personen der Meldestelle oder eine Unterbrechung der Kommunikation als solche, etwa durch Abfangen eines Briefs. Behindern durch pflichtwidriges Unterlassen (§ 8 OWiG) kann durch die mit Aufgaben der Meldestelle beauftragte Personen erfolgen, etwa dadurch, dass diese auf Kommunikationsversuche nicht reagieren, obwohl sie hierzu nach §§ 13 Abs. 1, 17 HinSchG gesetzlich verpflichtet sind. Die insoweit vorausgesetzte Garantenpflicht trifft primär den Beschäftigungsgeber und damit über die sog. Merkmalsüberwälzung des § 9 Abs. 1 OWiG die dort genannten Leitungspersonen. Auch wer seine Beschäftigten über die Einrichtung einer internen Meldestelle schlicht nicht informiert, riskiert ein Bußgeld. Denn der Beschäftigungsgeber bzw. seine Leitungspersonen haben nach § 7 Abs. 3 S. 2 HinSchG klare und leicht zugängliche Informationen über die Nutzung des internen Meldeverfahrens den Beschäftigten bereitzustellen. Wer diese Informationen nicht bereitstellt, behindert die Abgabe einer Meldung.

Gemäß § 40 Abs. 5 HinSchG ist der Versuch (§ 13 OWiG) der Behinderung einer Meldung oder der Kommunikation ordnungswidrig. Zu denken ist hier an die Weisung eines Vorgesetzten an den Whistleblower oder die Meldestelle, eine Meldung nicht einzureichen bzw. die Annahme einer solchen zu verweigern, welcher letztlich nicht nachgekommen wird.

III. Nicht dafür Sorge tragen, dass eine interne Meldestelle eingerichtet ist oder betrieben wird, § 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG

Bebußt wird, auch wenn der Wortlaut aktives Tun suggeriert, das vorsätzliche Unterlassen der Einrichtung oder des Betriebs einer internen Meldestelle. Die Pflicht zum „Sorge tragen für die Einrichtung und den Betrieb der Meldestelle" trifft den Beschäftigungsgeber i. S. von § 3 Abs. 9 Nr. 1 bis 3 HinSchG. Bußgeldadressat sind damit gem. § 9 Abs. 1 OWiG die dort genannten Leitungspersonen, auf die das persönliche bußgeldbegründende Merkmal Beschäftigungsgeber „überwälzt" wird, sodass der Bußgeldtatbestand auf sie Anwendung findet.

Tatbestandsmäßig ist es jedenfalls, wenn eine Meldestelle pflichtwidrig überhaupt nicht eingerichtet und/oder betrieben wird. Die Bußgeldnorm ist nach § 42 Abs. 2 HinSchG erst seit dem 1. Dezember 2023 anzuwenden. Ab diesem Zeitpunkt handeln Beschäftigungsgeber mit mehr als 249 Beschäftigten bei mangelnder Meldestelle ordnungswidrig. Private Beschäftigungsgeber mit 50 bis 249 Beschäftigten sind nach § 42 Abs. 1 HinSchG erst seit dem 17. Dezember 2023 verpflichtet.

Es stellt sich die Frage, ob auch eine unzureichende, also nicht gesetzeskonforme Einrichtung und/oder ein unzureichender Betrieb dem Tatbestand unterfällt. Die an eine interne Meldestelle zu stellenden Kernanforderungen sind in § 14 HinSchG aufgeführt. Dieser schreibt die Einrichtung und den Betrieb mindestens eines Meldekanals i. S. von § 16 Abs. 3 HinSchG, die Gewährleistung vertraulicher Behandlung i. S. der §§ 8, 16 Abs. 2 HinSchG sowie die Unabhängigkeit und Fachkunde der mit den Aufgaben einer internen Meldestelle beauftragten Personen nach § 15 HinSchG. Der internen Meldestelle muss gem. § 12 Abs. 4 HinSchG die nötigen Befugnisse eingeräumt werden. Es handelt sich bei den so umschriebenen Anforderungen im Wesentlichen um auslegungsbedürfte Merkmale, die anhand des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen sind und vor dem Hintergrund der Wortlautgrenze von Straf- und Bußgeldnormen sowie dem Bestimmtheitsgebot nur in eindeutigen Fällen zur Annahme führen dürfen, die Meldestelle werde nicht betrieben oder eingerichtet. Denkbar ist dies etwa, wenn die mit der Wahrnehmung der Aufgaben der Meldestelle beauftragte Person ersichtlich ungeeignet und dann auch weisungsunterworfen ist, etwa indem die weitere Bearbeitung von einer Zustimmung durch die Geschäftsführung abhängig gemacht wird. Intern fehlende Fachkunde kann freilich durch die Beauftragung einer fachkundigen externen Person als „Drittem" i. S. von § 14 Abs. 1 S. 1 3. Alt. HinSchG kompensiert werden. Sofern Mängel der internen Meldestelle noch nicht zur Annahme eines bußgeldbedrohten Unterlassens der Einrichtung und des Betriebs führen, kommt aber die Behinderung einer Meldung oder der Kommunikation mit der Meldestelle i. S. von § 14 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG in Betracht.

IV. Ergreifen von Repressalien, § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG

Ordnungswidrig ist das vorsätzliche Ergreifen von Repressalien i.S. von § 3 Abs. 6 HinSchG gegen die hinweisgebende Person aufgrund einer Meldung oder Offenlegung. Gem.

§ 34 HinSchG genießen auch Unterstützer der hinweisgebenden Person diesen gesetzlichen Repressionsschutz. Das Verbot erfasst bereits solche Fälle, in denen ein Nachteil durch die Repressalie entstehen könnte, sodass schon die objektive Eignung zur Nachteilszufügung genügt. Auf einen tatsächlich eingetretenen Nachteil kommt es für die Vollendung nicht an. Die Beweislastumkehr des § 36 Abs. 2 HinSchG soll im Ordnungswidrigkeitenverfahren aufgrund der Unschuldsvermutung keine Anwendung finden.[2]

Der Repressionsschutzes zugunsten hinweisgebender Personen greift nur, wenn die Voraussetzungen des § 33 HinSchG kumulativ vorliegen. Danach muss eine Meldung bei einer internen oder externen Meldestelle oder eine rechtmäßige Offenlegung stattgefunden haben, zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung müssen hinreichenden Gründe zu der Annahme der Wahrheit der Informationen bestanden haben, und die Informationen müssen einen Verstoß i.S. des HinSchG betreffen bzw. die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zur Annahme gehabt haben, dass dies der Fall ist. Für Helfer der hinweisgebenden Person müssen die in § 34 HinSchG genannten Voraussetzungen vorliegen. Nach § 34 Abs. 1 HinSchG sind auch natürliche Personen geschützt, die eine hinweisgebende Person im beruflichen Zusammenhang unterstützen, wenn die relevanten Informationen zutreffend sind und Verstöße i.S. des HinSchG betreffen oder der Unterstützer dies jeweils annehmen durfte. Nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG sind auch Repressalien im beruflichen Zusammenhang aufgrund der Meldung/Offenlegung gegen sonstige Dritte unzulässig, wenn bei der hinweisgebenden Person die Voraussetzungen des § 33 HinSchG vorlagen. Nach § 34 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG gilt dasselbe auch für Personenverbände, an der die hinweisgebende Person beteiligt ist oder in einem beruflichen Kontext in Verbindung steht.

Repressionen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit sind praktisch jede Benachteiligung. Erfasst sind sowohl arbeitsrechtliche Maßnahmen wie Ermahnung, Abmahnung, Versetzung, Freistellung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses, aber auch faktische Repressalien wie Mobbing oder Rufschädigung.[3] Gemäß § 40 Abs. 5 HinSchG ist bereits der Versuch zur Ergreifung von Repressalien ordnungswidrig. Da für die Vollendung bereits die Eignung zur Nachteilszufügung einer Handlung genügt, dürfte der Versuch auf Fälle der versuchten Anstiftung oder des untauglichen Versuchs beschränkt sein. Letzterer ist, anders als durch die Beschränkung in § 23 Abs. 3 StGB, im Ordnungswidrigkeitenrecht nur dann zu ahnden, wenn Opportunitätsgründe es nicht anders gebieten.[4]

V. Nichtwahrung der Vertraulichkeit, § 40 Abs. 3 HinSchG

Bebußt wird die Nichtwahrung der Vertraulichkeit durch die hierzu nach § 8 Abs. 1 S. 1 HinSchG verpflichteten internen und externen Meldestellen. Demzufolge richtet sich der Tatbestand an diejenigen Personen, welche mit der Wahrnehmung der Aufgaben der Meldestellen betraut wurden. Vertraulich zu behandeln ist vor allem die Identität einer hinweisgebenden Person. Die hinweisgebende Person ist nur geschützt, wenn sie Verstöße i.S. des HinSchG meldet oder hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass ein solcher vorliege. Darüber hinaus sind auch die durch die Meldung betroffenen Personen und alle sonstigen Personen, wie etwa genannte Zeugen, geschützt.

Die Identität umfasst nicht nur die unmittelbar identifizierenden Informationen, sondern auch solche, anhand derer ein Rückschluss auf die Identität einer Person möglich ist. Demnach ist nicht nur die Weitergabe eines Namens unzulässig, sondern auch aller sonstigen Informationen, die eine Personen identifizierbar machen – beispielsweise Spezialwissen oder Kennnummern. Ein Bekanntwerden gegenüber unterstützendem Personal wie Büro- und IT-Kräften ist zulässig, soweit dies erforderlich ist. In diesem Fall sind diese zur Vertraulichkeit zu verpflichten.[5] Daneben sind die Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgebot nach § 9 HinSchG zu beachten. Danach ist die Weitergabe etwa bei Einwilligung, auf behördliches Verlangen oder, soweit erforderlich, zur Durchführung von Folgemaßnahmen zulässig.

Die Vertraulichkeit ist dann nicht gewahrt worden, wenn eine nicht zur Vertraulichkeit verpflichtete Person unrechtmäßig Kenntnis von identifizierbaren Informationen erlangt hat. Darüber hinaus soll es im Sinne eines Gefährdungserfolges schon genügen, wenn es nur noch vom Zufall abhängt, dass es zu einer solchen Kenntniserlangung kommt, weil eine entsprechende Zugriffsmöglichkeit besteht.[6] Anders, als der Wortlaut nahelegt, wird die Vertraulichkeit primär mittels aktiven Tuns verletzt. Dies kann durch die nichtberechtigte Weitergabe von Informationen oder der Einrichtung falscher Zugangsberechtigungen erfolgen. Darüber kann auch ein Unterlassen tatbestandsmäßig sein, etwa indem die nötigen Sicherungsmaßnahmen nicht ergriffen werden. Hierzu gehört vor allem die sichere Aufbewahrung der Meldungen, sowohl in analoger als auch digitaler Form. Die hierzu erforderliche Garantenpflicht der betrauten Personen der Meldestelle ist in diesem Fall aus § 8 HinSchG herzuleiten.

Nach § 40 Abs. 3 HinSchG ist vorsätzliches und leichtfertiges Handeln bußgeldbedroht, Abs. 4 erweitert dies auf fahrlässiges Handeln. Grund für die Ausweitung auf fahrlässiges Handeln ist der Begründung des Regierungsentwurfs zufolge das Vertraulichkeitsgebot als zentrales Element des Hinweisgeberschutzes.[7] Die Differenzierung im Handlungsunrecht schlägt sich auch in den drohenden Bußgeldern nieder (hierzu noch sogl. C.V.)

Über den Einheitstäterbegriff des § 14 Abs. 1 OWiG können auch beteiligte Personen bebußt werden, die nicht mit der Wahrnehmung der Aufgaben einer Meldestelle betraut sind. Mit der herrschenden Meinung ist dies auf die vorsätzliche

[2] Begründung RegE HinSchG, BT-Drs. 20/3442, S. 98.

[3] Vgl. den nicht abschließenden Katalog in Art. 19 der HinSch-RL–Richtlinie (EU) 2019/1937.

[4] Rengier, in: KK-OWiG, § 13 Rn. 44.

[5] Begründung RegE HinSchG, BT-Drs. 20/3442, S. 74.

[6] Herold, in: BeckOK HinSchG, 1. Ed. 15.10.2023, HinSchG § 40 Rn. 111.

[7] Begründung RegE HinSchG, BT-Drs. 20/3442, S. 98 f.

Mitwirkung beschränkt[8] – zum Beispiel der Vorgesetzte, der die Offenlegung einer Meldung durch die Meldestelle fordert.

C. Bußgeldandrohung und Verfolgung

Für die Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 40 HinSchG gelten gem. § 40 Abs. 6 HinSchG i.V.m. § 17 Abs. 1 OWiG unterschiedliche Bußgeldrahmen von bis zu 10.000 Euro, 20.000 Euro oder 50.000 Euro. Weiter ist zu differenzieren, ob sich das Bußgeld gegen eine handelnde Person oder den Beschäftigungsgeber richtet. Bei letzterem kann die gesetzliche Obergrenze des Ahndungsteils durch Verweis in § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG auf § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG auf das Zehnfache erhöht sein.

I. Wissentliche Offenlegung unrichtiger Informationen, § 40 Abs. 1 HinSchG

Bei wissentlicher Offenlegung unrichtiger Informationen droht der hinweisgebenden Person ein Bußgeld von bis zu 20.000 Euro.

II. Behinderung einer Meldung oder der Kommunikation, § 40 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG

Die Behinderung einer Meldung oder der Kommunikation zwischen hinweisgebender Person und interner oder externer Meldestelle wird mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 Euro geahndet. Richtet sich das Bußgeld gegen den Beschäftigungsgeber (als Verbandsgeldbuße, § 30 Abs. 1 OWiG), so verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße gem. § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG auf 500.000 Euro. Die Bebußung des Beschäftigungsgebers als juristische Person oder Personenvereinigung ist möglich, wenn die Anknüpfungstat i. S. von § 40 HinSchG eine der in § 30 Abs. 1 OWiG genannten Leitungspersonen begangen hat oder eine Leitungsperson seine Aufsichtspflichten i. S. von § 130 Abs. 1 OWiG derart verletzt hat, dass es zur Verletzung eines Ge- oder Verbots i. S. von § 40 HinSchG gekommen ist. Mit Blick auf die Unabhängigkeit der internen Meldestelle erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die mit Aufgaben der Meldestelle betraute Person als Leitungsperson i. S. von § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG zu qualifizieren ist, sodass eine von ihr begangene Ordnungswidrigkeit gen. § 40 HinSchG zu einer Verbandsgeldbuße führen können.

III. Nicht dafür Sorge tragen, dass eine interne Meldestelle eingerichtet ist oder betrieben wird, § 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG

Das vorsätzliche Nicht-Sorge-dafür-tragen, dass eine interne Meldestelle eingerichtet oder betrieben wird, wird mit bis zu 20.000 Euro bebußt. Gegen den Beschäftigungsgeber kann nach § 30 Abs. 2 S. 2 OWiG ebenfalls ein Bußgeld von bis zu 20.000 Euro verhängt werden (zu den diesbzgl. Voraussetzungen siehe oben C. II.).

Gem. § 42 Abs. 2 HinSchG ist der Bußgeldtatbestand des § 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG erst seit dem 1. Dezember 2023 anzuwenden. Wegen des Bestimmtheitsgebots (§ 1 StGB i. V. mit § 46 Abs. 1 OWiG) kann das pflichtwidrige Unterlassen der Einrichtung und des Betriebs einer internen Meldestelle daher nur dann bebußt werden, wenn es ab dem 1. Dezember 2023 stattgefunden hat. Da gem. § 42 Abs. 1 HinSchG die Pflicht zur Einrichtung und zum Betrieb einer internen Meldestelle für „kleine" private Beschäftigungsgeber mit 50 bis 249 Beschäftigten erst ab dem 17. Dezember 2023 gilt, kann ein Unterlassen bei diesen erst ab diesem Tag zu einer Bebußung führen.

IV. Ergreifen von Repressalien, § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG

Das Ergreifen von Repressalien gegen die hinweisgebende Person oder deren Unterstützer kann mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 Euro sanktioniert werden.
Dem Beschäftigungsgeber droht nach § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG ein Bußgeld von bis zu 500.000 Euro.

V. Nichtwahrung der Vertraulichkeit, § 40 Abs. 3 HinSchG

Wer als Meldestelle die Vertraulichkeit nicht wahrt, dem droht bei Vorsatz ein Bußgeld von bis zu 50.000 Euro. Bei leichtfertigem Handeln halbiert sich die Höchstgeldbuße gemäß § 17 Abs. 2 HinSchG auf 25.000 Euro. Bei einfach fahrlässigem Handeln droht ein Bußgeld von bis zu 10.000 Euro. Beim Beschäftigungsgeber verzehnfachen sich die Bußgeldrahmen nach § 40 Abs. 6 S. 2 HinSchG i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG je nach Anknüpfungstat auf 500.000 Euro, 250.000 Euro oder 100.000 Euro (zu den diesbzgl. Voraussetzungen siehe oben C. II.).

VI. Konkurrenzen, Verjährung

Verwirklicht ein Verhalten materiell zugleich einen Straftatbestand, so wird nach § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG grundsätzlich nur die Straftat verfolgt. Bei dem Verbot von Repressalien ist an die Beleidigungs-, Nötigungs- und auch Körperverletzungsdelikte zu denken, bei der wissentlichen Offenlegung unrichtiger Informationen insbesondere an die Verletzung von Privatgeheimnissen, § 23 GeschGehG sowie Landesverrat. Bei der Behinderung der Kommunikation können die §§ 202 ff. StGB einschlägig sein.

Innerhalb des § 40 HinSchG ist die fehlende Einrichtung oder Betrieb einer internen Meldestelle von der Behinderung der Abgabe einer Meldung abzugrenzen. Letztlich behindert die fehlende oder, dem gleichkommend, von den gesetzlich Kernanforderungen abweichend eingerichtete Meldestelle die Abgabe einer Meldung.[9] Aufgrund der spezielleren Regelung und des – kontraintuitiv – geringeren Bußgeldrahmens wird der Tatbestand des § 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG dem des § 40 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG aber vorgehen. Im Übrigen gelten die allgemeinen Regeln der §§ 19, 20 OWiG.

[8] Rengier, in: KK-OWiG, § 14 Rn. 5 m.w.N.

[9] Vgl. Begründung RegE HinSchG, BT-Drs. 20/3442, S. 98.

Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und die Anordnung von Nebenfolgen wird gem. § 31 Abs. 1 OWiG durch die Verjährung ausgeschlossen. Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem HinSchG verjähren überwiegend in drei Jahren (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG), nur die fahrlässige Verletzung des Vertraulichkeitsgebots verjährt in zwei Jahren (§ 31 Abs. 2 Nr. 2 OWiG). Die Verjährung beginnt, wenn die Tat beendet ist (§ 31 Abs. 3 OWiG). Die Beendigung setzt die Verwirklichung sämtlicher objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale sowie die tatsächliche Beendigung der Tat voraus.[10] Bei Unterlassungsordnungswidrigkeiten – etwa dem Unterlassen der Einrichtung und des Betriebs einer internen Meldestelle – beginnt die Verjährung, wenn die Handlungspflicht geendet hat oder ihr nachgekommen wurde.[11] Die Verjährung der Verfolgung von juristischen Personen und Personenmehrheiten gem. § 30 Abs. 1 OWiG richtet sich akzessorisch nach der Verjährung der Anknüpfungstat, für die der Verband haftet. § 30 Abs. 2 i. V. mit § 31 Abs. 2 OWiG gilt mithin nicht.[12]

VII. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten richtet sich mangels Sonderzuweisung an eine bestimmte Behörde nach § 36 Abs. 2 OWiG, wonach die fachlich zuständige oberste Landesbehörde (Nr. 1 a)) oder das fachlich zuständige Bundesministerium (Nr. 2 b)), soweit das HinSchG von Bundesbehörden ausgeführt wird, als zuständige Behörden vorgesehen sind.[13]

D. Fazit

Der Gesetzgeber hat die wichtigsten Gebote des HinSchG – keine Offenlegung unrichtiger Informationen, Einrichtung einer Meldestelle, Vertraulichkeit der Meldestelle, keine Behinderung von Meldungen und das Verbot von Repressalien – durch bußgeldrechtliche Sanktionen abgesichert. Überwiegend setzen diese ein vorsätzliches, bei der Offenlegung unrichtiger Information sogar wissentliches Handeln voraus. Einzig das Vertraulichkeitsgebot kann auch leichtfertig oder fahrlässig verletzt werden.

Damit drohen den handelnden Personen, über § 30 OWiG den Beschäftigungsgebern und nicht zuletzt bei der Verletzung von betrieblichen Aufsichtsmaßnahme über §§ 130, 9 OWiG auch den Leitungspersonen nicht unerhebliche Bußgelder.

[10] Gertler, in: BeckOK OWiG, 40. Ed. 1.10.2023, OWiG § 31 Rn. 20

[11] BGH, BeckRS 2018, 38370; BFH, BeckRS 2017, 140799; Gürtler/Thoma, in: Göhler OWiG, § 31 Rn. 11–13; Ellbogen, in: KK-OWiG, § 31 Rn. 26; Krenberger/Krumm, OWiG, § 31 Rn. 16.

[12] Meyberg, in: BeckOK OWiG, 40. Ed. 1.10.2023, OWiG § 30 Rn. 140.

[13] Herold, in: BeckOK HinSchG, 1. Ed. 15.10.2023, HinSchG § 40 Rn. 124

INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Mayeul Hiéramente, Hamburg

Der rechtshilferechtliche Spezialitätsgrundsatz im Steuerstrafrecht: eine kurze Einordnung der CumEx-Entscheidung des 1. Strafsenats, 1 StR 187/23 v. 20.9.2023

I. Einleitung

Es ist grundsätzlich das souveräne Recht eines Staates, zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen er zur Gewährung von Rechtshilfe, insbesondere in Form der „großen" Rechtshilfe (Auslieferung), bereit ist. Sofern zwischen ersuchendem Staat und ersuchten Staat keine Rechtshilfeverträge geschlossen wurden, bestimmen sich das „Ob" und das „Wie" einer Auslieferung grundsätzlich nach dem Recht des ersuchten Staates (vgl. auch § 1 Abs. 1, 3 IRG). Zur Vereinfachung der strafrechtlichen Zusammenarbeit haben sich zahlreiche Staaten allerdings verpflichtet, unter abstrakt festgelegten Bedingungen Rechtshilfe zu leisten. Dabei kann es sich um bilaterale Rechtshilfeverträge, multilaterale Abkommen (z. B. das EuAuslÜbk) oder supranationale Regelungen (z. B. der EU-Haftbefehl[1]) handeln. Bei der Ausgestaltung derartiger Rechtshilfeverträge legen Staaten regelmäßig Wert darauf, neben der grundsätzlichen Pflicht zur Rechtshilfe auch Grenzen einer solchen zu definieren. Das Steuerstrafrecht ist eines der Rechtsgebiete, im dem traditionell Beschränkungen der Verpflichtung zur Gewährung von Rechtshilfe vorgesehen waren. Diese Beschränkungen wurden zwar mit der Zeit weitgehend zurückgenommen.[2] Die Schweiz hat allerdings an einigen Beschränkungen festgehalten (vgl. dazu unter III. 1).

Ein wichtiges Mittel, um sicherzustellen, dass der ersuchende Staat die vom ersuchten Staat gezogenen Grenzen einhält, ist der Grundsatz der Spezialität. Dieser soll sicherstellen, dass der Ausgelieferte nur wegen der, der Auslieferung zugrundeliegenden Tat verfolgt, abgeurteilt, zur Vollstreckung einer Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung in Haft gehalten oder einer sonstigen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit unterworfen wird. Für den vertraglosen Auslieferungsverkehr ist der Grundsatz in § 11 IRG niedergelegt. Bilaterale Verträge und multilaterale Abkommen enthalten vergleichbare Regelungen.

Im Folgenden soll anhand und anlässlich der aktuellen Entscheidung des 1. Strafsenats grob skizziert werden, welche Auswirkungen der Grundsatz der Spezialität für Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren in Deutschland hat bzw. haben kann.

II. Die Entscheidung

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte sich im Rahmen einer Revision des Angeklagten gegen eine erstinstanzliche Verurteilung durch das Landgericht Bonn wegen Mitwirkung an sog. CumEx-Steuerhinterziehungstaten mit der Frage zu befassen, ob der Grundsatz der Spezialität in Art. 14. Abs. 1 EuAuslÜbk im konkreten Fall zu einem Verfahrenshindernis führt. Hintergrund war, dass der Angeklagte auf Ersuchen der (General-)Staatsanwaltschaften Köln und Frankfurt a.M.[3] durch die Schweiz ausgeliefert worden war. Die Auslieferungsbewilligung der Schweizer Behörden stützte sich insoweit nicht auf den Tatbestand der Steuerhinterziehung, sondern den Tatbestand des (gemeinrechtlichen) Betrugs in § 146 S-StGB.[4]

Den Entscheidungsgründen des 1. Strafsenats lässt sich entnehmen, dass die Verteidigung nunmehr rügte, ein Verstoß gegen Art. 14. EuAuslÜbk habe vorgelegen, da der im Urteil festgestellte Sachverhalt vom Sachverhalt abweiche, der der Auslieferung zugrunde gelegen habe. Darüber hinaus sei vom Landgericht Bonn, anders als im Rahmen des Auslieferungsverfahrens noch im Raum stehend, keine Verurteilung wegen Betruges erfolgt. Der 1. Strafsenat hat die Revision als unbegründet verworfen. Hierbei stellt der Senat zunächst fest, der Sachverhalt im Auslieferungsverfahren und im Urteil entspreche sich. Abweichungen im Hinblick auf eine etwaige Täuschung von Fondsanlegern seien, da für die Auslieferungsentscheidung der Schweiz nicht tragend, unbeachtlich. Ebenfalls unbeachtlich sei, dass der Straftatbestand im ersuchten Staat (§ 146 S-StGB, Betrug) und der Straftatbestand im Urteil (§ 370 AO, Steuerhinterziehung) nicht identisch seien. Auch sei es unbedenklich, dass ein deutsches Gericht nicht überprüfe, ob die rechtliche Bewertung des ersuchten Staates zutreffend sei. Im Verfahren des Landgerichts Bonn habe es – anders als möglicherweise im Verfahren der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. – auch keine Abweichung von der im Auslieferungsverfahren vertretenen Rechtsauffassung gegeben, die eine Anwendung des Art. 14 Abs. 3 EuAuslÜbk gebiete.

III. Hintergrund

Zum besseren Verständnis der Entscheidung soll im Folgenden skizziert werden, warum sich gerade bei Auslieferungsverfahren mit der Schweiz die Frage nach der Reichweite des Spezialitätsgrundsatzes stellt (dazu unter 1.). In der Folge soll kurz beleuchtet werden, welche Bedeutung der Spezialitätsgrundsatz für das Ermittlungs- und Hauptverfahren in Steuerstrafsachen hat (dazu unter 2.).

[1] Rahmenbeschluss 2002/584/JI in der Fassung vom 28.3.2009.

[2] Vgl. z.B. Art. 2 d. 2. ZP zum EuAuslÜbk v. 17.3.1978.

[3] Zur Diskussion der Haftentscheidung des OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 9.3.2021 – 2 Ws 132/20 s. u.a. Sartorius DStR 2021, 1597; Adick/Linke, NZWiSt 2021, 238; vgl. auch Übersicht bei Sunde NStZ 2022, 527.

[4] Vgl. dazu BundesG Lausanne, Urt. v. 16.2.2022 – 1 C 3_2022, NZWiSt 2022, 299.

1. Grenzen der Auslieferung durch die Schweiz

Die Schweiz sieht für den Bereich des Steuerstrafrechts Sonderregelungen im Bereich der „großen" Rechtshilfe (Auslieferung) vor.[5] Zwar hat die Schweiz das EuAuslÜbk und das 2. Zusatzprotokoll ratifiziert, welche grundsätzlich eine Pflicht zur Auslieferung in Steuerstrafsachen vorsehen. Die Schweiz hat allerdings ausdrücklich klargestellt, dass die im 2. Kapitel des 2. Zusatzprotokolls niedergelegten (neuen) Grundsätze für Fiskaldelikte keine Anwendung finden.[6] Im Rahmen der Assoziierungsverhandlungen mit der Europäischen Union hat die Schweiz allerdings für den Bereich der indirekten Steuern (insb. der USt) die Möglichkeiten der Auslieferung deutlich erweitert.[7] Bei einer qualifizierten Steuerhinterziehung ist daher im Bereich der indirekten Steuern eine Auslieferung möglich.[8]

Bei direkten Steuern hat die Schweiz eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Auslieferung abgelehnt und im nationalen Recht klargestellt, dass bei Fiskaldelikten im Hinblick auf direkte Steuern grundsätzlich keine Auslieferung erfolgt (§ 3 Abs. 3 S. 1 IRSG).[9] Dieser lautet:

> „Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint oder Vorschriften über währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen verletzt."

Nach Schweizer Recht kann eine Auslieferung aber im Falle eines qualifizierten Abgabebetrugs (vgl. § 3 Abs. 3 S. 2 b) IRSG)[10] und bei einem gemeinrechtlichen Betrug erfolgen, wobei letzterer auch bei einer Schädigung des Fiskus in Betracht kommen kann.[11] Bei Betrugstaten zu Lasten des Fiskus ist daher eine Auslieferung grundsätzlich auch bei direkten Steuern möglich.

Nach der Rechtsprechung der Schweizer Gerichte ist nicht erforderlich, dass die Tat im ersuchenden Staat ebenfalls als Nicht-Fiskaldelikt, z.B. als Betrug nach § 263 StGB, eingestuft wird.[12] Erforderlich ist hingegen, dass der in Rede stehende und vom ersuchenden Staat mitgeteilte Sachverhalt eine Einstufung als auslieferungsfähiges Delikt nach Schweizer Recht erlaubt. Das Bundestrafgericht sieht es insoweit auch als zulässig an, wenn der vom ersuchenden Staat mitgeteilte Sachverhalt auch Sachverhaltsangaben enthält, die für die Subsumtion unter das Recht des ersuchenden Staates nicht zwingend erforderlich sind, wohl aber für die Überprüfung, ob ein auslieferungsfähiges Delikt iSd § 3 Abs. 1 S. 1 IRSG vorliegt. Das Bundessstrafgericht führt aus:

> „Bei dieser Ausgangslage ist in auslieferungsrechtlicher Hinsicht die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Präsentation des Sachverhaltsvorwurfs durch die ersuchende Behörde auf eine Weise, welche es der ersuchten Behörde die Subsumtion unter einen schweizerischen Straftatbestand erlauben soll, nicht zu beanstanden, selbst wenn dies der Fall gewesen sein soll. Vielmehr entspricht dies einer allgemeinen Notwendigkeit im internationalen Rechtshilfeverkehr. Wie einleitend erläutert (s. supra E. 6.3), ist es im Auslieferungsverkehr mit der Schweiz namentlich betreffend Fiskaldelikte Sache der um Auslieferung ersuchenden ausländischen Behörde, in ihrem Ersuchen die Umstände darzulegen, aus welchen sich ergeben soll, dass der Beschuldigte arglistig gehandelt hat." [13]

Das Bundesstrafgericht weist allerdings darauf hin, dass bei einem Missbrauch durch Vorschieben eines anderen Delikts eine andere Bewertung und eine Ablehnung der Auslieferung möglich sei.[14]

2. Spezialität als Verfahrenshindernis

Im verfahrensgegenständlichen Fall hatte der 1. Strafsenat zu entscheiden, ob ein Verfahrenshindernis vorliegt. Die Auswirkungen der Spezialität auf das Strafverfahren sind allerdings vielfältig.

a. Basics zum Grundsatz der Spezialität

Ein Verstoß gegen die Vorgaben der Spezialität hat grundsätzlich zur Folge, dass ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung dieser Tat besteht.[15] Eine Tat, die nicht Gegenstand der Auslieferungsbewilligung war, darf daher nicht strafrechtlich verfolgt werden. Allerdings kann eine nachträgliche Verfolgung einer solchen Tat dann erfolgen, wenn der ersuchte Staat einer solchen Verfolgung zustimmt (vgl. z.B. Art. 14 Abs. 1 a) EuAuslÜbk). Darüber hinaus sehen Auslieferungsverträge vor, dass ein bestimmtes Verhalten des Verfolgten (z.B. das freiwillige Verbleiben im Hoheitsgebiet) dazu führen kann, dass der Schutz durch den Spezialitätsgrundsatz entfällt (vgl. z.B. Art. 14 Abs. 1 b) EuAuslÜbk).

In der Praxis von größerer Bedeutung ist, dass der Spezialitätsgrundsatz nicht nur die strafrechtliche Verfolgung wegen einer anderen Tat verbietet, sondern darüber hinaus auch eine Berücksichtigung anderer Taten im Rahmen der Be-

[5] Vgl. zur Thematik ausführlich auch Sunde NStZ 2022, 527.

[6] Vgl. Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 4.3.2.

[7] Vgl. dazu ausführlich Donatsch u.a., (Hrsg.) Internationale Rechtshilfe unter Einbeziehung der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, S. 166 ff.; Sunde NStZ 2022, 527, 529 ff.

[8] Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 4.3.4.

[9] Vgl. auch Wulf/Peters, wistra 2021, 231, 234.

[10] Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 4.2.3.

[11] Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 4.4.

[12] Vgl. Wulf/Peters, wistra 2021, 231, 234; Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 6.5.

[13] Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 6.5; Entscheidung bestätigt durch BundesG Lausanne, Urt. v. 16.2.2022 – 1 C 3_2022, NZWiSt 2022, 299.

[14] Bundesstrafgericht, Entscheid v. 20.12.2021 – RR 2021.200, Rn. 6.5.

[15] BGH, Beschl. v. 9.2.2012 – 1 StR 152/11, Rn. 20 ff. Zu Besonderheiten beim Spezialitätsgrundsatz im Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl vgl. BGH, Beschl. v. 7.8.2012 – 1 StR 314/12; EuGH, Urt. v. 1.12.2008 – C-388/08, Rn. 64 ff.

stimmung der Strafe (z.B. bei der Gesamtstrafenbildung oder Strafzumessung) untersagt.[16]

b. Die (fehlende) Bedeutung der rechtlichen Würdigung im ersuchenden und ersuchten Staat

Im Auslieferungsverfahren und dem nachfolgenden Ermittlungs- und Hauptverfahren kann zu verschiedenen Zeitpunkten die Frage auftauchen, welche Bedeutung die rechtliche Würdigung durch den ersuchenden Staat aufweist.

Im Auslieferungsverfahren stellt sich diese Frage zunächst bei dem – viele Rechtshilfeinstrumente und den vertraglosen Rechtshilfeverkehr prägenden – Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit. Während aufgrund der zunehmenden Harmonisierung innerhalb der Europäischen Union für ausgewählte Katalogtaten zunehmend auf das Prinzip der gegenseitigen Strafbarkeit verzichtet wird,[17] ist im klassischen Auslieferungsverfahren regelmäßig erforderlich, dass das in Rede stehende Verhalten nach dem Recht des ersuchten und des ersuchenden Staats strafbar ist. Allerdings ist anerkannt, dass der ersuchte Staat keine vollständige Überprüfung des Fremdrechts des ersuchenden Staats vorzunehmen hat, sondern die Angaben im Ersuchen anhand der übermittelten Unterlagen und Normen grundsätzlich nur auf Schlüssigkeit überprüfen muss.[18] Ausführungen des (Rechtsbeistand des) Verfolgten können allerdings Anlass für eine intensivere Prüfung geben.[19]

Im Rahmen der Überprüfung der beiderseitigen Strafbarkeit prüft der ersuchte Staat dann eine Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staats. Unstreitig dürfte insoweit sein, dass das Merkmal der beiderseitigen Strafbarkeit keine absolute Deckungsgleichheit erfordert, die nur in einem vollharmonisierten Bereich überhaupt praktisch denkbar wäre. In Rechtsprechung und Literatur wird es zum Teil für ausreichend erachtet, es reiche irgendeine Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates aus.[20] Unter anderem Kubiciel vertritt allerdings die Auffassung, zumindest eine vergleichbare Schutzrichtung der in Rede stehenden Tatbestände sei erforderlich.[21] Hierfür spricht u. a., dass sich nur unter Heranziehung der in Rede stehenden Strafnorm des ersuchenden Staats bestimmen lässt, für welche konkrete Handlung die Auslieferung begehrt wird. Regelmäßig wird daher nur die Strafnorm Aufschluss darüber geben, welche der zahlreichen, im Rahmen der Auslieferung mitgeteilten Informationen für die Würdigung des ersuchenden Staates und für die Abgrenzung der prozessualen Tat von reinen, zum besseren Verständnis mitgeteilten Hintergrundinformationen maßgeblich ist.[22] Dementsprechend kann der ersuchte Staat nicht beliebig aus den übermittelten Informationen auswählen, um eine Auslieferungsfähigkeit zu prüfen. Er hat die „Tat" zu bewerten, die der ersuchende Staat als maßgeblich erachtet. Dies schließt nicht aus, dass er weitere Sachverhaltselemente in die Bewertung mit einfließen lässt. Nimmt man das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit indes ernst, muss zumindest im Kernbereich der gleiche Sachverhalt maßgeblich sein. Dies dürfte in der Praxis regelmäßig nur bei vergleichbaren Delikten der Fall sein.

Im folgenden Ermittlungs- bzw. Hauptverfahren kann sich dann die Frage stellen, ob das deutsche Gericht eine Fremdrechtsüberprüfung vorzunehmen und zu überprüfen hat, ob die Bewilligung der Auslieferung nach dem Recht des ersuchten Staates rechtmäßig war. Dies wird vom 1. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verneint.[23] Fraglich erscheint insoweit, ob – korrespondierend zum Prüfungsrecht des ersuchten Staates – eine solche Überprüfung nicht jedenfalls dann geboten ist, wenn sich aus den Unterlagen ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des ersuchten Staates ergeben.

Ferner kann der Fall eintreten, dass die Rechtsauffassung des Tatgerichts von der Rechtsauffassung im Auslieferungsersuchen abweicht. Hier nimmt die Rechtsprechung an, dass eine solche Änderung grundsätzlich unbeachtlich ist, sofern auch weiterhin eine Auslieferungsfähigkeit zu bejahen ist.[24] Eine Zustimmungspflicht des ersuchten Staats bestehe insoweit nicht. Zum Teil wird in der Literatur eine Einschränkung vorgenommen, wenn durch die Änderung der rechtlichen Würdigung die Identität der Auslieferungstat in Frage gestellt würde.[25]

c. Die Bedeutung des Sachverhalts

Von zentraler Bedeutung im Rechtshilferecht ist der im Rahmen des Ersuchens mitgeteilte Sachverhalt. Im Auslieferungsverfahren ist für den ersuchten Staat regelmäßig der Sachverhalt maßgeblich, der sich aus den übermittelten Unterlagen ergibt. Sind die Unterlagen unzureichend, hat der ersuchte Staat auf eine Ergänzung hinzuwirken.[26] Anders ist dies zu beurteilen, wenn eine Heilung nicht zu erwarten ist, z. B. wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Vorwurf

[16] Vgl. dazu u.a. BGH, Beschl. v. 24.2.2022 – 6 StR 48/22; BGH, Urt. v. 28.8.2019 – 2 StR 25/19; BGH, Beschl. v. 3.3.2015 – 3 StR 40/15; BGH, Beschl. v. 4.2.2013 – 3 StR 395/12; BGH, Beschl. v. 28. 3. 2012 - 5 StR 49/12; BGH, Beschl. v. 27.7.2011 – 4 StR 303/11.

[17] Vgl. Art. 2 Abs. 2 RB 2002/584/JI.

[18] Vgl. dazu Vogel/Burchard, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, 10. Lfg. 2009, § 2, Rn. 24; Schierholt in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 8; Kubiciel in: Ambos u.a. (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, § 2, Rn. 15.

[19] Vgl. dazu auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 5. 11. 2009 - 2 Ausl (A) 17/09.

[20] Vgl. BGH, Beschl. v. 20.9.2023, 1 StR 187/23; Schierholt in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 3, Rn. 13.

[21] Kubiciel in: Ambos u.a. (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, § 3 IRG, Rn. 26 mWn zum Streitstand.

[22] Dass Sachverhaltsinformationen im Auslieferungsersuchen auch nicht tragender Natur sein können, hat der 1. Strafsenat im vorliegenden Fall klargestellt.

[23] S. BVerfG, Beschl. v. 20.10.1977, 2 BvR 631/77. Vgl. bereits BGH, Urt. v. 20.12.1968 – 1 StR 508/67.

[24] Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 9.2.2012 – 1 StR 152/11, Rn. 15; BGH, Beschl. v. 5.10.2010 – 4 StR 412/10. Vgl. auch Art. 14 Abs. 3 EuAuslÜbk.

[25] Vgl. zur Diskussion Vogel/Burchard in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, 22. Lfg. 2011, § 11, Rn. 42 ff.

[26] Vgl. dazu Hackner in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 10, Rn. 25 ff.

konstruiert ist.[27] Darüber hinaus ist grundsätzlich darauf zu vertrauen, dass die geschilderten Sachverhaltsangaben zutreffend sind.[28] Bei Zweifeln (vgl. auch § 10 Abs. 2 IRG für den vertraglosen Auslieferungsverkehr) ist ausnahmsweise eine weitergehende Überprüfung zulässig und geboten.[29] Die präzise Darstellung im Ersuchen ist auch deshalb relevant, weil diese Grundlage für eine etwaige spätere Überprüfung der Spezialität sein kann.[30]

In einem späteren Ermittlungs- bzw. Hauptverfahren kann ein Verstoß gegen das Spezialitätsprinzip vorliegen, wenn der Sachverhalt, der Grundlage der strafrechtlichen Verfolgung und ggfs. Verurteilung ist, nicht dem Sachverhalt entspricht, der Gegenstand der Auslieferungsbewilligung war. Die hM erkennt allerdings an, dass kleinere Abweichungen beim Sachverhalt unbeachtlich sein sollen.[31] Eine (signifikante) Abweichung kann in zweierlei Hinsicht Bedeutung haben: So kann der später im Urteil festgestellte Sachverhalt von dem Sachverhalt abweichen, der im Auslieferungsverfahren für die strafrechtliche Würdigung durch den ersuchenden Staat maßgeblich war. Es kann allerdings auch der Fall eintreten, dass Sachverhaltsabweichungen nur hinsichtlich der Tatsachen zu verzeichnen sind, die für die Annahme einer (auslieferungsfähigen) Tat durch den ersuchten Staat maßgeblich waren. Hätte sich beispielsweise im vorliegenden Verfahren nur der Tatverdacht der Steuerhinterziehung bestätigt, nicht aber die Tatsachen, die eine Annahme einer gemeinrechtlichen Betrugs nach Schweizer Recht rechtfertigen, würde der Spezialitätsgrundsatz greifen und ein Verfahrenshindernis wäre zu bejahen.[32]

IV. Praxishinweis

Der Beschreibung und der Feststellung des Sachverhalts kommen in Strafverfahren mit auslieferungsrechtlichen Bezügen eine besondere Bedeutung zu. Die Verteidigung sollte hierauf ein besonderes Augenmerk legen. Insbesondere sollte die Verteidigung stets prüfen, ob bereits im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens zur Überprüfung des Haftbefehls Sachverhaltsfeststellungen angegriffen werden können, die Grundlage für eine Auslieferungsentscheidung des ersuchten Staates sein könnten. Ist der Verfolgte einmal nach Deutschland überstellt, so ist neben der Verteidigung gegen den durch die Anklage definierten Tatvorwurf auch zu prüfen, ob eine Verteidigung gegen (mögliche) Urteilsfeststellungen erfolgen sollte, die für die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes aufgrund von Beschränkungen der Auslieferungsfähigkeit im ersuchten Staat unentbehrlich sind. Sofern erreicht werden kann, dass die Urteilsfeststellungen von den Feststellungen der Auslieferungsbewilligung des ersuchten Staats abweichen, kann ein Verfahrenshindernis in Betracht kommen und im Revisionsverfahren geprüft werden.

[27] Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 6.9.2006 - 2 Ausl A 42/05.

[28] Vgl. dazu Hackner in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 10, Rn. 1; Vogel, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, 11. Lfg. 2009, § 10, Rn. 68.

[29] Vgl. dazu u.a. BGH, Beschl. v. 15.3.1984 – 4 ARs 23/83, Rn. 24 ff.; OLG Düsseldorf, NStZ 2003, 684, 685; OLG Brandenburg vom 25.9.2003 - 2 Ausl A 19/03, Rn. 18 ff.

[30] Vgl. dazu Hackner in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 10, Rn. 3.

[31] BGH, Urt. v. 22.6.1965 – 1 StR 208/65; Vogel/Burchard in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, 22. Lfg. 2011, § 11, Rn. 41; Schierholt in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 11, Rn. 14. Zum EU-Recht vgl. EuGH, Urt. v. 1.12.2008 – C-388/08, Rn. 57 ff.; vgl. auch Meyer in: Ambos u.a. (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, § 83h, Rn. 1059.

[32] Vgl. zur Maßgeblichkeit der Grenzen der Auslieferungsbewilligung bereits BGH, Urt. v. 20.12.1968 – 1 StR 508/67; vgl. zum EU-Recht BGH, Beschl. v. 15.4.2015 – 2 StR 529/14, Rn. 2.

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

Fälschung von Impfausweisen – eine Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22

1. **Die Fälschung von Impfausweisen kann den Tatbestand der Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB verwirklichen.**

2. **Gegenüber § 267 StGB nimmt der Tatbestand des § 277 StGB aF keine Spezialität mit privilegierendem Charakter ein.**

3. **Vielmehr handelt es sich um zwei Tatbestände, die verschieden geartete Begehungsweisen erfassen, aber gemeinsame Unrechtselemente aufweisen, so dass es zu einer im Strafgesetzbuch nicht ungewöhnlichen Überschneidung der Anwendungsbereiche kommt. Die Anwendbarkeit des einen Tatbestands schließt die Anwendbarkeit des anderen deswegen nicht aus.**

(Leitsätze der Verfasserin)
BGH, Urteil v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22

I. Sachverhalt

Der Angeklagte hatte sich entschlossen, eigenhändig Impfausweise mit Eintragungen zu angeblichen Impfungen gegen das SARS-CoV-2-Virus anzufertigen oder bereits bestehende Impfausweise mit solchen Eintragungen zu ergänzen, um die Impfausweise gegen Bezahlung anderen Personen zu überlassen. Hiermit sollte den Abnehmern ermöglicht werden, mittels der Impfausweise Schutzimpfungen nachzuweisen, um in Apotheken digitale Impfzertifikate zu erlangen oder aufgrund der Covid-19-Pandemie bestehende Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte, etwa in der Gastronomie, zu umgehen.

In Umsetzung seines Plans fertigte er im Spätsommer 2021 Impfausweise dadurch an, dass er entweder unausgefüllte Impfausweisvordrucke auf der Vorderseite mit den Personalien der angeblich geimpften Personen beschriftete oder bereits mit Personalien beschriftete Impfausweise verwendete, um dann jeweils auf den inneren Seiten des Impfausweises angebliche Impfungen einzutragen. Hierzu vermerkte er die vermeintlichen Daten für Erst- und Zweitimpfungen gegen das SARS-CoV-2-Virus handschriftlich und versah die Eintragungen jeweils in derselben Zeile mit selbst gedruckten Aufklebern des angeblich verwendeten Impfstoffs „Comirnaty" einschließlich fiktiver Chargennummern sowie mit dem Stempel „Landkreis H., Impfzentrum B., R-Straße 27, B.". Auf dem Stempel unterschrieb er jeweils mit einem nachgeahmten oder erfundenen Namenszug, um hierdurch den Eindruck zu erwecken, die betreffende Unterschrift sei von einem Arzt des Impfzentrums geleistet worden.

In erster Instanz wurde der Angeklagten wegen anderer Delikte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und vom Vorwurf der Urkundenfälschung der Impfdokumente freigesprochen. Unter anderem gegen den Freispruch wandte sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision.

II. Rechtliche Würdigung

Die Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet. Der Freispruch hält einer revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand, da zu Unrecht eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung verneint wurde.

1. Keine Strafbarkeit wegen Fälschung eines Gesundheitszeugnisses

Zutreffend ist, dass der Angeklagte sich nicht wegen der Fälschung von Gesundheitszeugnissen gemäß § 277 StGB aF strafbar gemacht hat.

Der zweiaktig aufgebaute Tatbestand des § 277 StGB setzt voraus, dass jemand unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht (erster Teilakt) und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht (zweiter Teilakt).

a.
Den ersten Teilakt hat der Angeklagte auf der Grundlage der Feststellungen verwirklicht. Er hat durch die Eintragungen in den Impfausweisen ein Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen ausgestellt.

aa.
Gesundheitszeugnisse iSv § 277 StGB aF sind schriftliche Erklärungen, in denen der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird. Gegenstand kann auch eine frühere Erkrankung oder eine Prognose über die künftige gesundheitliche Entwicklung sein, ebenso die Bescheinigung therapeutischer Maßnahmen. Danach stellt eine Impfbescheinigung ein solches Gesundheitszeugnis dar. Denn dieses Merkmal umfasst bereits nach seinem Wortsinn nicht nur Feststellungen zum gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen, sondern auch über die Aussichten, von bestimmten Krankheiten befallen oder von ihnen verschont zu werden. Eine Aussage über die Veränderung des Gesundheitszustands wird auch durch die implizit in einem Impfnachweis enthaltene Feststellung getroffen, dass der Impfpassinhaber mit einem bestimmten Wirkstoff geimpft sei und dieser Wirkstoff bei Kontakt mit einem Virus zu bestimmten körperlichen Reaktionen führe.

Dieser Aussagegehalt lässt sich aber nicht bereits der Zeile auf den Innenseiten des Impfausweises entnehmen, in der das Datum der Impfung, der Impfstoff und die Chargennummer eingetragen werden. Es bedarf vielmehr der Zuordnung der Verabreichung einer Impfdosis zu einer bestimmten Person (vgl. hierzu im Gegenschluss den durch Gesetz vom 22.11.2021 [BGBl. 2021 I 4906] eingeführten Abs. 1a des § 275 StGB, der erstmals Formen des Umgangs mit „noch nicht personalisierten" Blankett-Impfausweisen als Vorbereitungshandlung des Herstellens falscher Impfausweise unter Strafe stellt, „um die Strafbarkeit sämtlichen strafwürdigen Verhaltens im Bereich der Fälschung von Impfausweisen zweifelsfrei sicherzustellen" [BT-Drs. 20/15, 32 f.]). Diese wird erst durch die Personalien auf dem Deckblatt des Impfausweises gewährleistet, auf die sich die Angaben zur Impfung beziehen. Die ärztliche Unterschrift bezeugt mithin, den Inhaber des Ausweises mit dem näher bezeichneten Vakzin geimpft zu haben.

bb.
Der Angeklagte hat gem. § 277 Var. 2 StGB aF unter dem Namen einer Medizinalperson ein falsches Gesundheitszeugnis ausgestellt. Der erste Teilakt von § 277 StGB aF erfasst drei unterschiedliche Begehungsvarianten, denen aber allen gemeinsam ist, dass der Täter über den Aussteller der Urkunde täuscht, und zwar entweder über dessen mit einer Qualifikation verbundene Identität oder aber allein über dessen Qualifikation.

(a) In der ersten Variante stellt der Täter das Gesundheitszeugnis zwar unter seinem echten Namen aus; zugleich bezeichnet er sich darin aber unwahr „als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson". Das Gesundheitszeugnis enthält damit eine schriftliche Lüge über die Approbation, mithin über die Qualifikation des Ausstellers. Diese Variante – die auch nicht den Tatbestand der Urkundenfälschung erfüllen würde (vgl. BT-Drs. 20/15, 33) – liegt nach den Feststellungen nicht vor.

(b) Zur Erfüllung der zweiten und dritten Variante muss der Täter über die Identität des Ausstellers täuschen. Anders als bei der Urkundenfälschung reicht aber allein eine Identitätstäuschung nicht aus, vielmehr ist es zudem erforderlich, dass die vorgetäuschte Identität mit der Qualifikation als approbierte Medizinalperson verbunden ist. Aufgrund der Identitätstäuschung unterfallen diese beiden Begehungsvarianten auch dem Tatbestand der Urkundenfälschung. Anders als für die Erfüllung dieses Tatbestands ist jedoch zusätzlich erforderlich, dass der aus der Urkunde ersichtliche Aussteller eine besondere Eigenschaft aufweist.

(aa) Die zweite Variante ist erfüllt, wenn der Täter unter dem Namen einer approbierten Medizinalperson ein – inhaltlich richtiges oder falsches – Gesundheitszeugnis ausstellt, er mithin über die Identität eines Ausstellers täuscht, der er die erforderliche Qualifikation zuweist. Dies ist sowohl gegeben, wenn er unter dem Namen einer anderen tatsächlich existierenden approbierten Person handelt, er also eine fremde Identität vortäuscht, als auch dann, wenn die Person, als die er auftritt, in Wahrheit nicht existiert, solange er den Anschein erweckt, dass diese erfundene Person eine approbierte Medizinalperson sei.

(bb) Die dritte Variante des Verfälschens liegt vor, wenn der Täter den Inhalt einer Gesundheitsbescheinigung verändert und damit über die mit einer bestimmten Qualifikation verbundene Identität des Ausstellers täuscht.

cc.
Hier liegen die Voraussetzungen der zweiten Variante vor. Indem der Angeklagte die Impfpässe mit einem nachgeahmten oder erfundenen Namenszug in Kombination mit dem Stempel „Impfzentrum B." versah, suggerierte er dem Leser die Ausstellung der Dokumente durch einen Arzt des Impfzentrums und täuschte mithin über die qualifizierte Identität des Ausstellers.

b.
Der Tatbestand des § 277 StGB aF ist gleichwohl nicht erfüllt, da es an der Verwirklichung des zweiten Teilakts der Tathandlung fehlt. Denn anders als für den Tatbestand der Urkundenfälschung genügt es nicht, dass die Urkunde in der Absicht hergestellt wird, sie später zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen. Vielmehr verlangt der Tatbestand des § 277 StGB aF den Gebrauch der Urkunde. Hinzu tritt, dass nicht der Gebrauch im allgemeinen Rechtsverkehr von der Vorschrift erfasst wird, sondern nur der Gebrauch zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften. An diesen Voraussetzungen fehlt es.

aa.
Ein gefälschtes Gesundheitszeugnis gebraucht nur derjenige, der es dem zu Täuschenden so zugänglich macht, dass dieser es wahrnehmen kann. Erforderlich ist, dass der Täuschungsadressat in die Lage versetzt wird, vom Inhalt des Gesundheitszeugnisses durch eigene Einsichtnahme Kenntnis zu nehmen.

(a) Der Angeklagte hat die Impfausweise lediglich hergestellt und sie nicht selbst gebraucht.

(b) Es kann dahinstehen, ob es für den Gebrauch ausreichen könnte, dass der Fälscher das Zeugnis lediglich einem Dritten für dessen Gebrauch überlässt oder ob dem Angeklagten der Gebrauch durch andere gem. § 25 II StGB zugerechnet werden könnte. Denn es war lediglich vorgesehen, dass die Impfausweise „etwa in Apotheken zur Erstellung eines digitalen Impfzertifikats oder in der Gastronomie" genutzt werden sollten. Nur diese Verwendungsweise war auch vom Vorsatz des Angeklagten umfasst. In jeder dieser Konstellationen fehlt es an den Voraussetzungen des besonderen Adressatenkreises für die Täuschung.

Beim Einsatz in der Gastronomie versteht sich dies von selbst. Aber auch bei Vorlage in Apotheken sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

(aa) Apotheken kommen als Vorlageadressaten iSd § 277 StGB aF nicht in Betracht; Apotheken sind keine Behörden. Behörden iSd §§ 277, 278 StGB aF sind nur solche Stellen,

welche die vorgelegten Zeugnisse zur Beurteilung des Gesundheitszustands einer Person verwenden. Schon das ist hier nicht der Fall. Nach § 1 ApoG obliegt den Apotheken die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Unter diese Aufgabe fällt nicht die Beurteilung des Gesundheitszustands von Personen auf der Grundlage eines von einer (anderen) Medizinalperson erstellten Zeugnisses.

(bb) Die Vorlage der Falsifikate in Apotheken zur Erlangung eines digitalen Impfzertifikats führt auch nicht dazu, dass dem Robert-Koch-Institut die Impfbescheinigungen als der für die Erstellung digitaler Impfzertifikate zuständigen Behörde zugänglich gemacht werden. Denn ein Gebrauchen setzt jedenfalls ein Verbringen des Gesundheitszeugnisses in den Machtbereich der Behörde mit der Möglichkeit sinnlicher Wahrnehmung voraus. Daran fehlt es, weil gem. § 22 V IfSG aF dem Robert-Koch-Institut durch die Apotheke lediglich personenbezogene Daten aus dem Impfpass elektronisch übermittelt werden, nicht jedoch der Impfpass als solcher.

2. Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung

Zu Unrecht hat sich das LG jedoch an einer Verurteilung wegen Urkundenfälschung (§ 267 StGB) gehindert gesehen. Wie vom LG rechtsfehlerfrei angenommen, liegen die Voraussetzungen des Tatbestands vor. Allerdings trifft die Ansicht, der Tatbestand des § 277 StGB aF sperre den Rückgriff auf den Tatbestand der Urkundenfälschung, nicht zu.

a.
Die Fälschung ärztlicher Bescheinigungen über angebliche Schutzimpfungen erfüllt den Tatbestand der Urkundenfälschung in der Tatvariante des Herstellens einer unechten Urkunde (§ 267 I Var. 1 StGB).

aa.
Der Impfpass ist eine Urkunde iSd § 267 StGB. Die Eintragung einer Impfdokumentation in einen auf eine bestimmte Person ausgestellten Impfausweis stellt eine verkörperte Gedankenerklärung dar, die zum Beweis geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt. Die in der ausgefüllten Zeile des Impfausweises enthaltenen Angaben über Datum der Impfung, Impfstoff und Charge ergeben – wie bei § 277 StGB aF – im Zusammenhang mit den Personalien auf dem Deckblatt des Impfausweises die Erklärung des Impfarztes, der genannten Person die bezeichnete Impfung an einem bestimmten Tag unter Verwendung eines Vakzins einer bestimmten Charge verabreicht zu haben.

bb.
Die vom Angeklagten hergestellten Impfbescheinigungen sind auch unecht, da sie nicht von demjenigen stammen, der in ihnen als Aussteller bezeichnet wird. Dies gilt sowohl in den Fällen, in denen der Angeklagte bisher unausgefüllte Impfausweise verwendete, als auch bei Eintragung der Angaben zur Impfung in bereits mit Personalien versehene Impfausweise. Denn die Impfbescheinigungen waren jeweils mit einem Stempel mit dem Aufdruck „Impfzentrum B." und einer erfundenen oder nachgeahmten Unterschrift versehen, womit der Angeklagte den Eindruck erweckte, die Bescheinigungen seien von einem Arzt des Impfzentrums ausgestellt worden, obwohl sie tatsächlich von ihm selbst herrührten.

b.
Danach erfüllt das Handeln des Angeklagten den Tatbestand der Urkundenfälschung. Auf der Grundlage der Feststellungen handelte er auch rechtswidrig und schuldhaft.

c.
Für eine Nichtanwendung des § 267 I StGB gibt es keine Legitimation. Eine solche ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass es sich bei den Urkunden um Gesundheitszeugnisse handelte und diese als Tatobjekte auch in einem anderen Straftatbestand, nämlich § 277 StGB aF, erfasst waren. Die Tatbestände des § 277 StGB aF und des § 267 StGB stehen nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität.

Zum Verhältnis zwischen § 277 StGB aF und § 267 StGB werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten:

(a) Eine Ansicht nimmt eine umfassende Sperrwirkung des § 277 StGB aF gegenüber § 267 StGB an, sobald Tatobjekt ein Gesundheitszeugnis ist. Ein Rückgriff auf § 267 StGB wird abgelehnt, auch wenn der objektive Tatbestand des § 277 StGB aF nicht erfüllt ist.

(b) Andere nehmen nicht in allen Fällen eine Sperrwirkung des § 277 StGB aF gegenüber § 267 StGB an. Eine privilegierende Spezialität soll nicht nur dann gegeben sein, wenn Gesundheitszeugnisse zur Täuschung von Behörden und Versicherungen gebraucht werden, sondern auch dann, wenn sie – ohne tatsächlichen Gebrauch – diese Zweckbestimmung haben. Dies wird damit begründet, dass sonst der bloße Hersteller eines falschen Gesundheitszeugnisses härter bestraft wird als derjenige, der dieses nach Erstellung tatsächlich bei einer Behörde oder einer Versicherung vorlegt. In allen anderen Fällen, etwa wie hier bei beabsichtigter Vorlage in Gastronomiebetrieben und Apotheken, bleibt § 267 StGB anwendbar, wenn der Tatbestand des § 277 StGB aF nicht vollständig erfüllt ist.

(c) Eine dritte Ansicht wendet eine „Rechtsfolgenlösung" an. Die Strafbarkeit nach § 267 StGB werde nicht gesperrt, solle in der Rechtsfolge aber durch die Anwendung des geringeren Strafrahmens aus § 277 StGB aF modifiziert werden.

(d) Das RG hatte eine Sperrwirkung angenommen, wenn der Tatbestand der §§ 277, 279 StGB aF vollständig erfüllt war. Soweit es dafür darauf abgestellt hat, dass es sich bei den §§ 277, 279 StGB aF um „besondere Vorschriften" oder es sich bei § 277 StGB aF um eine gegenüber §§ 267 ff. StGB aF „spezielle Bestimmung" gehandelt haben soll, ist es eine nähere Begründung schuldig geblieben.

(e) Der BGH hat zu dieser Rechtsfrage bislang noch nicht ausdrücklich Stellung genommen.

d.
Eine Spezialität mit privilegierendem Charakter des § 277 StGB aF gegenüber § 267 StGB besteht nicht. Vielmehr handelt es sich um zwei Tatbestände, die verschieden geartete Begehungsweisen erfassen, aber gemeinsame Unrechtselemente aufweisen, so dass es zu einer im Strafgesetzbuch nicht ungewöhnlichen Überschneidung der Anwendungsbereiche kommt. Die Anwendbarkeit des einen Tatbestands schließt die Anwendbarkeit des anderen deswegen nicht aus.

aa.
Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den infrage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren Gesichtspunkt erfasst, also spezieller ist. Soll der Täter durch das weitere, speziellere Merkmal bessergestellt werden als der Täter nur des allgemeinen Delikts, so handelt es sich um einen Fall der privilegierenden Spezialität. Dann ist ein Rückgriff auf das allgemeinere Delikt ausgeschlossen, da andernfalls die Privilegierung beseitigt würde. Ob die speziellere Vorschrift den Täter begünstigen soll, ist anhand des Zwecks dieser Vorschrift, des inneren Zusammenhangs der miteinander konkurrierenden Bestimmungen und des Willens des Gesetzgebers zu prüfen. Die Annahme einer Privilegierung bedarf mithin stets einer spezifischen Rechtfertigung.

bb.
An einer solchen Rechtfertigung fehlt es. Die Voraussetzungen privilegierender Spezialität zwischen § 267 StGB und § 277 StGB aF liegen nicht vor.

Zwar könnte für ein derartiges Konkurrenzverhältnis der beiden Vorschriften sprechen, dass die Vorschrift des § 277 StGB aF mit dem Tatobjekt Gesundheitszeugnis Urkunden unter einem spezielleren Aspekt erfasst und für deren Fälschung lediglich Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr androht, während die Urkundenfälschung demgegenüber Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorsieht. Zudem ist bei Verwirklichung der zweiten und dritten Tatvariante des § 277 StGB aF jeweils auch der Tatbestand der Urkundenfälschung noch dazu mit einem höheren Strafrahmen erfüllt.

Aber weder Wortlaut noch systematischer Zusammenhang oder Zweck der beiden Vorschriften belegen das Ausnahmekonkurrenzverhältnis. Die historische Auslegung bestätigt das Ergebnis, dass es sich um zwei Tatbestände handelt, die nebeneinanderstehen und trotz gemeinsamer Unrechtselemente verschiedene, jeweils als strafwürdig erachtete Handlungen erfassen. Im Einzelnen:

(a) Aus dem Wortlaut ergibt sich eine Privilegierungswirkung des § 277 StGB aF nicht. Hätte der Gesetzgeber einen Anwendungsvorrang gewollt, hätte er ihn im Wortlaut verankert. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Annahme einer Privilegierung um einen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall handelt.

(b) Dagegen sprechen systematische Argumente, insbesondere die strukturelle Verschiedenheit beider Delikte, die einen fehlenden inneren Zusammenhang offenbart.

(aa) Dies zeigt sich vor allem darin, dass § 277 StGB aF als zweiaktiges Delikt ausgestaltet ist, das Gesundheitszeugnis also stets tatsächlich eingesetzt werden muss, während bei der Urkundenfälschung schon das Herstellen oder Verfälschen zum Zweck der Täuschung Vollendung eintreten lässt. Dieser Befund – zweiaktiges Tatgeschehen bei § 277 StGB aF im Gegensatz zum einaktigen mit überschießender Innentendenz bei der Urkundenfälschung – lässt sich aber mit der Annahme, dass der zweiaktige Tatbestand das Geschehen nur noch unter spezielleren Gesichtspunkten als der andere erfassen und deswegen den Täter privilegieren soll, schwerlich vereinbaren. Dies gilt zumal, da der zum Fälschen oder Verfälschen hinzutretende Gebrauch der Urkunde den dem Tatgeschehen innewohnenden Unrechtsgehalt sogar zu steigern geeignet ist, keineswegs aber senkt. Dies wird gestützt durch die gesetzgeberische Wertung, den Gebrauch einer unechten oder verfälschten Urkunde gem. § 267 I Var. 3 StGB für sich genommen für ebenso strafwürdig zu erachten wie das Fälschen oder Verfälschen gem. § 267 I Var. 1 und 2 StGB. Der Blick auf diese Begehungsvarianten der Urkundenfälschung erhellt aber auch, dass der Täter des § 277 Var. 2 und 3 StGB aF stets zwei Begehungsvarianten des § 267 I StGB erfüllt, weil er fälschen oder verfälschen und sein Produkt sodann einsetzen muss. Für eine grundsätzlich mildere Bestrafung dieses Täters gegenüber demjenigen, der nur eine Variante der Urkundenfälschung begeht, spricht danach nichts.

(bb) Die Ausgestaltung des zweiten Teilakts des § 277 StGB aF in Form des gegenüber der Urkundenfälschung viel enger gefassten und enumerativ genannten Adressatenkreises der ins Werk gesetzten Täuschung lässt ebenfalls keinen Grund für eine Privilegierung erkennen. Dem Gesetz sind Anhaltspunkte dafür, dass der Gebrauch gegenüber einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft weniger strafwürdig sein soll als gegenüber anderen Teilnehmern des Rechtsverkehrs, nicht zu entnehmen. Solche sind auch sonst nicht zutage getreten. Soweit einzelne Oberlandesgerichte, die eine privilegierende Spezialität annehmen, damit argumentieren, speziell die Vorlage gegenüber diesen Adressaten sei privilegiert und damit als verringertes Unrecht zu begreifen, weil sich Behörden und Versicherungen besser gegen Täuschungen schützen könnten, entbehrt diese Begründung einer Privilegierung eines Belegs und vor allem jeder Stütze in der Gesetzgebungsgeschichte. Zudem könnte diese Lesart die selbstständige Strafbarkeit des Gebrauchs einer schriftlichen Lüge in Form eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nur bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft gem. §§ 278, 279 StGB in den zur Tatzeit geltenden Fassungen nicht erklären. Diese Einwände gelten auch für die Annahme, der Gesetzgeber habe mit § 277 StGB aF dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass bei Versicherungen und Behörden oftmals ein „faktischer Zwang" zur Vorlage von Gesundheitszeugnissen bestünde, um bestimmte Leistungen zu erhalten.

(cc) Die strukturellen Unterschiede erschöpfen sich aber nicht in der divergierenden Anzahl der zur Tatvollendung er-

forderlichen Begehungsakte. Zusätzlich enthält § 277 StGB aF eine Begehungsform, die den Tatbestand der Urkundenfälschung gar nicht erfüllt, nämlich die nur nach § 277 StGB aF strafbare schriftliche Lüge. Dieser Befund spricht gegen einen privilegierenden Gehalt der beiden anderen Begehungsvarianten. Denn wenn eine Fälschung oder eine Verfälschung von Urkunden dann als weniger strafwürdig behandelt werden müsste, wenn ein Gesundheitszeugnis als spezielle Urkunde betroffen ist, so erklärt sich nicht, warum eine schriftliche Lüge allein auf einem Gesundheitszeugnis strafbar ist, nicht aber, wenn es sich um eine sonstige Urkunde handelt. Eine Privilegierung stünde zudem in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zur Vorschrift des § 278 StGB in der zur Tatzeit geltenden Fassung, wonach das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse als schriftliche Lüge auch ohne Täuschung über den Aussteller oder dessen Qualifikation strafbar ist. Vielmehr belegen § 277 Var. 1, §§ 278, 279 StGB aF, dass der Gesetzgeber den Umgang mit nicht vertrauenswürdigen Gesundheitszeugnissen umfassender strafrechtlich schützen wollte, als dies bei allgemeinen Urkunden der Fall ist. Mit einer geringeren Vertrauenswürdigkeit der Gesundheitszeugnisse als Grund für die Privilegierung ist dieser umfassende Schutz nicht vereinbar.

(dd) Schließlich geht § 277 StGB aF noch in anderer Weise über die Anforderungen der Urkundenfälschung gem. § 267 StGB hinaus. Für die beiden Begehungsvarianten des § 277 StGB aF, die wie § 267 I StGB eine Identitätstäuschung über den Aussteller erfordern, reicht diese für sich genommen zur Tatbestandserfüllung nicht aus. Vielmehr muss die vorgetäuschte Identität besondere Anforderungen erfüllen, indem sie den angeblichen Aussteller als Arzt oder andere approbierte Medizinalperson erscheinen lässt. Dieses zusätzliche Merkmal im Zusammenhang mit der ersten Begehungsvariante der Vorschrift, in der eine Täuschung über die Qualifikation erforderlich ist, belegt, dass § 277 StGB aF eine andere Schutzfunktion hat. Wäre auch hierdurch nur die allgemeine Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden geschützt, so bedürfte es der mit der Identitätstäuschung verbundenen Aussage über die Qualifikation des vermeintlichen Ausstellers nicht.

Diesem zusätzlichen Merkmal einen privilegierenden Gehalt zuzuweisen, würde bedeuten, eine Täuschung über die Identität des Ausstellers dann für weniger strafwürdig zu erachten, wenn der Täter zugleich zum Ausdruck bringt, der Aussteller sei eine approbierte Medizinalperson. Dies wäre weder sinnvoll noch ließe es sich in die Rechtsordnung einpassen, in der diesem Berufszweig besonderes Vertrauen entgegengebracht wird (vgl. nur § 218a, § 218 b I 2 StGB) und dessen Missbrauch in herausgehobener Weise als strafwürdig bewertet wird (vgl. § 218c I, § 278 StGB und § 278 StGB aF).

(ee) Wie aufgezeigt, unterscheiden sich die beiden Tatbestände in vielfacher Weise. Würde man – wie das LG – systematisch von einer privilegierenden Spezialität ausgehen wollen, müssten sämtliche zusätzlichen Anforderungen, die die Begehungsweisen des § 277 Var. 2 und 3 StGB aF an die Tatbestandsverwirklichung stellen, Merkmale sein, die den zu beurteilenden Sachverhalt genauer erfassen, mithin spezieller sind. Das beträfe damit nicht nur den aus der Gesamtheit der Urkunden spezielleren Begriff der Gesundheitszeugnisse, sondern ebenso die besonderen Anforderungen an die Identitätstäuschung und den nachfolgenden Einsatz der gefälschten oder verfälschten Urkunden gegenüber dem besonderen Adressatenkreis. In dieser Gesamtheit der besonderen, über § 267 I StGB hinausgehenden Merkmale ist nicht im Ansatz ein Grund für eine Privilegierung auszumachen.

(ff) Auch unter sonstigen systematischen Gesichtspunkten ist die Annahme einer Sperrwirkung des § 277 StGB aF nicht geboten.

Das Normengefüge spricht gegen eine Privilegierung. So gibt es in § 274 I StGB (Urkundenunterdrückung) keine Sonderregelung für Gesundheitszeugnisse. Wenn der Gesetzgeber den Umgang mit Gesundheitszeugnissen umfassend hätte privilegieren wollen, hätte es nahegelegen, auch in § 274 I StGB eine entsprechende Regelung zu schaffen. Wie dargestellt sprechen auch die Vorschriften der §§ 278, 279 StGB aF gegen eine Privilegierung des Umgangs mit Gesundheitszeugnissen.

Die Annahme einer Sperrwirkung des § 277 StGB aF stünde in einem unerklärlichen Gegensatz zur grundsätzlich weitreichenden Regelung des § 267 StGB, der auch eine Vielzahl von Lebenssachverhalten erfasst, deren Bedeutung für den Rechtsverkehr geringer ist als derjenige von Gesundheitszeugnissen. Auch die Befürworter einer privilegierenden Spezialität räumen ein, dass bei Annahme einer solchen im Einzelfall erhebliche Wertungswidersprüche bestehen können. Dies zeigt insbesondere der Vergleich der Fälschung von Gesundheitszeugnissen von Menschen und Tieren: Fälschungen von Tiergesundheitszeugnissen sind unstreitig nach § 267 StGB strafbar, so dass der Strafrahmen deutlich höher wäre als bei der Fälschung von Gesundheitszeugnissen von Menschen, was im Widerspruch zur Bedeutung im Rechtsverkehr steht. Gleiches gilt für die Fälschung eines Totenscheins. Da es sich nicht um ein Gesundheitszeugnis handelt, ist dessen Fälschung auch nach den Befürwortern einer privilegierenden Spezialität als Urkundenfälschung strafbar. Wertungsmäßig erschließt sich nicht, warum sich der Fälscher eines Totenscheins gem. § 267 I Var. 1 StGB strafbar macht, der Fälscher eines Gesundheitszeugnisses bezüglich eines Lebenden hingegen nicht.

(c) Der Zweck der Vorschriften erlaubt ebenfalls keinen Schluss auf eine privilegierende Spezialität. Die Rechtsgüter der betroffenen Vorschriften sind nicht deckungsgleich. Die Regelung des § 267 StGB dient der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden allgemein, indem er ihn vor dem Herstellen unechter, dem Verfälschen echter und dem Gebrauch unechter oder verfälschter Urkunden strafrechtlich schützt. Er dient damit nicht unmittelbar dem Schutz von Individualinteressen, insbesondere nicht solcher vermögensrechtlicher Art. Der Schutz, der Individualinteressen durch diese Norm zuteil wird, ist nur eine Reflexwirkung. Demgegenüber ergibt sich aus den Darlegungen zur unterschiedlichen Struktur der Tatbestände, dass die relevanten Begehungsvarianten des § 277 StGB aF einen Sachverhalt unter anderen Aspekten als § 267 StGB erfassen. Durch die

besonderen Anforderungen an die falsche Urkunde, die vorgetäuschte Identität des vermeintlichen Ausstellers und durch den begrenzten Adressatenkreis der erforderlichen Verwendung wird die abweichende Schutzrichtung des § 277 StGB aF deutlich. Sie liegt in der Sicherung der Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften und schützt diese vor einem Missbrauch des Vertrauens in die Integrität medizinischer Dokumente.

(d) Nachdem weder aus dem Wortlaut noch aus dem inneren Zusammenhang der Vorschriften zueinander, aus sonstigen systematischen Gesichtspunkten oder dem Zweck der Vorschriften Argumente für eine privilegierende Spezialität gewonnen werden können, sind solche auch der Gesetzgebungsgeschichte nicht zu entnehmen. Vielmehr bestätigt diese, dass es sich um zwei Tatbestände handelt, die sich ungeachtet gemeinsamer Unrechtselemente nicht gegenseitig ausschließen und nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität zueinander stehen.

cc.
Der Senat hat auch die weiteren gegen die Ablehnung einer privilegierenden Spezialität gerichteten Argumente in den Blick genommen. Diese führen indes nicht zu einem abweichenden Ergebnis.

(a) Zwar weist § 277 StGB aF gegenüber § 267 StGB einen niedrigeren Strafrahmen auf, hieraus allein lässt sich aber nicht die Annahme privilegierender Spezialität herleiten. Zum einen stellt das tatbestandliche Zusammentreffen von Normen mit unterschiedlichen Strafrahmen den rechtssystematischen Normalfall dar, wie sich aus der Wertung des § 52 StGB ergibt. Zum anderen erlaubt allein die nicht aufeinander abgestimmt erscheinende Bewertung der Strafwürdigkeit in verschiedenen Tatbeständen nicht den Schluss auf eine intendierte Privilegierung.

(b) Auch das weitere Argument der Befürworter einer vollumfänglichen Sperrwirkung des § 277 StGB aF, dass der bloße Hersteller eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nicht nach § 267 StGB bestraft werden dürfe, weil ansonsten eine für die Tatvorbereitung des § 277 StGB aF erforderliche Handlung härter bestraft würde als die vollständige Verwirklichung des aus Herstellung und Vorlage bestehenden Tatbestands § 277 StGB aF selbst, verfängt nicht. Der behauptete Wertungswiderspruch besteht nur, wenn man bei nicht vollständiger Erfüllung des § 277 StGB aF eine privilegierende Spezialität ablehnt, diese jedoch für den Fall des vollständigen Vorliegens des § 277 StGB aF bejaht. Da eine privilegierende Spezialität im Verhältnis von § 267 StGB zu § 277 StGB aF nicht in Betracht kommt, ist ein wertungsmäßiger Gleichlauf sichergestellt, da sowohl für den isolierten Hersteller als auch denjenigen, der den hergestellten Impfausweis später verwendet, immer der (höhere) Strafrahmen des § 267 StGB maßgeblich ist.

(c) Der Senat verkennt nicht, dass durch diese Auslegung § 277 StGB aF, von der Begehungsvariante der schriftlichen Lüge abgesehen, keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr hat. Dieses Ergebnis ist jedoch durch den Gesetzgeber vorgezeichnet worden, indem er den Anwendungsbereich des § 267 StGB stetig ausgeweitet und die Vorschrift zu einem einaktigen Delikt mit überschießender Innentendenz umgestaltet hat.

(d) Ohne dass es nach dem gefundenen Ergebnis hierauf noch entscheidend ankäme, bleibt festzuhalten, dass im Fall einer Spezialität zwischen zwei Normen eine Privilegierung regelmäßig nur dann eingreifen kann, wenn ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vollständig erfüllt sind.

Nach alldem hat sich der Angeklagte auf der Grundlage der Feststellungen gem. § 267 I StGB strafbar gemacht.

III. Praxishinweis

Diese Entscheidung des 5. Senates des BGH ist keine „reine" Corona-Entscheidung, sondern geht im Hinblick auf deren Geltungsbereich deutlich hinaus. Die offene Frage der Konkurrenzen des § 277 StGB aF sowie des § 267 StGB zueinander, ist nun höchstrichterlich geklärt worden. Dabei sind die Entscheidungsgründe sehr tiefgehend, indem die Prüfungsschritte der Gesetzesauslegung wie der Gesetzeswortlaut, Sinn und Zweck, Gesetzessystematik und Gesetzeshistorie aufgegriffen und sehr kleinteilig beleuchtet wurden.

In den sehr ausfühlichen Urteilsgründen lehnt der 5. Strafsenat des BGH sämtliche Rechtsansichten ab, die dem § 277 StGB a.F. irgendeine (Teil-)Sperrwirkung zuerkannt haben. Vielmehr spricht sich der Senat sehr eindeutig dahinghend aus, dass es sich bei den jeweiligen Normen um zwei separate Tatbestände handelt, die zwar gemeinsame Unrechtselemente aufweisen aber letztlich unterschiedliche Begehungsweisen sanktionieren. Die daraus entstehenden Überschneidungen von Anwendungsbereiche wird als im Strafgesetzbuch nicht ungewöhnlich bewertet.

Auf den Umstand, dass bei dieser Auslegung der Anwendungsbereich des § 277 StGB aF auf einen geringen eigenen Anwendungsbereich reduziert wird, begegnet der 5. Senat mit einem Verweis auf den Gesetzgeber, der durch die stetige Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 267 StGB diese Vorschrift zu einem einaktigen Delikt mit überschießender Innentendenz umgestaltet hat.

Für aktuelle Sachverhalte ist das Konkurrenzverhältnis zwischen § 277 StGB nF und u.a. § 267 StGB gesetzlich geregelt, da mit der Neufassung des § 277 StGB (ab dem 24.11.2021) ausdrücklich eine Subsidiaritätsklausel eingeführt wurde.

Rechtsanwältin Dr. Viktoria Schrader, LL.M., Dresden

Durchsuchung bei Anwaltskanzleien; Anm. zu LG Hamburg, Beschl. v. 20.1.2023 – 608 Qs 12/22

Das Landgericht Hamburg hatte in der vorliegenden Entscheidung über die Zulässigkeit der Durchsicht von Unterlagen nach § 110 StPO zu entscheiden und musste sich dabei mit den Voraussetzungen der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei und den Anforderungen an die Beschlagnahmefähigkeit anwaltlicher Unterlagen auseinandersetzen. Es stellt in der Entscheidung fest, dass an die Durchsuchung von Rechtsanwaltskanzleien spezifische und strengere Anforderungen zu stellen sind als an Durchsuchungen bei sonstigen Dritten im Sinne des § 103 Abs. 1 S. 1 StPO. Eine rechtmäßige Durchsuchung bei Rechtsanwälten setzt eine besonders sorgfältige Prüfung voraus; insbesondere muss ein konkreter Auffindeverdacht im Hinblick auf beschlagnahmefähige Unterlagen vorliegen. Bestehen diese positiven Anhaltspunkte nicht, ist die Durchsuchung rechtswidrig.

I. Was bisher geschah …

Das Landgericht Hamburg hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, welche Beweismittel, die in einer Anwaltskanzlei aufgefunden wurden, (nicht) beschlagnahmefähig sind. Der der Entscheidung zugrunde liegende Antrag nach § 98 Abs. 2 S. 2 iVm § 110 Abs. 4 StPO richtete sich gegen eine Anwaltskanzlei als Dritte. Die durchsuchte Kanzlei vertrat ein Unternehmen; bei den im Raum stehenden Unterlagen handelte es sich um (ältere) Unterlagen aus einer anwaltlichen Mandatsbeziehung zu eben diesem. Dessen Finanzvorstand war mittlerweile Beschuldigter des entsprechenden Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung zugunsten des Unternehmens. Zwischen Staatsanwaltschaft und Durchsuchungsbetroffenen war umstritten, ob das Unternehmen als Einziehungsbeteiligte an dem Strafverfahren in Betracht kommt. Anders formuliert: Ob eine beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens vorlag.

Ursprünglich hatte das Amtsgericht Hamburg die Mitnahme der bei der Durchsuchung in der drittbetroffenen Rechtsanwaltskanzlei vorläufig sichergestellten Unterlagen richterlich bestätigt, mit der Maßgabe, dass die Durchsicht der Feststellung dient, ob es sich bei den sichergestellten Unterlagen um beschlagnahmefreie Unterlagen iSd § 97 Abs. 1 StPO handelt. Dagegen richtete sich die Kanzlei und beantragte festzustellen, dass auch eine Durchsicht der verfahrensgegenständlichen Unterlagen mit der Maßgabe unzulässig sei, dass diese der Feststellung diene, ob es sich bei den vorläufig sichergestellten Unterlagen um beschlagnahmefreie Unterlagen iSd § 97 Abs. 1 StPO handele. Sie hat ferner beantragt anzuordnen, dass die vorläufig sichergestellten Unterlagen unverzüglich herauszugeben seien. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Durchsicht ohne Beschränkungen zuzulassen, da § 97 Abs. 1 StPO (noch) nicht einschlägig sei.

II. Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 StPO und Schutzbereich des § 97 StPO

Das Landgericht Hamburg folgte in der vorliegenden Entscheidung der Argumentation der Drittbetroffenen. Danach ist die Durchsicht von Unterlagen noch Teil der Durchsuchung, sodass ihre Zulässigkeit davon abhängt, dass die Voraussetzungen der Durchsuchung vorliegen (Oesterle, NZWiSt 2023, 232 ff mit Verweis auf BGH NStZ 2021, 623 (624); BVerfG NJW 2020, 384 (Rn. 39); Schmitt/Köhler, Meyer-Goßner StPO, 65. Aufl. 2022, § 110 Rn. 10). Zu diesen Voraussetzungen zählt, dass eine konkrete Auffindevermutung vorliegt, die sich auch auf Unterlagen bezieht, die nicht dem Schutzbereich des § 97 Abs. 1 StPO unterfallen. Da diese vorliegend nicht ausreichend dargelegt wurde und auch keine diesbezüglichen Hinweise in den Akten ersichtlich waren, wurde nach Auffassung des Landgerichts Hamburg diesen Anforderungen des § 103 Abs. 1 StPO nicht hinreichend genüge getan. Völlig zurecht weist Oesterle nach einer Auseinandersetzung mit den in Literatur und Rechtsprechung befindlichen und meist missverständlichen Formulierungen (ebd.) darauf hin, dass eine Durchsuchung - und auch die Durchsicht als Teil der Durchsuchung - bei Dritten nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO dem Wortlaut nach voraussetzt, dass a) eine bestimmte Auffindevermutung bzgl. konkreter Beweismittel besteht und b) eben diese Beweismittel auch beschlagnahmefähig sind. Ist das nicht der Fall, ist sowohl die Durchsuchung sowie die spätere Durchsicht der Unterlagen nach § 110 StPO grundsätzlich rechtswidrig. Ebenso ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, dass Durchsuchung und Durchsicht rechtswidrig sind, wenn sich der Auffindeverdacht ausschließlich auf beschlagnahmefreie Gegenstände bezieht. Genau diese Feststellungen, so stellte das Landgericht Hamburg in der vorliegenden Entscheidung richtigerweise fest, stellen insbesondere bei Durchsuchungen von Anwaltskanzleien eine begründungsbedürftige Ausnahme dar.

Welche Beweismittel nicht beschlagnahmefähig sind, regelt § 97 StPO. Bekanntlich dient diese Regelung dem Zweck, die Umgehung und Aushöhlung des Zeugnisverweigerungsrechts der in §§ 52, 53 StPO genannten Personen durch eine Beschlagnahme einschlägiger Dokumente oder vergleichbarer Gegenstände zu verhindern, auch wenn insoweit kein strikter Gleichlauf besteht (BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 87). Aus demselben Grund darf auch keine Durchsuchung mit dem Ziel, beschlagnahmefreie Gegenstände aufzufinden, angeordnet oder durchgeführt werden (Gerhold. BeckOK StPO, 49. Ed. 1.10.2023, § 97 Rn. 1 mit Verweis auf diese Entscheidung sowie die bereits genannte Kommentierung von Oesterle, NZWiSt 2023, 232 ff.). Dabei wird grundsätzlich sämtlichen Berufsgeheimnisträgern (und nicht nur Verteidigern!) ein Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt, welches inhaltlich begrenzt wird durch die jeweilige Verschwiegenheits- bzw. Vertraulichkeitserwartung des jeweiligen Mandatsverhältnisses. Sofern ein Bezug zur jeweiligen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers besteht (Seelsorge bei Geistlichen, medizinische Betreuung bei Ärzten, steuerliche Beratung bei Steuerberatern, etc.) ist die Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich (eine Ausnahme ist die hier nicht relevante Regelung des § 53 Abs. 2 StPO) absolut. Damit ist für sich genommen wenig Neues gesagt.

Interessant ist hingegen die deutliche Klarstellung des Landgerichts, dass die Staatsanwaltschaft wegen § 103 Abs. 1 S. 1 StPO und nicht allein wegen § 97 Abs. 1 StPO darlegungsbelastet ist. Die Durchsuchung bei einem Unverdächtigen setzt im Gegensatz zu der Durchsuchung bei einem Verdächtigen einen konkreten Auffindeverdacht voraus (LG Hamburg Beschl. V. 20.1.2023 – 608 Qs 12/22, BeckRS 2023, 10993 Rn. 15 m.V.a. Henrichs/Weingast in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, StPO § 103 Rn. 5). Dort wird ebenfalls aufgeführt, dass „die Durchsuchung beim Unverdächtigen […] in den Fällen des Abs. 1 S. 1 einen konkreten Auffindeverdacht voraus[setzt]: Es müssen konkrete und tatsachenbasierte Gründe dafür sprechen, dass sich das gesuchte Beweismittel oder der Beschuldigte in den Räumlichkeiten des Unverdächtigen befinden (ebd. m.V.a. BVerfG NJW 2009, 2518 (2519); 2007, 1804 (1805); NJW 2016, 1645; DStrE 2019, 589 – Rechtsanwaltskanzlei; BGH BeckRS 2019, 14495 Rn. 13; 2021, 3096 Rn. 14). Die Staatsanwaltschaft muss also, will sie bei einem Berufsgeheimnisträger durchsuchen, mit bestimmten Tatsachen darlegen, dass zu erwarten ist, dass sich nicht-beschlagnahmefähige Unterlagen dort befinden. Verboten ist mithin nicht nur die gezielte Suche nach beschlagnahmefreien Gegenständen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.11.2021 - 2 BvR 2038/18, Rn. 46), sondern auch die Suche nach in der Anwaltskanzlei nur vermuteten oder theoretisch dort befindlichen beschlagnahmefähigen Gegenständen.

III. Beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens

Das Landgericht Hamburg leitet richtigerweise das Vorliegen eines Beschlagnahmeverbots aus § 97 Abs. 1 StPO her. Es musste sich daher mit der Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 StPO im Unternehmenskontext beschäftigen. § 97 Abs. 1 StPO schützt nur solche Unterlagen, die aus einer anwaltlichen Mandatsbeziehung mit dem jeweiligen Beschuldigten stammen. Dabei ist mittlerweile anerkannt, dass auch Unternehmen dem Schutz unterfallen können, sofern sie eine beschuldigtenähnliche Stellung innehaben (ebenfalls Oesterle, ebd. m.w.Nw.). Das Landgericht Hamburg hat, wie bereits die Vorinstanz, eine beschuldigtenähnliche Stellung des durchsuchten Unternehmens angenommen. Zwar ist in Rechtsprechung und Literatur der konkrete Zeitpunkt der Entstehung der beschuldigtenähnlichen Stellung mangels klarer gesetzlicher Regelungen (vgl. dazu u.a. Oesterle, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, 2016, S. 237 ff.; Schneider, NStZ 2016, 309, 311 ff.) umstritten. Ein Beschlagnahmeschutz nach § 97 Abs. 1 StPO für juristische Personen besteht allerdings nach zutreffender Ansicht des Landgerichts, wenn diese eine beschuldigtenähnliche Stellung nach § 424 StPO oder § 444 StPO innehaben. So hatte das Bundesverfassungsgericht in der Jones Day-Entscheidung ausgeführt, dass für eine beschuldigtenähnliche Stellung eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommen muss; nicht erforderlich sei eine förmliche Verfahrensstellung (LG Hamburg, NZWiSt 2023, 234, ebenso BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 93). Es blieben allerdings gewisse Unklarheiten bestehen, nachdem das BVerfG die Feststellungen des LG München nicht beanstandet hatte, wonach ein „hinreichender Verdacht" gefordert war (ausführlicher Oesterle, NZWiSt 2023, 235 ff.). Vorliegend nahm die Staatsanwaltschaft dies zum Anlass, die beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens zu verneinen, da kein „hinreichender Tatverdacht" im Sinne des § 170 Abs. 2 StPO vorlag. Diese Ansicht hat das Landgericht Hamburg zurückgewiesen und (lediglich) „tatsächliche[n] Anhaltspunkte[n] für eine künftige Verfahrensbeteiligung" gefordert, welche hier vorlag und den Anwendungsbereich des § 97 Abs. 1 StPO eröffnete.

IV. Zeitlicher Schutzbereich

Mitentschieden wurde die Frage, ob auch der Zeitpunkt der Entstehung der sichergestellten Unterlagen relevant ist. Anders gefragt: Ist der Schutzbereich des § 97 Abs. 1 StPO dergestalt zeitlich zu begrenzen, dass nur nach Entstehung der Beschuldigten(ähnlichen)stellung entstandene Unterlagen nach § 97 Abs. 1 StPO schützenswert sind?

Die ausführliche Auseinandersetzung von Oesterle (ebd. m.w.Nw.) mit diesem Thema soll an dieser Stelle nicht vollständig wiedergegeben, sondern lediglich zwei Argumentationsstränge aufgezeigt werden. So sieht der Wortlaut der Vorschrift keine ausdrückliche Beschränkung auf Mitteilungen (Nr. 1), Aufzeichnungen (Nr. 2) oder andere Gegenstände (Nr. 3) vor, die nach Begründung der Beschuldigtenstellung bzw. beschuldigtenähnlichen Stellung entstanden sind. Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 97 Abs. 1 StPO legt keine Beschränkung auf Unterlagen nahe, die nach der Begründung der Beschuldigtenstellung entstanden sind. In Nr. 2 der Norm ist zwar auch der Verteidiger genannt, die Vorschrift bezieht darüber hinaus aber sämtliche Berufsgruppen mit ein, die Berufsgeheimnisträger im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3b StPO sind. Da diese in der Regel nicht aufgrund oder während eines laufenden Strafverfahrens konsultiert werden liegt es fern, den Schutzbereich des § 97 Abs. 1 StPO in Konstellationen wie der vorliegenden zu beschränken. Man kann dem Ergebnis von Oesterle nur zustimmen, dass aus der Tatsache, dass das Landgericht Hamburg diese Frage in der vorliegenden Entscheidung nicht explizit thematisiert hat, zu schlussfolgern ist, dass „der Entstehungszeitpunkt der Unterlagen für die Zwecke des § 97 Abs. 1 StPO schlicht irrelevant ist".

V. Fazit

Die Entscheidung unterstreicht in bemerkenswerter Klarheit die Tatsache, dass eine rechtmäßige Durchsuchung bei Rechtsanwälten eine besonders sorgfältige Prüfung im Hinblick auf den Auffindeverdacht von beschlagnahmefähigen Unterlagen voraussetzt. Ein abstrakter Auffindeverdacht reicht gerade nicht aus, vielmehr müssen entsprechend dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 S. 1 StPO konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass beschlagnahmefähige Unterlagen aufgefunden werden.

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

Vergleich über die Zahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen mit der Einzugsstelle – Risiko für alle Beteiligten?!

zugleich Anm. zu KG, Beschluss vom 26.5.2023 – 4 Ws 31/23 – 161 AR 59/23

I.

Das Kammergericht Berlin[1] hatte über ein Urteil des Landgerichts Berlin zu entscheiden, dem folgender Sachverhalt zu Grunde lag:

Das Landgericht Berlin hatte einen Prokuristen und faktischen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und Einziehungsbeteiligten gemäß § 266a StGB wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt verurteilt.

Das Amtsgericht Tiergarten hatte mit Beschluss vom 23.5.2018 den Vermögensarrest in das Vermögen der Einziehungsbeteiligten in Höhe von EUR 1.163.545,12 angeordnet, § 111e Abs. 1 Satz 1 StPO in Verbindung mit §§ 73, 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 73c StGB.

Das Landgericht hielt den Vermögensarrest gegen die Einziehungsbeteiligte in Höhe von EUR 1.053.205,43 mit Beschluss vom 13.9.2021 aufrecht. Hiergegen wendete sich die Einziehungsbeteiligte mit Beschwerde vom 14.3.2023.

Diese hatte zuvor hatte im sozialgerichtlichen Verfahren mit der Einzugsstelle der Sozialversicherung einen Vergleich geschlossen. Gegenstand des Vergleichs war die pauschale Zahlung an die betroffenen Krankenkassen in Höhe von EUR 500.000,00 durch die Einziehungsbeteiligte. Deren Bank, welche das arretierte Konto der Einziehungsbeteiligten führte, war unwiderruflich angewiesen, die im Vergleich verhandelten Beträge an die betroffenen Krankenkassen anzuweisen.

Das Kammergericht setzte mit Beschluss vom 26.5.2023 den Vermögensarrest sowie den Hinterlegungsbetrag um EUR 500.000,00 herab. Das Sicherungsbedürfnis i. S. d. § 111e StPO entfalle in diesem Umfang, weil die Einziehungsbeteiligte die ihre Bank unwiderruflich angewiesen hatte, diese Überweisung vorzunehmen. Entsprechend sei der staatliche Anspruch in Gestalt der Wertersatzeinziehung ohne Arrest hinreichend gesichert.[2]

Im Übrigen – so das Kammergericht – „bestehen die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Arrests aus den zutreffenden Gründen der Nichtabhilfeentscheidung der WirtschaftsstrafK vom 20.3.2023 allerdings fort. **Auch die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung aus dem sozialgerichtlichen Vergleich durch die Bf. führt nicht dazu, dass die Einziehung des Wertersatzes nach § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen wäre oder das Gericht (im Falle der Rechtskraft des Urteils vom 13.9.2021) nach § 459 g Abs. 4 StPO den Ausschluss ihrer Vollstreckung anordnen würde."** [3]
[Hervorhebung nicht im Original]

Entsprechend lautet der Leitsatz der Entscheidung:
„§ 266 a Abs. 1 und 2 StGB schützt – neben dem Vermögen der Sozialversicherungsträger – in erster Linie das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung, mithin das Interesse der Allgemeinheit an deren Leistungsfähigkeit und damit ein Universalrechtsgut. **Das hat zur Folge, dass ein von einem Einziehungsbetroffenen mit den Einziehungsstellen der Sozialversicherung geschlossener Vergleich (im Falle seiner Erfüllung) die Einziehung des Wertes der Taterträge nicht ausschließt, weil mit der Regelung des § 73e Abs. 1 StGB nicht bezweckt ist, dass sich der Einziehungsadressat durch eine Vereinbarung mit dem oder den Geschädigten zugleich zu Lasten der ebenfalls – im Falle des § 266 a Abs. 1 und 2 StGB sogar in erster Linie – geschädigten Allgemeinheit schadlos hält.** Allerdings verringert sich die Höhe des Einziehungsbetrages in dem Maße, in dem auf den Vergleich tatsächlich geleistet wurde, denn mit der Schaffung der §§ 73e Abs. 1 StGB und 459g Abs. 4 StPO wollte der Gesetzgeber (auch) der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Einziehungsbetroffenen durch den Staat einerseits und den/die Verletzten andererseits begegnen."
[Hervorhebung nicht im Original]

II.

Zuvor hatte es unterschiedliche Entscheidungen zur Frage der Einziehung nach Einigung durch Vergleich oder Erfüllung und damit Erlöschen von Ansprüchen gegeben:

1. Das OLG Frankfurt am Main[4] hatte unter Verweis auf den Beschluss des BGH vom 22.1.2020[5] in einem Cum-/Ex-Verfahren über die Frage der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB nach Erlöschen des Anspruchs des Fiskus nach Zahlung eines Mittäters zu entscheiden und führte aus:

„Man könnte zwar erwägen, ob von einem ‚Erlöschen' im Sinne von § 73e StGB dann nicht zu Gunsten eines Angeklagten gesprochen werden könne, wenn ein als Gesamtschuldner verpflichteter Mittäter gezahlt und den Angeklagten dauerhaft von einer Zahlungspflicht (etwa nach § 426 BGB) be-

[1] KG, Beschluss vom 26.5.2023 – 4 Ws 31/23 – 161 AR 59/23, NZWiSt 2023, 278.
[2] NZWiSt 2023, 278, 279.
[3] NZWiSt 2023, 278, 279.
[4] OLG Frankfurt a. M. (3. Strafsenat), Beschluss vom 16.08.2021 – 3 Ws 406/21, 3 Ws 407/21, 3 Ws 408/21 BeckRS 2021, 25915.
[5] BGH, Beschluss vom 22.1.2020 - 2 StR 582/18 wistra 2020, 201 BeckRS 2020, 2050.

freit hat, oder die Auffassung vertreten, dass § 73e StGB zumindest in diesem Sinne gegen den Wortlaut eingeschränkt werden müsse. Generell ließe sich erwägen, § 73e Abs. 1 StGB nicht auf Fälle anzuwenden, in denen das Erlöschen von einem Mittäter herbeigeführt wurde und sicher ausgeschlossen ist, dass der Angeklagte dazu finanziell beigetragen hat oder noch in Anspruch genommen werden kann. Dafür könnte sprechen, dass in solchen Fällen nicht einzusehen sei, weshalb demjenigen, der für oder aus der Straftat Beute erlangt hat, der aber nichts zur Schadenswiedergutmachung beigetragen hat und beitragen muss, dennoch die Beute verbleiben darf. Es könnte gegen die Intention der Neuregelungen der Einziehung von Taterträgen sprechen, dass einem Mittäter Tatvorteile verbleiben, deren zivilrechtliche oder sonst anderweitige Abschöpfung dauerhaft ausgeschlossen ist. Für eine solche Einschränkung ließe sich auch der in der Ergänzung des § 73 Abs. 1 StGB durch den am 29. Dezember 2020 in Kraft getretenen § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB erneut zum Ausdruck gekommene auf präventive Abschöpfung gerichtete Wille des Gesetzgebers anführen (vgl. dazu BeckOK StGB/ Heuchemer, § 73e Rn. 1).

Auch diese Erwägung greift aber de lege lata nicht durch. Zum einen bietet der Wortlaut des § 73e StGB n. F. keinen Anhalt für eine solche Einschränkung. Während es dann, wenn ein Dritter, insbesondere die Versicherung Zahlung leistet, gerechtfertigt ist, ein ‚Erlöschen' des Anspruchs des Geschädigten mit der Begründung zu verneinen, der Anspruch sei nur auf den Dritten übergegangen, erlaubt es der Wortlaut des § 73e StGB nicht, ein Erlöschen des Anspruchs nur deshalb zu verneinen, weil der Beschwerdeführer zu diesem Erlöschen möglicherweise nichts beigetragen hat. Dies war auch der ersichtliche Grund dafür, weshalb es der Gesetzgeber für nötig erachtet hat, nachträglich die zusätzliche Regelung des § 73e Abs. 1 Satz 2 StGB zu schaffen. Das Wortlautargument hat auch deshalb Gewicht, weil dem Gesetzgeber bei der Fassung des § 73 StGB im Rahmen der Novellierung 2017 und erst Recht bei deren Ergänzung Ende 2020 die mit dem Gesamtschuldnerausgleich verbundenen Fragestellungen angesichts der zur vorangegangenen Gesetzeslage diskutierten Fragen bekannt sein mussten und gleichwohl keine Ausnahme vorgesehen wurde.

Zum andern wäre eine solche Einschränkung auch nicht ohne Weiteres mit dem gesetzgeberischen Willen zu vereinbaren. Es ist nämlich anerkannt, dass der Gesetzgeber § 73e StGB mit Bedacht dadurch „vergleichsfreundlich" ausgestalten wollte, dass auch ein Erlass oder Teilerlass seitens des Geschädigten zum Erlöschen führen soll (Fischer a. a. O. § 73e Rn. 4 mit Nachweisen zur Gesetzesbegründung; Köhler/Burghard a. a. O. 673). Dann liegt es aber fern, dass ein Erlass eines Mittäters gegenüber dem anderen Mittäter das Erlöschen verhindern soll. **§ 73e StGB will (zumal in der Auslegung des BGH a. a. O) alle Mittäter dann in den Genuss des Erlöschens der Einziehungsforderung bringen, wenn der Geschädigte befriedigt ist. Von welchem der Mittäter die Erfüllung stammt und wie diese sich untereinander auseinandersetzen, spielt für § 73e StGB keine Rolle. Weshalb die Rechtsnachfolgerin der Bank1 den Angeklagten freigestellt hat und ob es zumindest noch Ansprüche der Rechtsnachfolgerin der X1 GmbH gegen den Angeklagten gibt, oder ob (und ggf. in welcher Höhe) sich der Angeklagte intern (und ohne dies gegenüber den Ermittlungsbehörden offen zu legen) bereits an den Zahlungen der Rechtsnachfolgerin der GmbH seines verstorbenen Freundes und mutmaßlichen Mittäters beteiligt hat, bedarf deshalb keiner näheren Aufklärung. Diese Interna spielen für die - nach Auffassung des Senats aus den oben dargelegten Gründen: absichtlich - einfach gefasste Regelung des § 73e StGB n.F. ebenso wenig eine Rolle wie die Frage, weshalb ein Geschädigter teilweise verzichtet hat.**

Man mag der Neuregelung des Rechts der Einziehung von Taterträgen vorwerfen können, dass die Umsetzung der hinter dieser Neuregelung stehenden Intention in bestimmten Sondersituationen der Gesamtschuldnerschaft von Mittätern nicht umfassend geglückt ist. Es ist aber nicht Aufgabe der Rechtsprechung, zu Lasten des Angeklagten unter mehreren rechtspolitisch denkbaren, aber nicht verfassungsrechtlich unabweisbaren Lösungswegen einen, möglicherweise rechtspolitisch sinnvollen, aber mit dem Wortlaut nicht vereinbaren denkbaren Lösungsweg durchzusetzen. Es steht dem Gesetzgeber frei, auf die von der Generalstaatsanwaltschaft zu Recht thematisierten Wertungswidersprüche mit einer weiteren raschen Ergänzung des § 73e Abs. 1 StGB, wie sie 2020 zur Verjährungsproblematik geschaffen wurde, zu reagieren."[6] [Hervorhebung nicht im Original]

2. Das Landgericht Landshut hatte in seinem Urteil vom 11.11.2020[7] in einem Fall wegen unerlaubten Betreibens von Bankgeschäften entschieden, dass trotz des **(auch) allgemeinschützenden Charakters** des KWG die Wertersatzeinziehung nach Abschluss und Erfüllung eines Erlassvertrages i. S. d. § 397 Abs. 1 BGB gemäß § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen sei, soweit der Anspruch, der dem Verletzten auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist, erloschen sei.

Der Gesetzgeber, so das Landgericht Landshut, „wollte mit Blick auf den Grundsatz der Privatautonomie den gesetzlichen Ausschlusstatbestand des § 73e StGB bewusst ‚vergleichsfreundlich' ausgestalten (vgl. MüKomm 4. Auflage 2020, § 73e StGB Rn. 9). Die Ansprüche der genannten Geschädigten sind somit im vollen Umfang erloschen (vgl. auch Köhler/Burkart, NStZ 2017, 665, 673)." [8]

3. Abweichend entschied das Landgericht Stuttgart in seinem Beschluss vom 19.2.2019.[9]

[6] OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 16.8.2021 – 3 Ws 406/21, BeckRS 2021, 25915 Rn. 24-27. Zur Fassung des RefE und der nachträglichen Aufnahme der Vergleichsmöglichkeit in das Gesetz Köllner/Cyrus/Mück, NZI 2016, 329. Zur tatsächlichen Verständigung als Ausschlussgrund für die Einziehung im Steuerstrafrecht Spatscheck/Spilker, NStZ 2019, 508.

[7] LG Landshut, Urteil vom 11.11.2020, 3 KLs 201 Js 3700/20, BeckRS 2020, 47158.

[8] LG Landshut, Urteil vom 11.11.2020, 3 KLs 201 Js 3700/20, Rn. 104, BeckRS 2020, 47158.

[9] LG Stuttgart, Beschluss vom 19.2.2019- 6 Qs 1/19, BeckRS 2019, 1814.

Der dortige Entscheidungsfall betraf allerdings einen Fall der Untreue in Tateinheit mit vorsätzlicher Marktmanipulation. Auf der Grundlage eines Vergleichs, der im Hinblick auf den durch Untreue verursachten Vermögensnachteil ein Schuldanerkenntnis beinhaltete, tilgte der Beschwerdeführer die angekannte Schuld.

Das geschützte Rechtsgut des § 266 StGB sei das Vermögen, während § 38 WpHG a.F. die Funktionsfähigkeit der Märkte schützen solle. Das zwischen dem Beschwerdeführer und der Geschädigten geschlossene Schuldanerkenntnis schließe die Einziehung von Taterträgen bzw. deren Wertes nicht aus, sondern verringere lediglich die Höhe des Einziehungsbetrags in der Höhe, in der auf dieses Schuldanerkenntnis tatsächlich geleistet worden seien.[10]

§ 73e Abs. 1 StGB bezwecke nicht, „dass sich der Einziehungsadressat durch eine Vereinbarung mit dem Geschädigten zugleich zu Lasten der Allgemeinheit schadlos hält."[11] Eine zivilrechtliche Einigung, welche zu dem Erlöschen von Ansprüchen führe, habe nicht grundsätzlich zur Folge, „dass die Einziehung nach §§ 73 bis 73c StGB ausgeschlossen ist, wenn gleichzeitig eine Norm verletzt wurde, die den Schutz von Universal Rechtsgütern bezweckt." [12]

Zwar habe der Gesetzgeber mit § 73e Abs. 1 StGB eine „vergleichsfreundliche" Lösung schaffen wollen.[13] Der Anspruch des Staates gegen den Beschwerdeführer als „strafrechtlich bereicherte Person", der sich gegen die Anordnung des Vermögensarrests wendete, decke sich mit dem Anspruch des Verletzten aus den Untreuetaten jedoch nur teilweise.[14]

4. Köllner besprach in seinem Beitrag „Einziehung und Vergleich – Neue Rechtswege des LG Hildesheim?" in der NZI 2019, 925 zugleich eine Entscheidung des Landgerichts Hildesheim, 4. Große Strafkammer[15] mit folgenden Leitsätzen 3 und 4 und einer interessanten Unterscheidung:

„3. Entschädigt ein gutgläubiger Vermittler oder ein sonstiger Dritter die Opfer des Anlagebetrügers, erlischt deren Schadensersatzanspruch nicht im Sinne des § 73e StGB, sondern geht auf den Dritten über. Er ist daher im Rahmen der Wertersatzeinziehung (weiter) zu berücksichtigen.

4. Soweit aber ein doloser Tatbeteiligter Zahlungen an die Tatverletzten leistet, erlischt strafrechtlich deren Anspruch aus der Tat. Es ist nicht Aufgabe der Strafjustiz, einen Gesamtschuldnerausgleich zwischen Tatbeteiligten durchzuführen." [16]

III.

Für die Praxis erheblich relevant ist die Auffassung des Kammergerichtes Berlin, wonach die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Arrests gleichwohl und ungeachtet der Vergleichszahlung gegeben seien, weil § 266a StGB ein „Universalrechtsgut" schütze.

Die Erfüllung von Zahlungspflichten aus einem Vergleich schließe die Einziehung des Wertersatzes daher nicht aus. § 266a Abs. 1 und 2 StGB schütze neben dem Vermögen der Sozialversicherungsträger in erster Linie das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Beitragsaufkommens und somit „das Interesse der Allgemeinheit an deren Leistungsfähigkeit".[17]

1. Zurecht kritisiert Keßler diese Entscheidung mit durchweg zutreffenden Argumenten.[18]

Die Entwicklung muss die Praxis bei Verhandlungen mit Einzugsstellen der Sozialversicherungsträge z.B. nach Statusverfehlung, aber auch in allen anderen Konstellationen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen im Blick behalten.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 17.9.2020 – 1 StR 576/18[19] klargestellt, dass ein Erlöschen von Ansprüchen, das die Einziehung nach § 73e StGB hindere, bei Erfüllung, aber auch nach Erlass oder Teilerlass vorliege.[20]

---

[10] LG Stuttgart, Beschluss vom 19.2.2019- 6 Qs 1/19, Rn. 21, BeckRS 2019, 1814.

[11] LG Stuttgart, Beschluss vom 19.2.2019- 6 Qs 1/19, Rn. 22, BeckRS 2019, 1814.

[12] LG Stuttgart, Beschluss vom 19.2.2019- 6 Qs 1/19, Rn. 22, BeckRS 2019, 1814.

[13] BT-Drs. 18/16640, S. 79.

[14] LG Stuttgart, Beschluss vom 19.2.2019- 6 Qs 1/19, Rn. 24, BeckRS 2019, 1814.

[15] LG Hildesheim, Urteil vom 12.3.2018 – 5524 Js 44712/12, BeckRS 2018, 29326.

[16] LG Hildesheim, Urteil vom 12.3.2018 – 5524 Js 44712/12, BeckRS 2018, 29326.

[17] Zum Schutzgut des § 266a StGB: „Es ist allgemein anerkannt, dass die geltende auf das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen beschränkte Strafvorschrift dem Schutz des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung dient (vgl. den Ausschussbericht zum Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bundestagsdrucksache 10/5058, S. 31). Eine Erstreckung des § 266a Abs. 1 StGB auf Fälle des Vorenthaltens von Arbeitgeberbeiträgen hat der Gesetzgeber, zuletzt im Rahmen des Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2787), jedoch abgelehnt, weil sie weitergehen der als die bisherige Regelung, die mit ihrem Bezug auf Beiträge des Arbeitnehmers untreueähnliche Elemente aufweist, auf die Strafbarkeit der Nichtzahlung einer eigenen Schuld hinauslaufen würde (vgl. Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 14/8221, S. 18). Eine er neute Überprüfung zeigt jedoch eine Lösung auf, die diesen gesetzgeberischen Bedenken, andererseits aber auch kriminalpolitischen Forderungen aus Praxis und Wissenschaft nach Einbeziehung des Vorenthaltens von Arbeitgeberanteilen im Interesse eines umfassenderen strafrechtlichen Schutzes der Sozialversicherung gegen die Hinterziehung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages Rechnung trägt.", BT-Drs. 15/2573, S. 28; siehe auch MüKoStGB/Radtke, 4. Aufl. 2022, StGB § 266a Rn. 3-5; Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, StGB § 266a Rn. 2; BGH, Beschluss vom 29.10.2009 – 1 StR 501/09, NStZ 2010, 216, BeckRS 2009, 86665; BGH, Beschluss vom 21.9.2005 - 5 StR 263/05 (LG Münster), NStZ 2006, 227.

[18] JurisPR-StrafR 13/2023 anm. 1 vom 24.17.2023.

[19] NStZ 2021, 304, 307; NZWiSt 2021, 60 mit Anm. Gehm.

[20] Aber: „Kann ein Anspruch auf Rückzahlung des zu Unrecht erbrachten Arbeitslosengeldes wegen der Ausschlussfrist des § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X nicht mehr geltend gemacht werden, ist der Anspruch aber nicht im Sinne des § 73 e Abs. 1 StGB erloschen und daher die wertmäßige Einziehung des Tatertrags auch nicht ausgeschlossen.", OLG München, Urteil vom 20.7.2018 – 5 OLG 15 Ss 96/18.

2. In der Beratung ergeben sich aber vor dem Hintergrund der uneinheitlichen Rechtsprechung nicht nur für den Täter, sondern auch für die anwaltlichen Berater Risiken, die bei Vergleichsverhandlungen mit den Sozialversicherungsträgern die oben genannte Problematik aufzuzeigen haben.

3. Hervorzuheben ist, dass sich auch für die an Vergleichsverhandlungen beteiligte Einzugsstelle, der gemäß § 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV die Geltendmachung von Ansprüchen zugewiesen ist, erhebliche Risiken ergeben, was das Urteil des 12. Senat des BSG vom 29.3.2022[21] zeigt.

Schließt die Einzugsstelle mit dem Arbeitgeber, der Gesamtsozialversicherungsbeiträge nicht in korrekter Höhe abgeführt hat, **ohne Einvernehmen des Rentenversicherungsträgers** einen Vergleich, hat der Rentenversicherungsträger nach Auffassung des 12. Senats des BSG gegen die Einzugsstelle einen Schadensersatzanspruch nach § 28a Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

Der 12. Senat des BSG betont, dass der Vergleich dann auf einem schuldhaften Verhalten einer Bediensteten der Einzugsstelle beruhe, weil diese unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor Vergleichsschluss die Einverständniserklärung des Rentenversicherungsträgers hätte einholen müssen.

Der 12. Senat des BSG stellt klar, dass dieses Einvernehmen der Betroffenen auch anderen Sozialversicherungsträger der gemeinsamen Einschätzung diene, **„ob und inwieweit es im Einzelfall wirtschaftlich und zweckmäßig ist, im Wege eines Vergleichs einen Teil der Forderungen nicht weiter zu verfolgen."** [22]

Das scheint – so drängt sich der Eindruck auf - auch aus Sicht des Kammergerichts Berlin „des Pudels Kern" gewesen zu sein …

[21] B12 KR 7/20R, Rn. 21 ff., NZS 2023, 2217.

[22] B12 KR 7/20R, Rn. 21 ff., NZS 2023, 2217; zur Stundung, Niederschlagung, Erlass von Ansprüchen der Sozialversicherungsträger siehe Marburger, VR 2019, 328 sowie die Einheitlichen Grundsätze zur Erhebung von Beiträgen, zur Stundung, zur Niederschlagung und zum Erlass sowie zum Vergleich von Beitragsansprüchen (Beitragserhebungsgrundsätze) vom 17.2.2010.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Anwalt in eigener Sache und elektronischer Rechtsverkehr – § 32d StPO

Die Verpflichtung zur elektronischen Übermittlung der Revisionsschrift und der Revisionsbegründungsschrift (§ 32d Satz 2 StPO) gilt auch in dem Fall, in dem der übermittelnde Rechtsanwalt selbst Angeklagter des Strafverfahrens ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2023 – III-4 ORs 62/23, NJW 2023, 2657

2. Durchsuchung und Anfangsverdacht – § 102 StPO

Eine Durchsuchungsanordnung darf nicht ergehen, wenn durch die Maßnahme erst ein Anfangsverdacht begründet werden soll.

LG Rostock, Beschluss vom 02.11.2022 - 11 Qs 126/22, BeckRS 2022, 33587

Zu der Entscheidung Püschel, FD-StrafR 2023, 454947. S. auch zu den Voraussetzungen von Durchsuchungsmaßnahmen speziell in Anwaltskanzleien LG Hamburg, Beschluss vom 20.01.2023 – 608 Qs 12/22, NZWiSt 2023, 232 m. Anm. Oesterle, sowie LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 07.06.2023 – 12 Qs 24/23, n.v. S. ferner Püschel, FD-StrafR 2023, 458983, Rixe/Hölters, jurisPR-StrafR 19/2023 Anm. 3, sowie Junkers, jurisPR-Compl 4/2023 Anm. 1.

3. Durchsuchung bei Behörden – § 103 StPO

Der Durchsuchung behördlicher Räume muss regelmäßig ein Herausgabeverlangen vorangehen.

LG Osnabrück, Beschluss vom 10.10.2022 – 1 Qs 24/22, NJW-Spezial 2023, 26
Behördenakten sind grundsätzlich beschlagnahmefähig; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 18.03.1992 - 1 BGs 90/92 - NJW 1992, 1973. Ein vorgeschaltetes Herausgabeverlangen soll die Behörde in die Lage versetzen, gegebenenfalls eine Sperrerklärung (§ 96 StPO) abzugeben. Zu der Entscheidung s. Brosthaus, jurisPR-StrafR 2/2023 Anm. 1. Ausnahmen von diesem Grundsatz können z.B. angenommen werden, wenn dringende Gründe für die Annahme bestehen, dass Beweismittelunterdrückung bzw. -verlusten zu befürchten ist.

4. Bindungswirkung staatsanwaltschaftlicher Zusagen – §§ 154, 257c StPO

Zusagen der Staatanwaltschaft hinsichtlich der Einstellung anderer bei ihr anhängiger Ermittlungsverfahren, z.B. nach §

154 Abs. 1 StPO, lösen weder eine Bindungswirkung aus noch begründen sie einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand als gewichtigen Strafmilderungsgrund.
BGH, Beschluss vom 13.12.2022 – 1 StR 380/22, wistra 2023, 387
Zu der Entscheidung s. Weil, NZWiSt 2023, 311.

5. Darstellung im strafgerichtlichen Urteil bei Steuerhinterziehung – § 261 StPO

In den Urteilsgründen ist darzustellen, welches steuerlich erhebliche Verhalten des Angeklagten im Rahmen welcher Abgabenart und in welchem Besteuerungszeitraum zu einer Steuerverkürzung geführt hat und welche innere Einstellung der Angeklagte dazu hatte. Nötig sind insbesondere Angaben zu den Fragen, wann der Angeklagte welche Steuererklärungen abgegeben hat, welche Umsätze oder Einkünfte er verschwiegen oder welche unberechtigten Vorsteuerabzüge oder Betriebsausgaben er geltend gemacht hat sowie ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt Steuerbescheide erlassen worden sind. In den Urteilsgründen ist gleichfalls festzustellen, welche Tatsachen eine zutreffende Steuererklärung hätte enthalten müssen und welche Steuer aufgrund des festgestellten Sachverhalts geschuldet war. Steht eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen im Raum, sind in den Urteilsgründen diejenigen Umstände festzustellen, aus denen sich ergibt, dass der Angeklagte zur Abgabe der fraglichen Steuererklärung verpflichtet war, und die Tatsachen mitzuteilen, aus denen sich die Höhe der durch die pflichtwidrige Nichtabgabe der Erklärung hinterzogenen Steuer ergibt. Dies gilt auch für den Fall einer geständigen Einlassung.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 3.10.2022 – 1 Ss 215/22, n.v.
Der Entscheidung zustimmend Schützeberg, jurisPR-SteuerR 6/2023 Anm. 4. S. zu dem Beschluss auch Wegner, PStR 2023, 31.

6. Höchstdauer der Unterbrechung einer Hauptverhandlung – § 229 StPO

Auch wenn in einem Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung Verfahrensvor-gänge stattfinden, die als Sachverhandlung anzusehen sind, verstößt es gegen § 229 StPO, wenn aus dem gesamten Verfahrensgang erkennbar wird, dass das Gericht mit der Verhandlung nicht die substantielle Förderung des Verfahrens bezweckt, sondern allein die Wahrung der Unterbrechungsfrist im Auge hat.

BGH, Beschluss vom 13.12.2022 – 6 StR 95/22, wistra 2023, 171
„Sprung-" bzw. „Schiebetermine" sind durchaus gängige Praxis, zumal in Wirtschaftsstrafsachen. Der BGH hebt nochmals hervor, dass das Verfahren in Fortsetzungsterminen stets substantiell gefördert werden muss; rein formale Verfahrensschritte genügen hierzu nicht. Vgl. bereits BGH, Beschluss vom 16.10.2007 – 3 StR 254/07, wistra 2008, 65.

7. Überprüfbarkeit der Insolvenzantragstellung durch die Staatsanwaltschaft – § 23 EGGVG

Die Insolvenzantragstellung der Staatsanwaltschaft kann nach § 23 EGGVG nur mit der schlüssigen Behauptung angegriffen werden, ihr 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, ZInsO 2022, 2266
Zu der Entscheidung s. Seeger, ZInsO 2066, 2267, sowie Brzoza, jurisPR-InsR_04_2023_Anm. 4.

II. Materielles Strafrecht

1. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung durch Notar – § 27 StGB

Im Fall einer „neutralen" bzw. „berufstypischen" Handlung, also einer Handlung, die äußerlich betrachtet keinen oder zumindest nicht ausschließlich einen deliktischen Bezug hat, liegt im konkreten Einzelfall nur dann eine Beihilfehandlung vor, wenn der Handelnde weiß, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer Straftat abzielt oder wenn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war, dass er sich „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ. Es handelt sich um ein Problem des subjektiven Tatbestands. Die Einordnung der die Haupttat fördernden Handlung als sog. „berufstypische Handlung" steht ihrer Qualifizierung als objektive Beihilfehandlung nicht entgegen. Ob diese Handlung strafbar ist, hängt jedoch von der im jeweiligen Einzelfall zu prüfenden Kenntnis des handelnden Berufsträgers ab. Diese Grundsätze gelten auch für Notare.

LG Lübeck, Beschluss vom 27.03.2023 – 6 Qs 33/22 720 Js 4897/20, wistra 2023, 259
Zu der Entscheidung s. Bittmann, wistra 2023, 262, Köllner, NZI 2023, 533, sowie Brzoza, jurisPR-InsR 8/2023 Anm. 1. Zur „professionellen Adäquanz" vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 01.08.2000 – 5 StR 624/99, wistra 2000, 340. S. zudem etwa BGH, Urteil vom 19.12.2017 - 1 StR 56/17, ZInsO 2018, 1956 m. Anm. Weyand. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Notars s. BGH, Urteil vom 14.07.2000 – 3 StR 454/99, wistra 200, 459.

2. Einziehung von mit Grundschuld zum Schein belastetem Landgut – § 73 StGB

Nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB beiseite geschaffte und verheimlichte Gegenstände oder wirtschaftliche Vorteile sind Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 1. Alt StGB. Gegenstände, die der Täter oder ein Einziehungsbeteiligter als Wertersatz hinterlegt hat, um die Freigabe eines beschlagnahmten Rechts zu bewirken, unterliegen, ungeachtet dessen, dass insoweit § 111d Abs. 2 Satz 2 StPO keine (analoge) Anwendung findet, der Einziehung, sofern das später erkennende Gericht die Voraussetzungen der Einziehung des beschlagnahmten Rechts feststellt.

BGH, Beschluss vom 14.06.2023 – 1 StR 327/22, ZInsO 2023, 2169

Zu der Entscheidung s. Habetha, NJW 2023, 3108, sowie erschöpfend Bittmann, ZWH 2023, 245.

3. Einziehung von Wertersatz – § 73c StGB

Wird vor Abschluss des Entschädigungsverfahrens die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Einziehungsadressaten beschlossen, können die Antragsteller, die die Auskehrung des Verwertungserlöses begehren, gemäß § 459h Abs. 2 Satz 2, § 111i StPO Entschädigung ausschließlich im Insolvenzverfahren erlangen. Die Frage, ob den Antragstellern wegen eines gegen den Einziehungsadressaten erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ein Absonderungsrecht gemäß § 50 InsO zusteht, ist eine originär insolvenzrechtliche und daher nicht von den Strafgerichten zu klären.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 02.11.2022 – 1 Ws 77/22, ZInsO 2023, 105
Zu der Entscheidung s. Cranshaw, jurisPR-InsR 4/2023 Anm. 2.

4. Verschwiegenheitspflicht eines Notars bei Geldwäscheverdachtsmeldungen – § 203 StGB

Zwar ist ein Notar gegenüber der FIU zu einer Geldwäscheverdachtsmeldung in den durch die GwGMeldV – Immobilien geregelten Fällen verpflichtet (§ 43 Abs. 6 GwG). Dies hat indes keine Auswirkungen auf seine fortwirkende sich aus § 18 BnotO ergebenden Schweigepflicht auch gegenüber den Ermittlungsbehörden.

LG München I, Beschluss vom 08.06.2022 – 9 Qs 14/22, wistra 2022, 440
Zu der Entscheidung s. Pelz, jurisPR-Compl 1/2023 Anm. 2.

5. Geldwäsche – § 261 StGB

Den Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB n.F. erfüllt nur, wer bei der Geldwäsche in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, die ihn zum Verpflichteten nach § 2 GwG macht.

BGH, Urteil vom 08.08.2022 – 5 StR 372/22, wistra 2023, 110
Zu der Entscheidung Pelz, jurisPR-Compl 1/2023 Anm. 3. S. auch Bittmann, NZWiSt 2023, 258, sowie Raschke, NZWiSt 2023, 267.

6. Untreue – § 266 StGB

a) Vermögensbetreuungspflicht eines Bankvorstandes – § 266 StGB

Mitglieder des Vorstands einer Genossenschaftsbank trifft eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB, welche eine umfassende Schutzpflicht für das gesamte Vermögen des Unternehmens begründet. Die unbefugte Entnahme von Geld oder dessen Überweisung für eigene Zwecke durch diesen Personenkreis erfüllt den Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB.

BGH, Urteil vom 25.01.2023 – 6 StR 383/22, ZInsO 2023, 498
Zu der Entscheidung s. Merschmöller, FD-StrafR 2023, 456211.

b) Untreue durch Zahlung überhöhter Gehälter an Betriebsratsmitglieder – § 266 StGB

Der objektive Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB kann erfüllt sein, wenn ein Vorstand oder Prokurist einer Aktiengesellschaft unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) einem Mitglied des Betriebsrats ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewährt.

BGH, Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, wistra 2023, 292
Zu der Entscheidung s. ausführlich Kudlich/Scheuch/Thüsing, ZIP 2023, 609, ferner Kielkowski/Junkers, jurisPR-Compl 2/2023 Anm. 1, Klose NZWiSt 2023, 199, Esser, ZWH 2023, 120, Kulhanek, NStZ 2023, 355, und Krug, FD-StrafR 2023, 456213.

c) Untreue und Bestechlichkeit eines Oberbürgermeisters – §§ 266, 332 StGB

Ein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB kann durch die Erbringung einer rechtsgrundlosen Zahlung bewirkt werden. Ein solcher Nachteil fehlt, wenn eine schadensausschließende Kompensation erfolgt. Eine derartige Kompensation liegt aber nicht vor, wenn ein Bürgermeister für städtische Grundstücksankäufe einen rechtsunwirksamen Maklervertrag abschließt und ein Teil von den zu leistenden Maklerprovisionen an einen kommunalen Partei-Ortsverein fließen soll, jedoch der Ankauf dieser Grundstücke durch den Bürgermeister und die Mitarbeiter der Stadt ohne Weiteres hätte selbst erfolgreich organisiert werden können (also ohne Hinzuziehung des Maklers), zumal die angesprochenen Grundstückseigentümer ohnehin verkaufsbereit waren. In einem solchen Fall stellen die unter Hinzuziehung des Maklers erfolgreichen städtischen Grundstücksankäufe keine Schadenskompensation dar.

BGH, Beschluss vom 08.02.2023 – § StR 167/22, NStZ 2023, 416

d) Hinreichender Tatverdacht bei Untreue – § 266 StGB
Für einen hinreichenden Tatverdacht muss bei einer vorläufigen Tatbewertung die Verurteilung in einer Hauptverhandlung als die zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ausreichende Möglichkeit einer Verurteilung vorliegen. Ein Freispruch in der Hauptverhandlung muss zwar nicht völlig auszuschließen sein; die Gründe, die eine Verurteilung erwarten lassen, müssen demgegenüber aber stärker bzw. gewichtiger sein, so dass grundsätzlich das „schlichte" Überwiegen der Verurteilungswahrscheinlichkeit als Grundlage für die Annahme eines hinreichenden Tatverdachts ausreicht. Hiervon ist etwa auszugehen, wenn für die Auszahlung eines Kredits eine erhebliche Sicherheitsleistung überwiesen, in der Folgezeit jedoch weder der Kredit ausgezahlt noch die Sicherheitsleistung zurückgezahlt wird.
OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.02.2023 – 2 Ws 112/22, n.v.

7. Steuerhinterziehung durch die Nutzung eines nicht zugelassenen Kraftfahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr – § 370 AO

Ein Verstoß gegen § 15 Abs. 1 KraftStDV führt nicht zur Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, weil die Regelung der steuerlichen Erklärungspflicht allein in § 15 Abs. 1 KraftStDV den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht genügt.

BGH, Beschluss vom 15.12.2022 – 1 StR 295/22, wistra 2023, 212
Dem Bestimmtheitsgebot genügen Blankettstrafgesetze nur dann, wenn sich die möglichen Fälle der Strafbarkeit schon aufgrund des Gesetzes voraussehen lassen. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe müssen mithin entweder im Blankettstrafgesetz selbst oder in einem in Bezug genommenen Gesetz hinreichend deutlich umschrieben sein; s. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 11.03.2020 – 2 BvL 5/17, wistra 2020, 242. Diese Voraussetzung ist nach Auffassung des BGH im Zusammenhang mit der Hinterziehung von KFZ-Steuern nicht erfüllt.
Zu der Entscheidung s. Wulf, SAM 2023, 57, sowie Schützeberg, jurisPR-SteuerR 25/2023 Anm. 1.

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

Differenzierung zwischen Risikoanalyse nach dem GwG und deren Dokumentation – §§ 5, 56 GwG

Ein Steuerberater muss im Rahmen der ihn nach dem GwG treffenden Obliegenheiten bei geschäftlichen Vorfällen zwar eine Risikoanalyse (§ 5 Abs. 1 GwG) vornehmen. Unterlässt er deren Dokumentation (§ 5 Abs. 2 GwG), indiziert dies nicht die Verletzung der Analysepflicht

BayObLG, Beschluss vom 25.5.2023 - 202 ObOWi 264/23, NJW-Spezial 2023, 506.
Zu der Entscheidung s. Pelz, jurisPR-Compl 5/2023 Anm. 3, sowie Knierim, FD-StrafR 2023, 458756.

IV. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Elektronischer Rechtsverkehr – § 130d ZPO

Ein anwaltlicher Insolvenzverwalter ist jedenfalls dann zur elektronischen Übermittlung von Schriftsätzen an das Gericht verpflichtet, wenn er Rechtsmittel im Insolvenzverfahren einlegt.

BGH, Beschluss vom 24.11.2022 – IX ZB 11/22, ZInsO 2023, 139
Zu der Entscheidung s. Greiner, jurisPR-InsR 1/2023 Anm. 3 sowie Niering, NZI 2023, 235. S. in diesem Zusammenhang auch BFH, Beschluss vom 28.04.2023 – XI B 101/22, DStR 2023, 1081.

2. Akteneinsicht im Insolvenzverfahren – § 299 ZPO
Macht ein am Insolvenzverfahren nicht beteiligter Dritte ein bestehendes rechtliches Interesse glaubhaft, kann ihm ohne Einwilligung der Beteiligten gem. § 4 InsO i.V.m. § 299 Abs. 2 ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen Einsicht in die Insolvenzakten gewährt werden.

BayObLG, Beschluss vom 21.12.2022 – 102 VA 174/21, ZInsO 2023, 149
Zu der Entscheidung s. Brzoza, jurisPR-InsR 2/2023 Anm. 3.
Zu den allgemeinen Anforderungen an das rechtliche Interesse eines nicht am Insolvenzverfahren Beteiligten im Zusammenhang mit Akteneinsichtsgesuchen s. etwa BGH, Beschluss vom 15.10.2020 – IX AR (VZ) 2/19, ZInsO 2021, 97. Hierzu Hölken, jurisPR-InsR 2/2021 Anm. 3, sowie Korch, EWiR 2021, 79.

3. Keine Löschung einer GmbH im Handelsregister nach unzulässiger „Sitzverlegung" in die Türkei – § 393 FamFG

Grenzüberschreitende Umwandlungen setzen die sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen voraus. Soweit aus Gründen der Freizügigkeit ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland rechtlich anerkannt ist, sind dennoch die Anforderungen des deutschen Umwandlungsgesetzes zu erfüllen.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.07.2022 – 3 W 12/22, ZInsO 2023, 564
Zu der Entscheidung s. Hilser, EWiR 2023, 327.

4. Auskunfts- und Rechenschaftspflicht einer WP-Gesellschaft gegenüber dem Auftragnehmer bzw. Insolvenzverwalter – § 666 BGB

Eine WP-Gesellschaft ist verpflichtet, dem Insolvenzverwalter auf Verlangen über den Stand des Mandats, das zuvor mit der Schuldnerin bestanden hat, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Gesellschaft zuvor die entgeltliche Erstellung eines Sanierungskonzepts übernommen hatte. Die WP-Gesellschaft ist zudem verpflichtet, dem Insolvenzverwalter auf Verlangen alles, was sie zur Ausführung des von der Schuldnerin erteilten Mandats erhalten und was sie aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Diese Herausgabepflicht erstreckt sich nicht nur auf überlassene Originalunterlagen, sondern auch auf die ausgetauschte E-Mail-Korrespondenz nebst etwaiger Dateianhänge.

OLG Frankfurt/M., Urteil vom 09.01.2023 – 8 U 299/21, ZInsO 2023, 556

V. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

1. Kein Zugang des Insolvenzverwalters zu den beim Finanzamt gespeicherten personenbezogenen Daten des Insolvenzschuldners – § 32c AO

Ein Insolvenzverwalter ist hinsichtlich der beim Finanzamt gespeicherten personenbezogenen Daten des Insolvenzschuldners nicht Betroffener i.S.v. Art 15 Abs 1 DS-GVO. Bei dem datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, das untrennbar mit der Person des Schuldners verknüpft und einer von der Person des Schuldners losgelösten Verwertung nicht zugänglich ist. Damit wird es nicht Teil der Insolvenzmasse.

OVG Bremen, Beschluss vom 10.01.2023 – 1 LA 420/21, ZInsO 2023, 522

2. Widerruf der Gewerbeerlaubnis im Bewachungsgewerbe wegen Unzuverlässigkeit – § 34a GewO

Zur Entkräftung der aus vorhandenen Beitrags- und Steuerrückständen resultierenden Annahme der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit des Gewerbetreibenden bedarf es der Darlegung konkreter Umstände, die im Sinne einer positiven Prognose eine deutliche Besserung der wirtschaftlichen Situation nahelegen können. Ebenso relevant kann das Vorliegen eines nachvollziehbaren und erfolgversprechenden Sanierungskonzepts sein, das eine zeitnahe Abtragung der Schulden im Sinne einer geordneten Rückkehr zu geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen erwarten lässt.

VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 24.11.2022 – 18 L 1056/22, ZInsO 2023, 463

VI. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

1. Verhältnis Besteuerungsverfahren zum Steuerstrafverfahren – § 393 AO

Das Steuerstraf- und das Besteuerungsverfahren stehen unabhängig, eigenständig und gleichrangig nebeneinander. Das FG darf sich beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch im Eilverfahren die Feststellungen in einem rechtskräftigen Strafbefehl zu eigen machen.

FG Hamburg, Beschluss vom 04.11.2022 – 4 V 66/22, n.v.
Zu der Entscheidung s. Möller, jurisPR-SteuerR 11/2023, Anm. 6. Zu der strafrechtlichen Vorfragenkompetenz des FG s. aktuell auch BFH, Beschluss vom 28.02.2023 – VII R 29/18, NZWiSt 2023, 371 m. Anm. Schmittmann.

2. Geschäftsführerhaftung – § 69 AO

Der Geschäftsführer einer GmbH kann sich gegenüber der Haftungsinanspruchnahme nicht darauf berufen, dass er aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage gewesen sei, den Aufgaben eines Geschäftsführers nachzukommen. Wer den Anforderungen an einen gewissenhaften Geschäftsführer nicht entsprechen kann, muss von der Übernahme der Geschäftsführung absehen bzw. das Amt niederlegen.

BFH, Beschluss vom 15.11.2022 – VII R 23/19, ZInsO 2023, 786
Zu der mit deutlichen Worten begründeten Entscheidung s. Hülsmann, NWB 2023, 1311, sowie Steinhauff, jurisPR-SteuerR 19/2023, Anm. 1.

3. Haftungsinanspruchnahme eines „Strohmannes" – § 69 AO

Die Haftungsinanspruchnahme eines Geschäftsführers nach §§ 69 Satz 1, 34 und § 35 AO wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieser lediglich als „Strohmann" fungiert, denn die Verantwortlichkeit für die Erfüllung steuerlicher Pflichten ergibt sich allein aus der formalen/nominellen Bestellung zum Gesellschaftsorgan. Stellt insoweit die Übernahme einer Geschäftsführerposition nur „auf dem Papier" ohne tatsächliche Wahrnehmung von Kontrollpflichten einer gravierenden Sorgfaltsverpflichtung dar, kann sich der Strohmann hinsichtlich seiner Geschäftsführerhaftung dann nicht damit entlasten, ein Überwachungsverschulden habe sich nicht kausal auf die Entstehung eines Haftungsschadens ausgewirkt oder die Gesellschaft habe für steuerliche Belange ohnehin einen Steuerberater beauftragt.

FG Münster, Urteil vom 12.08.2022 – 4 K 1469/20 U, ZInsO 2023, 635
Zu der Entscheidung s. Böwing-Schmalenbrock, EFG 2022, 1799.

4. Haftung des Gesellschaftsorgans nach rechtskräftiger Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung – § 69 AO

Die Bestellung eines zunächst wirksam bestellten Geschäftsführers verliert ihre Wirkung, sobald dieser wegen einer in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG aufgeführten Taten rechtskräftig verurteilt wird; das Amt des Geschäftsführers endet kraft Gesetzes von selbst. Dass beim Wegfall des Amtes zivilrechtlich ein Gutglaubensschutz nach § 15 HGB oder allgemeine Rechtsscheingrundsätze eingreifen können, hat keine Auswirkung auf eine mögliche Inanspruchnahme als Haftungsschuldner für Steuerrückstände. § 34 AO knüpft allein an die Stellung als gesetzlicher Vertreter. Die anhand der konkreten Einzelfallumstände zu treffende Wahl zwischen mehreren möglichen Haftungsschuldner steht zwar grundsätzlich im Ermessen der Finanzbehörde; die Entscheidung ist aber auch dann fehlerhaft, wenn das Finanzamt nicht erkannt hat, dass verschiedene potentiell Haftende vorhanden sind, und deshalb verkannt hat, dass eine solche Auswahlentscheidung überhaupt zu treffen war.

FG Münster, Urt. v. 19.12.2022 – 4 K 1158/20 L, ZInsO 2023, 998
Zu Fragen der Inhabilität im Zusammenhang mit der Bildung von Gesamtstrafen vgl. Weyand, ZInsO 2023, 1039.
5. Haftung eines abberufenen Gesellschaftsorgans – § 69 AO
Die Haftung eines Geschäftsführers nach § 69 AO endet mit seiner Abberufung; die Eintragung im Handelsregister hat lediglich deklaratorischen Charakter. Eine Abberufung bedarf zwar eines Gesellschafterbeschlusses. Dieser kann aber auch konkludent gefasst werden.
FG Düsseldorf, Urteil vom 18.11.2022 – 3 K 590/21 H, ZInsO 2023, 1334
Zu der Entscheidung s. Schmittmann, StB 2023, 153.

6. Haftung eines Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers – § 69 AO

Berufstypische Handlungen eines Steuerberaters können dann eine haftungsauslösende Beihilfe zur Steuerhinterziehung darstellen, wenn er erkennt, dass der Mandant sich offenbar strafbar macht und seine eigene Hilfeleistung diese Aktivitäten fördern wird.

BFH, Beschluss vom 28.02.2023 – VII R 29/18, NZWiSt 2023, 371 m. Anm. Schmittmann

Der Senat fasst in seinem Beschluss die für die Annahme einer haftungsbegründenden Beihilfe zur Steuerhinterziehung (§ 27 StGB i.V.m. § 370 AO) geltenden Grundsätze lehrbuchmäßig zusammen. Grundlegend zu Fragen der professionellen Adäquanz in diesem Zusammenhang BGH, Urteil vom 01.08.2000 – 5 StR 624/99, wistra 2000, 340. Liegt eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung vor, ist die Inanspruchnahme des Gehilfen als Haftungsschuldner dem Grunde und der Höhe nach stets ermessensgerecht (§ 102 FGO). Ermessenserwägungen müssen dann nicht näher dargelegt werden (sogenannte „Vorprägung der Ermessensentscheidung"; vgl. BFH, Urteil vom 08.09.2004 – XI R 1/03, HFR 2005, 293)

7. Prüfungsanordnung gegenüber einem Berufsgeheimnisträger – §§ 85, 102 Abs. 1 Nr. 3, 193 Abs. 1 AO

Es ist in der Rechtsprechung des BFH geklärt, dass die Anordnung einer Außenprüfung gegenüber einem Berufsgeheimnisträger auch im Hinblick auf einen mit der Prüfung verbundenen möglichen Schwärzungs- und Anonymisierungsaufwand von Belegen per se weder unverhältnismäßig noch willkürlich ist. Ferner ist in der Rechtsprechung des BFH abschließend festgelegt, dass über die Frage, ob und in welchem Umfang ein Berufsgeheimnisträger Unterlagen mit mandantenbezogenen Angaben innerhalb der Außenprüfung vorlegen und gegebenenfalls schwärzen muss, im Rahmen der Anfechtung eines konkreten Vorlageverlangens zu entscheiden ist.

BFH, Beschluss vom 30.06.2023 – VIII B 13/22, ZInsO 2023, 2175

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Rechtsanwalt LOStA a.D. Folker Bittmann, Köln

Richtiges Näschen – Zwischenbericht der WisteV-ad-hoc-AG Vermögensabschöpfung

Hinweis zu dem Beitrag

Am 1.7.2017 trat das Gesetz zur Reform der der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Kraft. Es erweiterte den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Einziehung von Taterträgen wesentlich. Dies führte zu einer Fülle neuer Rechtsfragen, um deren Beantwortung die Praxis seitdem ringt. Davon zeugt die nicht enden wollende Flut gerichtlicher Entscheidungen der letzten Jahre. Entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers erwies sich das neue Recht nicht als einfacher handhabbar. Viele Rechtsprobleme sind noch nicht gelöst, Widersprüche treten auf. Erste gesetzgeberische Änderungen brachte das am 1.7.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Fortentwicklung der StPO mit sich. Dabei wurde auch auf den weiteren Bedarf an Nachjustierungen hingewiesen. WisteV bildete zu diesem komplexen Themenbereich eine ad-hoc-Arbeitsgruppe, die Ihnen in diesem Beitrag von ihrer weiteren Zusammenarbeit berichtet.

1. Anfänge und Ansätze

Die Grundlagen der WisteV-ad-hoc-AG „Vermögensabschöpfung" wurden bereits im Jahr 2020 geschaffen. Sie mündeten in einer umfassenden Bestandsaufnahme: Im WiJ 2022, 3 ff., sind zahlreiche der vorhandenen Inkonsistenzen des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung nachzulesen. Ursprünglich war das Ziel der ad-hoc-AG, das geltende Recht intensiv durchdringen und diese Analyse zur Lösung umstrittener Sachverhalte fruchtbar machen zu wollen. Die aufgelisteten heiklen Punkte des materiellen wie des Verfahrensrechts gliederten sich in Oberthemen mit zahlreichen Facetten.

Nach der Veröffentlichung im WiJ und dem Aufruf auf der WisteV-Homepage an die Mitglieder zum Mitmachen fand sich eine erstaunlich hohe Anzahl Interessierter. Aufgrund der dienenden Rolle des Prozessrechts wurde entschieden, zunächst die materiellrechtlichen Zusammenhänge zu beleuchten. Nach Vorarbeiten auf ausschließlich elektronischer Ebene fand Anfang März 2023 in den Räumen der Bucerius Law School, Hamburg, ein Präsenztreffen statt, auf dem sich zwei Unter-Arbeitsgruppen bildeten. Die eine hatte die §§ 73 ff. StGB zum Gegenstand und damit nach Kriterien zu forschen, die konstituieren, was eigentlich als Tatertrag gegenständlich oder wertmäßig einzuziehen ist. Die zweite Unter-AG befasste sich mit den drei Einziehungstatbeständen des § 74 StGB.

2. Die Reife des Themas

In der Phase zwischen der Einladung zum Präsenztreffen und dessen Durchführung wurde bekannt, dass das Thema

„strafrechtliche Vermögensabschöpfung" auch politische Gremien zu beschäftigen begonnen hatte: die EU arbeitet an einer Neufassung der einschlägigen Richtlinie aus dem Jahr 2014 und aus Anlass des Vorlagebeschlusses des 3. Strafsenats des BGH (Anfragebeschl. v. 10.8.2021 und Vorlagebeschluss an den Großen Senat v. 12.1.2023 – 3 StR 474/19; inzwischen dem 3. Senat folgend: BGH, Beschl. v. 23.5.2023 - GSSt 1/23) zur Frage des Übergangs vom subjektiven in das selbstständige Einziehungsverfahren in den Fällen des § 260 StPO hatte sich auf Initiative des Bundesjustizministeriums eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe konstituiert, die auch ausgewählte andere Fragen des Abschöpfungsrechts behandeln sollte. Wie sich schnell herausgestellt hatte, war dort aber eine Begrenzung auf nur bestimmte Aspekte angesichts der Verknüpfung der einschlägigen Vorschriften untereinander nicht möglich.

Nachdem sich bereits in der das WisteV-Präsenztreffen vorbereitenden Korrespondenz gezeigt hatte, dass sich nicht sämtliche Fehlentwicklungen allein mittels Auslegung würden beseitigen lassen können, und sich dies in der Diskussion in Hamburg bestätigte, wurde der Zweck der WisteV-ad-hoc-AG um die Perspektive de lege ferenda erweitert. Damit wird kein von Grund auf neues Rechte der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung angestrebt. Ausgangspunkt der Überlegungen ist vielmehr weiterhin das Reformgesetz 2017. Es gilt daher herauszufinden, inwieweit sich die gesetzgeberischen Ziele im Gesetz widerspiegeln und ob sie ein adäquates Echo in der forensischen Praxis, namentlich der höchstrichterlichen Rechtsprechung, gefunden haben.

3. Parallelentwicklungen in der Rechtsprechung

Die innerhalb der ad-hoc-AG und beider Untergruppen angestellten Überlegungen bekamen aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mehrmals einen bemerkenswerten Schub: In drei Entscheidungen aus dem Sommer 2022 (BGH, Urt. v. 15.6.2022 – 3 StR 295/21; Beschl. v. 28.6.2022 – 3 StR 403/20 und Urt. v. 20.7.2022 – 3 StR 390/21) entwickelte der 3. Strafsenat Kriterien zur tatbestandlichen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 73 StGB von dem des § 74 StGB. Auch wenn die dogmatische Klarheit noch fehlte, ging von diesen Entscheidungen das Signal aus, nicht jede tatbedingte Verfügungsgewalt über Gegenstände als Taterträge zu klassifizieren. Der 1. Senat des BGH (Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 281/22) nahm diesen Impuls auf und entwickelte ihn weiter: Tatertrag sei rechtsgutsnah zu verstehen und setze das Einverleiben in das eigene Vermögen voraus. Damit bestätigten beide Senate Tendenzen von Überlegungen, die in der WistV-ad-hoc-AG bereits angestellt worden waren.

4. Dynamisierung der Diskussion

Die strukturierenden Erwägungen beider Senate des BGH stießen, wie nicht anders zu erwarten war, auf Widerstand und der 2. Senat des BGH (Beschl. v. 8.2.2023 – 2 StR 204/22) befürwortete bei einem fortgesetzten Insiderhandel, der sich in Höhe von ca. 9 Millionen € gelohnt hatte, die Einziehung über ca. 43 Millionen €. In der Literatur wurde das Zurücktreten des § 73 StGB hinter § 74 StGB kritisiert. Dafür gibt es in der Tat keine überzeugende Begründung. Das Problem liegt allerdings nicht auf der Konkurrenzebene, sondern in der nahezu unendlichen Weite der in der Rechtsprechung verwendeten Formel für den Tatertrag als messbarem Zufluss zu irgendeinem Zeitpunkt des Tatablaufs. Mangels Konturen lassen sich darunter, wenn nicht alle, so doch die meisten Fälle des § 74 StGB subsumieren, der dadurch allerdings seinen Anwendungsbereich zu verlieren droht. Die richtige Lösung ist nicht erst im Verhältnis der verschiedenen Einziehungstatbestände untereinander zu suchen, sondern bedarf einer operationalisierungsfähigen Definition insbesondere des Begriffs des Tatertrags.

Inzwischen erkennen allerdings auch Vertreter der Rechtsprechungs-Formel die Notwendigkeit, die überbordenden Einziehungsentscheidungen, die damit möglich sind, einzugrenzen: Während es Fleckenstein im Februar 2023 bei Kritik beließ, veröffentlichte er ein halbes Jahr später gemeinsam mit seinem Doktorvater, Prof. Dr. Altenhain, Überlegungen, zu weitgehende Einziehungsvorstellungen auf der Ebene erweiterter Anerkennung von Aufwendungen zu korrigieren (wistra 2023, 309 ff.).

Jedenfalls zeigt sich: Es ist etwas in Bewegung geraten! Fehlentwicklungen erst bei den Aufwendungen einfangen zu wollen, kann bestenfalls teilweise gelingen, setzt dogmatisch zu spät an und vermag das Defizit an systematischer Klarheit nicht zu beseitigen, es nicht einmal zu mindern. Das zeigt sich unmissverständlich bereits an einem der Lösungsvorschläge: Der BGH (Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 281/22) befürwortete im Fall eines Verstoßes gegen das KWG die Einziehung nur insoweit, wie die Anleger betrügerisch geschädigt worden waren. Soweit die Gelder angelegt und die Werte damit diesen Anlegern trotz Verstoßes gegen das KWG zur Verfügung standen, betrachtete sie der 1. Senat nicht als Taterträge: Ein sehr überzeugendes Ergebnis, denn in diesen Fällen waren weder die Anleger geschädigt noch der Angeklagte bereichert. Die Vermögenszuordnung entsprach demgemäß – trotz Verstoßes gegen das KWG – dem bürgerlichen Recht. Die Kritik von Altenhain/Fleckenstein (wistra 2023, 309, 316), es sei nicht einzusehen, warum es sich insoweit nicht um Taterträge handeln solle, obwohl doch der Angeklagte sie für sich verwandt habe, findet demgemäß im entschiedenen Sachverhalt keine Grundlage und geht deshalb ins Leere.

5. Basiserkenntnisse der WisteV-ad-hoc-AG zu den Einziehungstatbeständen

Die WisteV-ad-hoc-AG setzt demgegenüber auf ein, wie es der 1. Senat des BGH formulierte, rechtsgutsnahes Verständnis des Begriffs Tatertrag. Die Überlegungen sind zwar mittlerweile weit gediehen, bedürfen aber noch der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Entwurf für die neue Richtlinie der EU und der Abstimmung in verschiedenen Einzelheiten. Nach dem allerdings nur vagen Eindruck, den Nicht-Insider von der Tätigkeit der Bund-Länder-Arbeitsgruppe lediglich haben können, trachtet diese v.a. nach Effektivierung der Abschöpfung. Zahlreiche Detailregelungen, die zügigen Einziehungsentscheidungen entgegenstehen, stehen dabei auf dem Prüfstand. Ganz unabhängig von der Frage nach inhaltlicher Berechtigung derartigen Strebens verspricht ein sol-

ches Vorgehen keine Regelung aus einem Guss, sondern ein eher noch komplizierteres neues Recht mit mangels systematischer Klarheit beinahe unvermeidlich neuen Widersprüchen. Um der drohenden weiteren Zerfaserung des Abschöpfungsrechts Überlegungen entgegenzusetzen, sich der Leitgedanken und damit dem roten Faden bewusst zu werden als Basis zur Entwicklung inhaltlich stimmiger Vorschriften, entschloss sich die WisteV-ad-hoc-AG, nicht erst mit ihren fertigen Ergebnissen an die Öffentlichkeit zu treten, sondern beauftragte vier ihrer Mitglieder, einen Problemaufriss zu den verschiedenen Einziehungstatbeständen zu erstellen und dabei schon auf mögliche Lösungsansätze aufmerksam zu machen. Dankenswerterweise konnte dieser Beitrag bereits im September-Heft der NZWiSt erscheinen (2023, 321 ff.).

6. Ausblick

Das Echo bleibt natürlich abzuwarten. Erfreulich ist allerdings, dass die Diskussion auch bei den Befürwortern der in der Rechtsprechung für den Tatertrag verwendeten Formel differenzierter als noch vor wenigen Monaten verläuft. Dies nährt die Hoffnung, dass die Überlegungen der WisteV-ad-hoc-AG nicht ungehört verhallen, sondern auch als Aufgriff und Fortentwicklung der sachbezogenen Erwägungen des 1. und des 3. Strafsenats des BGH angesehen und als Versuch der – bislang fehlenden – Systematisierung des Abschöpfungsrechts mit Neugier aufgenommen werden.

Nach der Finalisierung der Überlegungen zu den Einziehungstatbeständen wird zu überlegen sein, ob und wieweit es angesichts der Aktivitäten auf den verschiedenen Ebenen der Gesetzgebung sachgerecht ist, sich mit den weiteren materiellrechtlichen wie prozessualen Aspekten des strafrechtlichen Vermögensabschöpfungsrechts zu befassen. Die Entscheidung wird wesentlich davon beeinflusst werden, ob, wann und wenn ja, welche Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe bekannt werden. Soweit sie vorliegen, müssen Sie selbstverständlich in die weiteren Erwägungen der WisteV-ad-hoc-AG einfließen.

Tagungsbericht von Dr. Sebastian Eberz, Landgericht Lübeck

129 StGB – Der Kampf gegen wirtschaftskriminelle Vereinigungen

Ein Thema – vier Fachdisziplinen: Unter diesem Motto fand am 22.9.2023 an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel eine von der WisteV in Zusammenarbeit mit der Christian-Albrechts-Universität, dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht und der Generalstaatsanwaltschaft des Landes Schleswig-Holstein geplante und hybrid durchgeführte Kooperationsveranstaltung statt. Die Aktualität des Veranstaltungsthemas und die Möglichkeit einer sowohl Präsenz- als auch Online-Teilnahme führten zu einer hohen Teilnehmerzahl von mehr als 160 interessierten Strafrichtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern Strafrechtswissenschaftlern und Studenten.

Zur gemeinsamen berufsübergreifenden Diskussion stand der neu in den Fokus der Öffentlichkeit und der juristischen Praxis gerückte Straftatbestand der Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB. Wie auch Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis (Sprecher WisteV) und Leitender Oberstaatsanwalt Professor Dr. Georg-Friedrich Güntge (Ständiger Vertreter des Generalstaatsanwalts des Landes Schleswig-Holstein) in ihren Begrüßungsreden deutlich machten, haben nicht nur die medienintensiven Diskussionen um die sog. Klimakleber das Interesse an dem Tatbestand des § 129 StGB neu entfacht. Auch eine Anwendbarkeit von § 129 StGB auf organisatorische Einheiten des „normalen" Wirtschaftslebens rückt nicht zuletzt aufgrund der im Jahr 2017 in § 129 Abs. 2 StGB kodifizierten Definition einer kriminellen Vereinigung zunehmend in das Blickfeld der juristischen Praxis und Wissenschaft.

Ziel der Veranstaltung war es, – WisteV-typisch – ein rechtsanwenderübergreifendes Diskussionsforum zu schaffen, um aktuelle sich der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis im Zusammenhang mit § 129 StGB stellende Fragen aus verschiedenen Blickwinkeln zu beleuchten und Lösungsansätze zu entwickeln. Dem entsprechend betrafen die Vortragsthemen unterschiedliche Bereiche des § 129 StGB: etwa das materielle Recht, das Recht der Vermögensabschöpfung bei (wirtschafts-) kriminellen Vereinigungen und die Ermittlungsansätze beim Tatverdacht nach § 129 StGB aus Ermittlungs- und Verteidigerperspektive.

Im ersten Vortrag führte Professor Dr. Dennis Bock in die materiellen Grundlagen des § 129 StGB ein. Dabei wies er darauf hin, dass der Begriff der kriminellen Vereinigung nach der Rechtsprechung des BGH keinen ideologischen Beschränkungen unterliege. So reiche grundsätzlich auch das Interesse „Geld" als übergeordnetes Interesse im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB. Daher könne grundsätzlich auch jede Organisation des Wirtschaftslebens eine kriminelle Vereinigung sein oder werden. Der geringe Strafrahmen des § 129 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 StGB von Freiheitsstrafe bis zu fünf bzw. drei Jahren oder Gelstrafe rücke den Straftatbestand in den Bereich eines „Bagatelldelikts". Zudem sei seiner Meinung nach mangels Ausgestaltung als Verbrechen der Versuch des Qualifikationstatbestands in § 129 Abs. 5 S. 3 StGB straflos.

Anschließend zeigte Staatsanwalt Christian Schiller in einem anschaulichen Vortrag die praktische Anwendung des § 129 StGB am Beispiel des sog. Hawala-Bankings auf (Ermittlungsverfahren „Cashflow" der Staatsanwaltschaft Flensburg,

BGH, Beschlüsse vom 28.6.2022 – 3 StR 403/20 und vom 2.6.2021 – 3 StR 61/21; LG Lübeck, Urteil vom 23.6.2020 – 107 Js 10743/19 – 6 KLs). Hierbei erläuterte er die Struktur des Hawala-Banking-Systems, das als ein außerhalb der staatlichen Aufsicht in erheblichem Umfang betriebenes Bargeldtransaktionsverfahren zu verstehen sei. Nach aktueller Rechtsprechung des BGH seien die Betreiber eines Hawala-Banking-Systems eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB und verstießen zudem tateinheitlich gegen das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz („ZAG", § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG). Das eine kriminelle Vereinigung begründende übergeordnete Interesse liege insbesondere in der Entziehung von Bargeldern dem staatlichen Finanzwesen, mithin in der Errichtung eines „Schattenfinanzwesens", und im Fortbestand des Hawala-Banking-Systems (so BGH, Beschluss vom 2.6.2021 – 3 StR 61/21). Darüber hinaus unterliege der Wert der von den Betreibern des Hawala-Banking-Systems einbehaltenen Provisionen als Taterträge (bzw. Wert von Taterträgen) gemäß §§ 73 Abs. 1, 73c S. 1 StGB der Einziehung. Dagegen seien die zu transferierenden Bargelder der Kunden des Hawala-Banking-Systems keine Taterträge und damit nicht nach den §§ 73 ff. StGB einzuziehen. In Bezug auf die Strafbarkeit nach dem ZAG lägen vielmehr Tatobjekte gemäß § 74 Abs. 2 StGB vor, die mangels Verweisungsvorschrift im ZAG nicht eingezogen werden könnten. In Bezug auf eine Strafbarkeit nach § 129 StGB stellten die transferierten Bargelder dagegen Tatmittel im Sinne des § 74 Abs. 1 StGB dar, die dann nach den §§ 129b Abs. 2, 74a, 74 Abs. 1 StGB eingezogen werden könnten (BGH, Beschluss vom 28.6.2022 – 3 StR 403/20).

Sodann referierte Richter am Landgericht Florian Schmid, mit welchen anderen Wirtschaftsstraftaten § 129 StGB im Zusammenhang stehen kann. Hierfür kämen insbesondere organisierte Straftaten nach den §§ 263, 261 StGB und dem Außenwirtschaftsgesetz sowie Umsatzsteuerkarusselle und Verbrauchssteuerhinterziehung in Betracht. Dabei wies er auf die im Einzelfall bestehenden Schwierigkeiten zur Feststellung des eine kriminelle Vereinigung begründenden übergeordneten Interesses und die hierfür notwendige Ermittlung einer ausreichenden Tatsachengrundlage hin. Seiner Ansicht nach sei das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung bei allen organisierten Straftaten möglich und im Wirtschaftsstrafrecht daher selten auszuschließen.

Vor der Mittagspause ging Rechtsanwalt, Leitender Oberstaatsanwalt a.D. Folker Bittmann auf die einziehungsrechtlichen Aspekte im Allgemeinen und bei (wirtschafts-) kriminellen Vereinigungen im Besonderen ein. Hierbei stellte er zunächst das nach dem Plan der Bundesregierung zum 1.1.2024 neu zu gründende Bundesamt zur Bekämpfung der Finanzkriminalität („BBF") – eine Art Finanzkriminalamt – vor und gab einen Überblick auf dessen voraussichtlich sehr weitreichenden Befugnisse. Dann zeigte er die großen praktischen Probleme bei der Anwendung der §§ 73 ff. StGB auf, die insbesondere auf der unübersichtlichen Vielzahl der möglichen Rechtsgrundlagen einer Einziehung und auf einer dogmatisch unklaren Abgrenzung der §§ 74 ff. StGB von den §§ 73 ff. StGB beruhten. Dabei führe auch der vom BGH postulierte Anwendungsvorrang der §§ 74 ff. StGB aufgrund der unklaren Zuordnung eines (Vermögens-) Gegenstands als Tatertrag, -produkt, -mittel oder -objekt in vielen Fällen nicht zu rechtssicheren Ergebnissen. Schließlich thematisierte Bittmann die Rechtsprechung des BGH zur Einziehung in Fällen des § 129 StGB (etwa Hawala-Banking-Fälle und PKK-Spenden-Fälle).

Nach der Mittagspause stellten Oberstaatsanwalt Ulf Bornemann und Rechtsanwältin Gül Pinar Ermittlungsansätze bei einem Tatverdacht nach § 129 StGB aus Ermittlungs- bzw. Verteidigungsperspektive vor.

Hierbei machte Bornemann deutlich, dass Straftaten nach § 129 StGB neben dem wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich auch im Zusammenhang mit staatsgefährdenden Delikten eine wichtige Rolle spielten. Der Begriff der kriminellen Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB beinhalte ein interessenbezogenes, personelles, zeitliches und organisatorisches Element. Anders als im Wirtschaftsstrafrecht liege der Schwerpunkt der Ermittlungen nicht auf der Aufklärung des interessenbezogenen, sondern auf der Aufklärung des organisatorischen Elements. Nach aktueller Rechtsprechung des BGH reiche hierzu auch ein eher geringer Organisationsgrad, etwa wie er in sozialen Netzwerken zu finden sei, aus. Daher werde zukünftig bei politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierten Chatgruppen in den sozialen Netzwerken immer auch das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB zu prüfen sein. Maßgeblich sei hier das Vorhandensein von Administratoren und unter Mitgliedern der Chatgruppe anerkannten Leitlinien zu den Inhalten der Chatgruppe. Mögliche Ermittlungsmaßnahmen seien insbesondere Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO, akustische Überwachung außerhalb von Wohnräumen nach § 100f StPO, die Erhebung von – bei einem Verdacht nach § 129 StGB auch retrograden – Verkehrsdaten nach § 100g StPO, technische Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten nach § 100i StPO und – aufgrund des benötigten Sach- und Personalaufwands nur selten durchgeführte – Online-Durchsuchungen nach § 100b StPO sowie akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO. Schließlich wies Bornemann darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BGH § 129 StGB als Katalogtat für strafprozessuale Maßnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur anwendbar sei, wenn die begangenen oder geplanten Straftaten der Mitglieder eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuteten.

Zuletzt äußerte Pinar in ihrem Vortrag Bedenken wegen der zeitlich weit nach vorne verlagerten Strafbarkeit in § 129 StGB. Dies führe zu sehr frühen Einleitungen von Ermittlungsverfahren und entsprechenden strafprozessualen Maßnahmen der Ermittlungsbehörden. Zum Schutz (der Mitglieder) überwiegend legal tätiger Unternehmen vor einer möglichen ausufernden Anwendbarkeit des § 129 StGB müsse der in § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB geregelte Tatbestandsausschluss weit ausgelegt werden. Zudem komme in Betracht, einen abgrenzbaren Teil eines solchen Unternehmens als eigenständige kriminelle Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB anzusehen. Auch damit könne ein bis zur Insolvenz drohender Schaden von überwiegend legal tätigen Unternehmen und deren Mitglieder aufgrund von Strafverfahren abgewendet werden. Schließlich wies Pinar auf die Anwendbarkeit

der Vermögensbeschlagnahme gemäß § 443 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO bei Straftaten nach § 129 StGB und deren erheblich negativen Auswirkungen für den Betroffenen hin. Die Vermögensbeschlagnahme müsse aufgrund ihrer einschneidenden Auswirkungen insbesondere bei Straftaten nach § 129 StGB aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sehr restriktiv angewendet werden. Ihrer Erfahrung nach werde die Vermögensbeschlagnahme in der Praxis bisher jedoch regelmäßig nicht angewendet.

Die Beleuchtung aktueller Themen des Wirtschaftsstrafrechts aus den Blickwinkeln verschiedener Rechtsanwender und die regelmäßige Möglichkeit zum gemeinsamen (Erfahrungs-) Austausch fördert aus Sicht der Veranstaltungsorganisatoren und des Verfassers die Auseinandersetzung mit (noch) unbekannten Problemfeldern und trägt nachhaltig zu einer interessengerechten Rechtsanwendung bei. Daher beabsichtigen die Veranstaltungsorganisatoren, diese Veranstaltung als regelmäßig stattfindende Tagungsreihe jährlich zu wiederholen.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelles zum Insolvenzstrafrecht – Tagungsbericht zum 7. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 02.11.2023

Nach einer mehrjährigen pandemiebedingten Pause fand am 02.11.2023 im Hotel Eden Früh am Dom der diesjährige Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt, wiederum als Gemeinschaftsveranstaltung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV), des Deutschen Instituts für Insolvenzstrafrecht e.V. (DIAI), des Kölner Anwaltvereins (KAV) und der ZInsO. Die hohen Erwartungen der mehr als 60 Teilnehmer wurden ausnahmslos erfüllt.

I. Neues aus Berlin und Brüssel – Ministerialdirektorin a.D. Marie-Luise Graf-Schlicker

Nach der Begrüßung und ersten Einführung durch Marina Nießen (KAV) und Dr. Christina Brosthaus (WisteV) gab Graf-Schlicker, vor dem Eintritt in den Ruhestand langjährige Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV, wie schon in den vergangenen Jahren einen umfassenden Überblick zu aktuellen Entwicklungen des Insolvenz- bzw. Insolvenzstrafrechts in Deutschland und Europa.

1. Europarechtliche Aspekte

Die Referentin erörterte zunächst ausführlich den Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrecht,[1] der zum einen das Ziel verfolgt, die Kapitalmarktunion voranzutreiben und grenzüberschreitende Investitionshindernisse zu minimieren, zum anderen Möglichkeiten schaffen will, Insolvenzverfahren europaweit effektiver abzuwickeln.[2] Die hierzu gebildete Expertenkommission hat verschiedene Aspekte untersucht und Vorschläge gemacht.

Im Zusammenhang mit Anfechtungsfragen soll vor allem der Schutz der Gläubiger im Mittelpunkt stehen. Zwar räumt der Entwurf den nationalen Gesetzgebern einen gewissen Spielraum für die rechtliche Ausgestaltung des Anfechtungsrechts ein. Teilweise sollen bspw. aber vom aktuellen deutschen Insolvenzrecht abweichende (kürzere) Anfechtungsfristen gelten, so dass sich hier ein entsprechender Umsetzungsbedarf ergeben wird. Überdies würde die Auslegungshoheit, sollte die Richtlinie in nationales Recht transformiert werden, künftig nicht mehr beim BGH sondern beim EuGH liegen.

Der Richtlinienentwurf befasst sich ebenfalls mit dem Asset-Tracing, also den Möglichkeiten, Vermögenswerte des Schuldners möglichst umfassend aufzuspüren.[3] Zu diesem Zweck sollen europaweit vernetzte zentrale Bankkontenabrufsysteme geschaffen werden, auf die der Insolvenzverwalter aber selbst keinen unmittelbaren Zugriff hat. Er muss solche Abfragen vielmehr beim Insolvenzgericht initiieren, kann jedoch nach den Vorstellungen der Kommission selbst Untersuchungen zu etwaigen bislang unbekannten wirtschaftlichen Eigentümern von Unternehmen anstellen und hierzu europaweit, soweit in den einzelnen Staaten vorhanden, auf entsprechende Register[4] zugreifen.

Das ebenfalls ins Auge gefasste Pre-Pack-Verfahren soll, aufgespalten in eine Vorbereitungs- und eine Liquidationsphase, eine zügige Liquidation aller Vermögenswerte des Schuldners ermöglichen. Zwar behält dieser in der Vorbereitungsphase die Kontrolle über sein Unternehmen. Er wird

[1] Abzurufen unter https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF bzw. unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2023/0001-0100/25-23.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

[2] Zu der Richtlinie etwa Lissner, ZInsO 2023, 1610; Heyer, ZVI 2023, 85; s. auch Pape/Pape, ZInsO 2023, 926.

[3] Zur Informationsgewinnung des Insolvenzverwalters Kramer, ZRI 2023, 847.

[4] Z.B. Grundbuchämter und Liegenschaftskataster, Transparenz-, Wertpapier-, Pfandrechts- und Testamentsregister, Patent- und Markenregister.

aber durch einen gerichtlich eingesetzten Sachwalter unterstützt, der die optimale Versilberung vorhandener Aktiva vorbereiten und hierzu interessierte Übernehmer suchen und überdies etwaig notwendige (Zwischen-)Finanzierungen beschaffen soll. In der Liquidationsphase wird der Sachwalter zum Insolvenzverwalter bestellt und kann dann, sofern eine entsprechende gerichtliche Genehmigung vorliegt, die weitere Abwicklung übernehmen, an deren Ende die schuldenfreie Übernahme des betroffenen Unternehmens durch den Käufer stehen soll. Aus der Sicht von Graf-Schlicker ist zweifelhaft, ob dieses Pre-Pack-Verfahren ohne weiteres in das deutsche Recht integriert werden kann.

Nach dem Richtlinienentwurf soll überdies die Insolvenzantragspflicht (nur) bei Zahlungsunfähigkeit harmonisiert werden, wobei ein solcher Antrag binnen drei Monaten nach Kenntniserlangung der diese begründenden Umstände durch Unternehmensorgane vorzulegen sein soll. Erfüllt dieser Personenkreis seine Obliegenheiten nicht, drohen ihm zivilrechtliche Haftungsansprüche. Strafrechtliche Konsequenzen sehen die Experten indes nicht vor.

Besonders umstritten – und von Graf-Schlicker auch heftig kritisiert – sind die Vorschläge der Kommission zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen, wobei dieser Begriff alle Gesellschaften umfassen soll, die weniger als zehn Personen beschäftigen und deren Bilanzsumme 2 Mio. € nicht überschreitet, was nach Feststellung der Referentin 85 – 90 % aller in der Bundesrepublik anfallenden Unternehmensinsolvenzen betreffen würde. Zweifelhaft erscheinen ihr insbesondere die nur fakultative Bestellung eines Insolvenzverwalters,[5] dessen Befugnisse überdies speziell durch das Insolvenzgericht bestimmt werden müssen, die ansonsten trotz des Verfahrens uneingeschränkte Vermögens- und Entscheidungsbefugnis des Schuldners, die eingeschränkten Möglichkeiten von Gläubigern, Forderungen geltend zu machen, sowie die Verlagerung aller Kosten auf staatliche Einrichtungen.

2. Nationales Recht

Nach diesen europarechtlichen Betrachtungen wandte sich Graf-Schlicker den im Raum stehenden nationalen Regelungen zur – heftig umstrittenen – Organisation des Berufsrechts der Insolvenzverwalter zu.[6] Sie thematisierte die unterschiedlichen Vorschläge und Stellungnahmen, z.B. des BAKInso e.V.[7] und des VID[8] einerseits sowie der BRAK[9] bzw. des DA9[10] andererseits. Die Referentin verwies in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung des BVerfG, das die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters in mehreren Entscheidungen als eigenständigen Beruf eingestuft hat.[11]

3. Entwicklung des Überschuldungsbegriffes

Graf-Schlicker gab zum Abschluss ihrer Darlegungen noch einen Überblick zur Entwicklung des nunmehr in § 19 InsO definierten Begriffs der Überschuldung. Sie vertrat die Auffassung, dass strafrechtliche Konsequenzen für denjenigen, der einer Insolvenzantragspflicht nicht nachkommt, obwohl eine materielle Überschuldung vorliegt, nicht gezogen werden können. Angesichts der vielfältigen – und teils sprunghaften – insolvenzrechtlichen gesetzgeberischen Aktivitäten im Umfeld der Pandemie[12] ist nach ihrer Meinung der Adressat des § 15a InsO mittlerweile nicht mehr in der Lage, die Tragweite und den Anwendungsbereich der Norm in Bezug auf § 19 InsO aus dem Gesetz sicher zu erkennen. Dies gelte insbesondere für Kleinunternehmer, die in die Krise geraten sind und sich teuren Rechtsrat nicht leisten können, und die angesichts der wechselnden Regelungen nicht mehr sicher abschätzen können, wann die Voraussetzungen für die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht vorliegen. Graf-Schlicker sieht hier einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG.[13]

II. Insolvenzverwalter und Strafverfahren – Rechtsanwältin Eva Racky, Frankfurt

Im Anschluss an den Vortrag von Graf-Schlicker setzte sich Racky aus anwaltlicher Sicht mit der Rolle des Insolvenzverwalters im Strafverfahren auseinander. Sie verwies dabei zunächst auf die Regelung der Nr. IX/2 MiZi, auf deren Grundlage die Ermittlungsbehörden zumindest im Unternehmensbereich über alle eröffneten Insolvenzverfahren bzw. deren Ablehnung mangels Masse informiert werden. Den Feststellungen des Verwalters kommt in der staatsanwaltschaftlichen Praxis große Bedeutung zu, weshalb die Verwalterberichte auch regelmäßig im Hinblick auf mögliches strafrechtlich relevantes Verhalten ausgewertet werden. Racky thematisierte das häufig bestehende Interesse des Verwalters an Ermittlungen der Staatsanwaltschaft, die z.B. zur Auffindung von Vermögenswerten und damit zur Massemehrung beitragen können. Die Referentin verwies anschließend auf die Möglichkeit, Unterlagen des Schuldners auch beim Insolvenzverwalter auf strafprozessualer Grundlage sicherzustellen,[14] mahnte dabei aber die strikte Beachtung des auch in diesem Zusammenhang geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an.[15] Der Verwalter muss damit rechnen, im Ermittlungsverfahren und möglicherweise auch in einer Hauptverhandlung durch das Strafgericht als Zeuge vernommen zu werden. Hier gelten keine Besonderheiten, wo-

5 S. in diesem Zusammenhang Sämisch, ZRI 2023, 93.

6 S. hierzu aktuell Frind, ZInsO 2023, 2314.

7 S. etwa dessen jüngste Stellungnahme, abzurufen unter file:///C:/Users/User/Downloads/Stellungnahme%2010032023%20zum%20erg%C3%A4nzten%20BRAK-Regelungsvorschlag.pdf.

8 Abzurufen unter https://www.vid.de/wp-content/uploads/2020/07/Eckpunktepapier_Berufsaus%C3%BCbung_Berufszulassung.pdf.

9 S. etwa https://www.brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2022/ausgabe-20-2022-v-6102022/insolvenzverwalter-kompromiss-fuer-berufsrecht-in-sicht/.

10 https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/berufsrecht/dav-und-brak-fordern-minimalinvasives-berufsrecht-f%C3%BCr-insolvenzverwalter.

11 BVerfG, Beschluss vom 03.08.2004 – 1 BvR 137/00, ZInsO 2004, 913; BVerfG, Beschluss vom 12.11.2016 – 1 BvR 3102/13, ZInsO 2016, 383.

12 Dazu erschöpfend Graf-Schlicker, ZInsO 2023, 1185.

13 S. auch Graf-Schlicker, ZInsO 2023, 1185, 1194.

14 Vgl. §§ 94, 103 StPO.

15 S. in diesem Zusammenhang bereits Weyand, ZInsO 2008, 24.

bei Racky zu Recht hervorhob, dass außerhalb der Grenzen des § 138 StGB eine Pflicht, im Rahmen der Verwaltertätigkeit aufgedeckte Straftaten anzuzeigen, nicht besteht. Aus der Sicht der Referentin ist die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Frage, wer Berufsgeheimnisträger von ihrem beruflichen Schweigerecht entbinden kann,[16] für die Strafverteidigung misslich. Sie hob in diesem Zusammenhang hervor, dass bei Entbindungserklärungen sorgfältig zu überprüfen ist, ob sich der – hierzu allein befugte – Verwalter tatsächlich selbst entsprechend geäußert hat, und wieweit die Erklärung im Einzelfall tatsächlich reicht.[17] Schließlich befasste sich die Referentin mit der Frage, inwieweit der Insolvenzverwalter Einsicht in die Ermittlungsakten nehmen kann. Die Rspr. bejaht dies unter Bezugnahme auf § 475 StPO.[18] Racky trat dem nicht entgegen, wies aber darauf hin, dass bei Akten anderer Verfahren, namentlich Steuerdelikte betreffend, das berechtigte Interesse des Verwalters sorgfältig – auch z.B. unter dem Aspekt des Steuergeheimnisses (§ 30 AO) – geprüft werden müsse. Abschließend ging die Referentin noch auf die Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters im Adhäsionsverfahren (§ 403 StPO) ein. Hier hat der BGH kürzlich festgehalten, dass entsprechende Möglichkeit zumindest für Ansprüche nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen.[19]

III. Die Rolle des Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft– Rechtsanwalt Philip von der Meden, Hamburg

Nach einer kurzen Pause widmete sich von der Meden krit. der Frage, ob bei den Staatsanwaltschaften tätige Wirtschaftsreferenten in Strafverfahren als taugliche Sachverständige tätig werden können,[20] wobei er insbesondere auf deren Einbindung in die Organisation der Staatsanwaltschaften und die Möglichkeiten, dienstliche Weisungen zu erteilen, hinwies, was diesen Personenkreis letztlich faktisch zu einer Art Strafverfolger mache. Er referierte zunächst auf die sehr spärliche Rspr. zur Frage, ob dieser Personenkreis überhaupt als Sachverständige tätig werden kann. In einer frühen Entscheidung hat der BGH dies für Beamte des BKA verneint,[21] seine Auffassung später aber geändert.[22] Von der Meden lehnte diese neuer Rspr. entschieden ab und verwies auf die Notwendigkeit, zwischen Strafverfolgern und Sachverständigen strikt zu trennen. Er vertrat die Auffassung, dass Wirtschaftsreferenten prinzipiell wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden können, sofern sie mit den Dezernenten der Staatsanwaltschaft über weitere (neue) Ermittlungsansätze kommunizieren, eigenständige Ermittlungen in Bezug auf Anknüpfungstatsachen durchführen, z.B. Auskunftsersuchen an Kreditinstitute richten, oder selbst bei Durchsuchungen mitwirken. Ablehnungsgründe sind seiner Meinung nach auch eigeninitiativ erfolgende Hinweise im Gutachten auf weitere Straftaten bzw. eigene (den Beschuldigten belastende) Rechtsausführungen.

IV. Die Strafbarkeit des Sanierungsberaters – Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln

Leithaus erörterte anschließend Strafbarkeitsrisiken des Sanierungsberaters,[23] wobei er über sein eigentliches Thema hinausgehend einen breiten Überblick zu den Insolvenzdelikten im engeren[24] und im weiteren[25] Sinn gab, sowie Ausführungen zur Informationsgewinnung der Ermittlungsbehörden (Stichwort: MiZi Nr. IX/2) sowie zu möglichen Nebenfolgen strafbaren Verhaltens (Stichwort: Inhabilität nach § 6 GmbHG)[26] machte. Sodann verwies er auf die Strafbarkeitsrisiken des Sanierungsberaters, der sowohl unter dem Aspekt der Anstiftung (§ 26 StGB) als auch der Beihilfe (§ 27 StGB) in den Fokus der Ermittlungsbehörden geraten kann. Gleiches gilt für Fälle, in denen der Berater als faktischer (Mit-)Geschäftsführer Leitlinien des von ihm unterstützen Unternehmens festlegt. Strafbares Verhalten kann verstärkt etwa, so Leithaus, im Zusammenhang mit Eigen- und Fremdkapitalmaßnahmen, bei Asset-Deals, und bei Verhandlungen mit Lieferanten, hier vor allem unter dem Aspekt des (Eingehungs-)Betruges (§ 263 StGB) entstehen. Der Referent mahnte in diesem Zusammenhang die sorgfältige Prüfung möglicher Tätigkeitsfelder, die umfassende Belehrung des Mandanten über etwaige Antragspflichten und die ständige nachvollziehbar dokumentierte Kontrolle aller Aktivitäten an, wobei etwaige strafrechtliche Gefahren stets Beachtung finden müssten. Abschließend erörterte Leithaus – auch insoweit über das eigentliche Thema hinaus – noch die Chance, Strafverfolgungsmaßnahmen durch Sitzverlegung ins Ausland zu vermeiden. Im Hinblick auf die Schwierigkeiten, das COMI im Einzelfall zu bestimmen, und dem Vorwurf des forum shoppings zu entgehen, sah er die Möglichkeiten hier skeptisch.

V. Der Abschluss: Aktuelles zur Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) – eine Podiumsdiskussion

Die Veranstaltung fand ihren Abschluss in einer von Christof Püschel (WisteV) pointiert moderierten Podiumsdiskussion zum Thema „§ 266a StGB in der Krise".

[16] BGH, Beschluss vom 27.01.2021 – StB 44/20, ZInsO 2021, 494 m. Anm. Weyand; vgl. weiter etwa Brand, GmbHR 2021, 448.

[17] S. hierzu ausführlich Racky, NZI 2023, 319.

[18] Allg. Meinung; s. etwa OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2014 – III-2 Ws 396/14, ZInsO 2014, 2501; OLG Braunschweig, Beschluss vom 10.03.2016 – 1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011. Krit aus Verteidigersicht etwa Köllner, NZI 2017, 277. Einschränkend indes LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 – 618 Qs 20/18, ZInsO 2019, 1316 mit zust. Anm. Köllner, NZI 2019, 138.

[19] BGH, Beschluss vom 26.10.2021 – 4 StR 145/21, ZInsO 2021, 2740. S. zu der Problematik Weyand, ZInsO 2013, 865.

[20] S. zu dieser Frage bereits Lemme, wistra 2002, 281, sowie erschöpfend Bittmann, wistra 2011, 47. S. auch Wolf, ZWH 2012, 125, und Meding, Der Wirtschaftsreferent bei der Staatsanwaltschaft, 2012.

[21] BGH, Urteil vom 11.01.1963 – 3 StR 52/62, NJW 1963, 821.

[22] BGH, Urteil vom 10.04.1979 – 4 StR 127/79, NJW 1979, 2414; BGH, Beschluss vom 20.12.1983 – 5 StR 763/82, NStZ 1984, 215; BGH, Beschluss vom 02.07.1986 – 3 StR 87/86, wistra 1986, 257.

[23] S. dazu grundlegend Köllner/Cyrus, NZI 2016, 288.

[24] §§ 283 ff. StGB.

[25] Z.B. § 15a InsO, §§ 263, 266, 266a StGB.

[26] S. dazu Weyand, ZInsO 2022, 6.

Lutz Niemann, Leiter einer Wirtschaftsabteilung der StA Köln, wie eingangs darauf hin, dass im Fokus der Ermittlungen wegen derartiger Verstöße weniger die „Normalinsolvenzen" stünden; vielmehr seien groß angelegte „Schwarzbeschäftigungen", z.B. im Speditionsbereich oder im Baugewerbe, aus der Sicht der Staatsanwaltschaften wesentlich strafwürdiger und würden daher auch viel intensiver verfolgt. Er sah erhebliche praktische Umsetzungsprobleme im Hinblick auf die oft schwierige Zusammenarbeit der beteiligten Behörden (FKS der Zollverwaltung, Deutsche Rentenversicherung, Polizei), die an Verfahren oftmals unter verschiedenen Blickwinkel heranträten, weshalb hier strukturelle Änderungen wünschenswert seien.

Racky stimmte dem zu und zweifelte überdies die Strafwürdigkeit von Beitragsvorenthaltungen bei Kleinunternehmen an, die in der Praxis auch oft zur Verfahrenseinstellung nach Opportunitätsbestimmungen (§§ 153, 153a StPO), gegebenenfalls unter der Auflage der Schadenswiedergutmachung, führten. Sie rügte überdies die Unübersichtlichkeit der Ermittlungsberichte, zumal der Ausführungen der Deutschen Rentenversicherung, die oftmals eine Art black box lieferten, welche aus der Sicht der Verteidigerin keine nachvollziehbaren Ergebnisse enthalte.

Von der Meden wies auf die Möglichkeit hin, durch frühzeitige Vergleiche mit den Sozialversicherungsträgern und entsprechenden Ratenzahlungsvereinbarungen Strafmilderungen oder im Ermittlungsstadium sogar Teileinstellungen (§§ 154, 154a StPO) zu erreichen. Im Zusammenhang der bei Verstößen gegen § 266a StGB häufig angewandten Rechtsfigur der *omissio libera in causa*[27] ist aus seiner Sicht regelmäßig der subjektive Tatbestand der Strafnorm zu problematisieren.

Laroche, Leiter der Insolvenzabteilung des AG Köln, verteidigte die Praxis der Insolvenzverwalter, zuvor gezahlte Sozialversicherungsbeiträge im Wege der Anfechtung wieder zur Masse zu ziehen. Er verwies insbesondere auf die im Vorfeld nicht abzuschätzenden Unwägbarkeiten des Ablaufs des Insolvenzverfahrens.[28] Er hielt die Strafbarkeitsdrohung insgesamt angesichts des Charakters der betroffenen Beiträge und auch der sich aus Zahlung bzw. Nichtzahlung für die betroffenen Arbeitnehmer ergebenden Konsequenzen für sachgerecht.

Leithaus stimmte dem zu und verwies überdies auf die Rspr., nach der gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbote temporärer Rechtfertigungsgrund für die Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen sein können.[29]

Abschließend waren alle Diskutanten übereinstimmend der Auffassung, dass die Praxis der Staatsanwaltschaften Beitragsvorenthaltungen im Zusammenhang mit Klein- und Mittelstandsunternehmen durchaus mit Augenmaß bearbeite; Zwangslagen, welche die Unternehmer bzw. Gesellschaftsorgane oft unter Druck setzen können, würden bei der Strafzumessung regelmäßig beachtet, weshalb es in vielen Fällen zu Einstellungen, oft gegen die Auflage, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen, komme. Insgesamt ließen die Ermittler hier „die Kirche im Dorf."

Bei Kölsch und Canapés konnten die Anwesenden danach noch die Ergebnisse der erfolgreichen Tagung diskutieren und vertiefen. Die Tradition des Kölner Insolvenzstrafrechtstags soll auch im Jahr 2024 fortgesetzt werden.

[27] S. dazu instruktiv LG Freiburg, Urteil vom 07.05.2019 – 4/17 8 Ns 81 Js 1825/13, ZInsO 2019, 1903 m. Anm. Brand, GmbHR 2020, 443.

[28] S. in diesem Zusammenhang noch Laroche, EWiR 2023, 280.

[29] BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, ZInsO 2004, 39; hierzu Bittmann, wistra 2004, 327.

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

Tagungsbericht Thementag Außenwirtschaft in Köln, 17. und 18.10.2023

Am 17. und 18.10.2023 fand in Köln der 13. Thementag Außenwirtschaft statt, der jährlich von der Reguvis Akademie GmbH veranstaltet wird. Diese Fachveranstaltung für sachkundige Teilnehmer aus dem Bereich Außenhandel, Zoll- und Exportkontrollrecht sowie (Trade) Compliance zählt zu den renommiertesten Veranstaltungen dieser Art und bietet für die Teilnehmenden neben hervorragenden Fachvorträgen verschiedene Workshops zum Praktikeraustausch.

Am ersten Veranstaltungstag führte Prof. Dr. Graf von Bernsdorf in die aktuellen Themen zum Außenhandelsrecht 2023 ein. Neben der Darstellung der Entwicklung des Rechts zur digitalen Außenhandelsabwicklung berichtete der Referent über die Neuigkeiten zur Produkthaftung in der EU. Seit 28.09.2022 liegt der Vorschlag der EU-Kommission für eine neue EU-Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte vor.[1] Ein Feld, das es auch aus Sicht der Einführer im Blick zu behalten gilt. Denn im Moment ist davon auszugehen, dass es insbesondere auch für Importeure von Produkten aus Drittländern Haftungsverschärfungen bei Einfuhr fehlerhafter Produkte geben wird.

Im Anschluss daran berichtete Frau Prof. Dr. Rinnert über Aktuelles im Zollrecht. Es wurden der Reformvorschlag für ein neues europäisches Zollrecht vorgestellt[2] und klassische Zollthemen erörtert, wie z. B. Aktuelles zum Zollwertrecht, Neues zu Zinsen in Erstattungsfällen, Problemstellungen im Bereich Zoll- und Einfuhrumsatzsteuer etc. Angesichts der Übermacht der medialen Berichterstattung zu Exportkontrollthemen bot der Vortrag eine sehr gute Übersicht über nicht weniger beachtliche Entwicklungen.

Von besonderem Interesse ist und wird künftig sein der Reformvorschlag für ein neues europäisches Zollrecht der Kommission[3], der laut Rinnert folgende Punkte beinhaltet:

- Gründung einer EU Zollbehörde (EU Customs Authority)
- Schaffung einer EU-Zolldatenplattform (EU Customs Data Hub)
- Schaffung eines One-Stop-Shop für den neuen Trust and Check Trader (neuer AEO plus)
- Risikomanagement durch Lieferkettenüberwachung
- Zollanmelder wird ersetzt durch Einführer mit multi-filing
- die ENS heißt künftig Advance Cargo Information
- Keine physische Gestellung im Regelfall
- Sämtliche Anmeldungen werden durch die Zurverfügungstellung von Geschäftsdaten ersetzt, anschreibe Verfahren wird zum Standard
- Echte Eigenkontrolle und zentrale Zollabwicklung
- Umsetzung des Reformvorhabens in den nächsten 10 – 15 Jahren.[4]

Diesen bereits sehr interessanten und einführenden Vortrag am ersten Veranstaltungstag rundet Prof. Dr. Wolffgang mit seinem Beitrag am nächsten Veranstaltungstag ab. Unter dem Titel „Reform der EU-Zollunion: Visionen, Inhalt, Status" referierte Wolffgang zu den auf dem Tisch liegenden Initiativen. Der von ihm gewählte Titel hält, was er verspricht: der Zuhörer bleibt mehr mit Visionen als mit Inhalt und Status zurück.

Den - wie auch von Wolffgang dargestellt - gescheiterten bisherige Initiativen zur Modernisierung des Zollrechts[5] ist gemeinsam, dass es an der notwendigen Digitalisierung innerhalb der 27 Mitgliedstaaten fehlt(e). Genau diese soll jedoch Grundlage für die Zollrechtsreform sein.

Die Modernisierungsbestrebungen[6] scheinen eher Vereinfachungsmaßnahmen für die Verwaltung als für die Wirtschaft zu bedeuten. Der Wirtschaft wird in Zukunft ein noch intensiveres Risikomanagement abverlangt werden. Dabei wird der Wirtschaftsbeteiligte zugleich zum „gläsernen Wirtschaftsbeteiligten". Denn er soll umfangreiche Daten in die künftige EU-Zolldatenplattform liefern, ohne jedoch selbst an Erkenntnissen aus diesen Datenpool partizipieren zu dürfen.

Dr. Pottmeyer stellte Aktuelles im Exportkontrollrecht 2023 vor, zeigte die Sanktionspakete unter dem Russland-Embargo auf und berührte auch die nunmehr in VO (EU) Nr. 833/2014 eingefügte Regelung zu sogenannten Umgehungsgeschäften, Art. 12f VO (EU) Nr. 833/2014. Interessant waren auch Pottmeyers Ausführungen zur Effektivität der Sanktionen der EU unter Berufung auf Angaben von IWF und Bun-

[1] COM(2022) 495 final.

[2] https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-zollreform-soll-zollverfahren-moderner-und-effizienter-machen-2023-05-17_de.

[3] Umgestaltung der zollrechtlichen Verfahrensweisen durch Änderung des UZK, COM (2023) 258 final; Änderung der Zollbefreiungs VO, der KN-VO und der MwStSystRL, Schwerpunkt E-Commerce, COM(2023)259 final und COM(2023)262 final; https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13316-Uberarbeitung-des-Zollkodex-der-Union_de.

[4] Siehe auch zur Verknüpfung relevanter IT-Systeme der Kommission außerhalb des Zollbereichs mit den nationalen Zollabwicklungssystemen und nationalen Partnerbehörden: VO (EU) 2022/2399, Single Window-VO.

[5] Dazu schon Klötzer-Assion, Modernisierung des Zollkodex – ein Nachtrag, wistra 2008, 254 f.; Klötzer-Assion, Modernisierung des Zollkodex - Der Weg zum europäischen Zollstrafrecht?, wistra 2007, 1 ff.

[6] Geplante Rechtsakte: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Union und der Zollbehörde der Europäischen Union sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 952/2013 (MUCC); Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 im Hinblick auf die Einführung einer vereinfachten zolltariflichen Behandlung von Waren im Fernabsatz und der Verordnung (EG) Nr. 1186/2009 im Hinblick auf die Abschaffung der Zollbefreiungsschwelle; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG hinsichtlich der mehrwertsteuerlichen Behandlung von Steuerpflichtigen, die den Fernabsatz von eingeführten Gegenständen.

desregierung. Nimmt man die öffentliche Berichterstattung ernst, dürfen Zweifel an der Effektivität mehr als laut werden.

Schließlich berichtete Pottmeyer vor dem Hintergrund der komplexen Regelungen im Kontext des Russland-Embargos über das neue „Tätigkeitsfeld für Staatsanwaltschaften und Strafverteidiger". Hier wird man ihm uneingeschränkt zustimmen dürfen...Allerdings beschert diesen Zuwachs die Politik, nach deren Weisung jeder noch so kleine Arbeitsfehler – systemwidrig – als Außenwirtschaftsstraftat behandelt wird.

Spätestens durch den Beitrag von Dr. Harings zum Thema „Aktuelles zu Nachhaltigkeit und Compliance 2023" ist jedem Teilnehmer bewusst geworden, dass das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), die Corporate Sustainability Due Diligence Directive , die VO Entwaldungsfreie Lieferketten, der EU-Vorschlag für eine Verordnung gegen Zwangsarbeit usw. längst in den Zollabteilungen der Wirtschaftsunternehmen angekommen sind und die nächste – bürokratische – Herausforderung mitbringen.

Es zeigt sich ein starker Eingriff in die Tätigkeit der klassischen Zoll- und Exportabteilungen im Unternehmen. Harings berichtete über die ambitionierten Ziele der EU im Hinblick auf die Umgestaltung der Wirtschaft für eine nachhaltige Zukunft. Die Zukunft wird zeigen, wie die Wirtschaft diese Vorgaben umsetzt und z.B. Sorgfaltserklärungen, die nach VO (EU) 2023/1115 zu erstellen sind, mit Leben füllt.

Die Verfasserin hat am 17.10.2023 an dem Workshop von Dr. Ovie und Herrn Ebner zum Thema „Exportkontrolle und Sanktionen - Aktuelle weltweite Verflechtungen und Risiken" teilgenommen. Die Referenten haben in einem Rundumschlag die gesetzlichen Vorgaben und aktuellen Herausforderungen des Russland Embargos aufgezeigt und mit den in der Praxis besondere Schwierigkeiten bereitenden Themen wie „Handelsströme und Umgehung", „Einfuhr von Eisen- und Stahl Erzeugnissen", „Jedermannspflichten/Mitteilungspflichten", „Anti – Boykott – Regeln" etc. den Nerv getroffen. Eingegangen wurde auch auf die Maßnahmen Chinas, vor allem auf die Neuerungen des Exportkontrollgesetzes und des Anti-Spionage Gesetzes, das in überarbeiteter Fassung in China seit 01.07.2023 in Kraft ist.

Zu der Empfehlung für Lösungsansätze in kleinen wie großen Unternehmen passte sodann schließlich sehr gut der Vortrag von Möllenhoff zu den straf- und bußgeldrechtlichen Aspekten des Ausfuhrverfahrens.

Beide Veranstaltungstage waren mit der Verknüpfung der dringendsten Themen sowohl auf Einfuhrseite als auch im Bereich der (internen) Exportkontrolle höchst informativ, von fachkundigen Referenten hervorragend geleitet und geprägt von einem interessanten Austausch der Praktiker.

REZENSIONEN

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

Schwartmann/Jaspers/Eckhardt: TTDSG – Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz

C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2022, ISBN 978-3-8114-5753-9, 119 EURO

Das Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – TTDSG) ist am 1. Dezember 2021 in Kraft getreten.

Auf der Internetseite des Bundestages zum Gesetzgebungsverfahren wurde die Äußerung der Bundesregierung festgehalten, dass Beauftragte „nun auch Bußgelder verhängen" und etwa bei Messengerdiensten häufig mit Unternehmen zu tun haben könnten, die ihren Sitz im Ausland haben – was Verfahren verkomplizieren dürfte (Website des Bundestages zum TTDSG, 2./3. Lesung).

Das TTDSG wurde also unmittelbar mit der Prognose oder gar Ankündigung von „nun" zu verhängenden Bußgeldern seitens der Aufsicht und erwartbaren größeren Verfahren versehen. Vor diesem Hintergrund ist es umso erfreulicher, dass bereits etwa ein halbes Jahr nach Inkrafttreten der Regelungen eine so vortreffliche Kommentierung der komplexen Vorschriften vorgelegt werden konnte. Schelmisch könnte man sagen, „hoffentlich hilft's".

Der vorliegend rezensierte Kommentar zum TTDSG ist in der Reihe Heidelberger Kommentare im C.F. Müller Verlag erschienen. Herausgeber sind Rolf Schwartmann, Andreas Jaspers und Jens Eckhardt, die weiteren Autor*innen sind namhafte Expert*innen im Datenschutzrecht aus Wissenschaft, Aufsicht, Ministerien, Anwaltschaft und Unternehmen.

Neben der eigentlichen Kommentierung zum TTDSG sind in den hinsichtlich des insgesamten Umfangs nicht unbeträchtlichen Anhängen die Gesetzestexte zum Telekommunikationsgesetz (TKG), Telemediengesetz (TMG), Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) sowie zum Medienstaatsvertrag (MStV) abgedruckt. Dies erleichtert die Arbeit natürlich sehr.

Der Aufbau der Kommentierungen mit Abdruck der Norm, Übersicht, Literatur sowie der (eigentlichen) Kommentierung folgt dem Üblichen eines solchen Werks. Ein geringfügiger Kritikpunkt ist die Gliederung der Übersicht in zwei Spalten, aus Sicht der Rezensentin ist diese der gewünschten absolut zügigen Übersicht nicht vollumfänglich dienlich. Die Literatur ist teilweise sehr umfangreich, teilweise eher knapp – letzteres liegt vor allem in der Natur der Sache, vorliegend wird ein neu verabschiedetes Gesetz in erster Auflage kommentiert.

Vor den eigentlichen Kommentierungen der einzelnen Normen, insgesamt sind es „lediglich" dreißig an der Zahl, erfolgt zunächst der Abschnitt zu Einordnung, Hintergrund, teilweise auch zum Ausblick.

Diese Ausführungen sind aus Sicht der Rezensentin vor dem Hintergrund des Regelungsgegenstands des Gesetzes besonders hervorzuheben. Gerade für ein Gesetz, welches bestehende Vorschriften anpasst, hier die Datenschutzbestimmungen des TKG und des TMG an die EU-DSGVO, sowie daneben Vorschriften einer bestehenden Richtlinie in nationales Recht umsetzt, vorliegend der ePrivacy-Richtlinie, ist auch für Fachleute eine Herausforderung. Alleine die Erläuterungen, die immer wieder diese Einordnung vornehmen, welche Regelungen konkret übernommen wurden, unverändert beziehungsweise lediglich hinsichtlich ihres Wortlauts angepasst oder auch angepasst zum Zwecke der Klarstellung, sind für Fachleser*innen, die bereits zuvor mit diesem Rechtsgebiet befasst waren, überaus hilfreich.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, nach Ansicht der Rezensentin, die Kommentierung zu § 2 TTDSG, den Begriffsbestimmungen. Gerade die Übernahme von Regelungen aus TKG und TMG, auch im Verhältnis zu den Regelungen der EU-DSGVO setzen wegen der Verzahnung eine widerspruchsfreie Begrifflichkeit voraus (§ 2 Rz. 1). § 2 Abs. 1 TTDSG regelt jedoch hinsichtlich der Anwendung der Definitionen zunächst die Verweisung auf das TKG, das TMG und die EU-DSGVO, soweit in § 2 Abs. 2 TTDSG keine abweichende Begriffsbestimmung getroffen wurde.

Aus Sicht der Rezensentin wird dieser „Dschungel" aus Vorrang, Verweisung, Abgrenzung, Auslegung, Abgrenzung der Verweisung, Abgrenzung der Anwendungsbereiche und auch die Aufführung von Sonderfällen überaus klar und verständlich aufbereitet, was für das grundsätzliche Verständnis der Regelungen und damit die Voraussetzung für deren Anwendung von großer Bedeutung ist.

Überdies werden beispielsweise zur - durchaus langen und vieldiskutierten - Historie der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL durch die Ausführungen zu Einordnung und Hintergrund nochmals wertvolle Hinweise auf die einzelnen Problematiken der bisherigen Rechtslage gegeben, die – so die Verfasser der Kommentierung nach Verständnis der Rezensentin – alleine auch deswegen weiter beachtenswert sein werden, da mit Einführung der konkreten Norm des TTDSG zentrale praktische Fragestellungen insofern aber ungelöst blieben und die Zielsetzung des TTDSG, für mehr Rechtsklarheit zu sorgen, nur partiell erreicht werde (§ 25 Rz. 10).

Somit ist auch die Kommentierung des TTDSG geprägt von der notwendigen Einordnung der neuen Normen, dies gelingt insbesondere anhand von Übersichten, welche Normen den bisherigen entsprechen, beziehungsweise den Ausführungen, an welche sie anknüpfen.

Dazuhin ist die vom TTDSG geregelte Materie im Zusammenspiel von deutschem und europäischen Recht, von Gesetzen, Richtlinien und Verordnungen, altem und neuem Recht dominiert von der Rechtssystematik wie (eigenständiger) Anwendungsbereich beziehungsweise Verdrängung oder Erweiterung des Anwendungsbereichs, Anwendungsvorrang, Abgrenzung, (Rang-)Verhältnis, Verweisungen und Auslegung – um nur einige Schlagworte zu nennen. An dieser Stelle ist zuvorderst die klare Strukturierung und Gestaltung anerkennend hervorzuheben, die klare Gliederung, insbesondere durch Absätze und Fettdruck sind die einzelnen, entweder gezielt gesuchten oder für das zügige Querlesen, hervorgehobenen Stichworte sehr hilfreich.

Der Kommentierung folgen die Praxishinweise beziehungsweise Praxishinweise und Rechtsfolgen. Bei frisch verabschiedeten Gesetzen kann eigentlich nicht auf eine gängige, bestehende Praxis zurückgegriffen werden, hier greift aber auch die bereits erwähnte Besonderheit des TTDSG mit seiner Umsetzung, Anpassung und Neufassung bestehender Regelungen. Insofern werden hier zum einen bereits erfolgte Positionierungen von Aufsichtsbehörden, wie der Datenschutzkonferenz (DSK) und des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) aufgegriffen oder die grundsätzliche Praxisrelevanz für die einzelnen, am Telekommunikationsmarkt Beteiligten kategorisiert und aufgezeigt.

Den sich jeweils anschließenden Ausführungen zu den Sanktionen, beziehungsweise Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten oder Sanktionen / Kosten im Rahmen der einzelnen Normen kommt auch insofern besondere Bedeutung zu, als dass die zentrale Vorschrift zu den Sanktionen innerhalb des TTDSG (§ 28 Bußgeldvorschriften) als Blankettnorm ausgestaltet ist, welche zwar die Rechtsfolgen bestimmt, aber die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen außerhalb der Norm verortet (§ 28 Rz. 9). Bei den einzelnen Kommentierungen werden Bußgelder, Aufsichtsmaßnahmen und/oder Strafbarkeitsrisiken aufgezeigt, es wird aber auch – dies liegt wie bereits dargestellt in der Natur der Sache – bei Unsicherheiten außerhalb vermehrter „geklärter Praxisfälle" bezüglich gewisser Gegenstände empfohlen, eine Abstimmung mit der Bundesnetzagentur vorzunehmen, so zu § 8 TTDSG (§ 8 Rz. 43). Überdies werden in diesem Abschnitt, wo notwendig, die Zuständigkeitsbestimmungen aufgezeigt, insbesondere vor dem Hintergrund diverser Zuständigkeiten von Bundes- und Landesdatenschutzbehörden und Bundesnetzagentur, die im Rahmen des TTDSG von erheblicher Bedeutung sind.

Ein etwas tieferer Blick soll auf die Kommentierung der Vorschrift gerichtet werden, die im Rahmen dieser Gesetzesentstehung - in der juristischen und öffentlichen (Fach-)Welt – am meisten diskutiert wurde, § 25 TTDSG. Immerhin wurde das TTDSG in der Öffentlichkeit auch immer wieder lapidar als „Cookies-Gesetz" betitelt. Zunächst erfolgt hier die Einordnung dieser Norm, welche unter Aufhebung des bisherigen § 15 Abs. 3 S. 1 TMG einhergeht und welche die Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie in nationales Recht darstellt, obgleich sich die Formulierung „unmittelbar" und „eng" am Richtlinien-Wortlaut orientiert. Es folgen in der Kommentierung die Abschnitte zum Verhältnis der Vorschrift zur EU-DSGVO, zum Anwendungsbereich sowie zum einwilligungsbasierten Zugriff als dem gesetzlichen Regelfall (§ 25 Abs. 1 TTDSG). Die Ausführungen zur Anforderung an die Einwilligung des Endnutzers und an dessen Information, welche sich nach der EU-DSGVO richten, sind hinsichtlich Darstellung und Tiefe aus Sicht der Rezensentin besonders hervorzuheben. Jedenfalls besteht hierzu nicht das (eigentlich naheliegende) Bedürfnis, die diesbezügliche Kommentierung der EU-DSGVO hinzuzuziehen, was angesichts der vielzähligen Fragestellungen einen großen Vorteil bietet. Die Ausführungen zur gesetzlichen Zugriffsermächtigung (§ 25 Abs. 2 TTDSG) sind bereits insofern von Bedeutung, als dass im Rahmen dieser Regelung „zentrale praktische Fragestellungen aber offenbleiben" (§ 25 Rz. 10). Hervorgehoben werden kann hierzu nach Ansicht der Rezensentin zum einen die ausführliche Darstellung unter Heranziehung der Äußerungen der Art.-29-Datenschutzgruppe wie auch europäischer Aufsichtsbehörden, wie beispielsweise der spanischen; gerade die Abschnitte zur datenschutzrechtlichen Parallelwertung vervollständigen und bereichern die ebenso lobenswert verständliche Bearbeitung.

Mit Einführung des Gesetzes erstreckt sich die Geltung des Fernmeldegeheimnisses von klassischen Kommunikationsdiensten auch auf Over-the-Top-Kommunikationsdienste (E-Mail, Messenger, Voice-Over-IP-Telefonie und Videokonferenzsysteme). Ebenso wurde mit § 4 TTDSG eine Regelung zum digitalen Erbe getroffen und der Rechtsrahmen für Dienste zur Einwilligungsverwaltung (Personal Information Management Systems, PIMS) geschaffen (§ 26 TTDSG). Letztere ist als Norm ohne unmittelbare Rechtswirkung (§ 26 Rz. 28) auf eine zukünftige, noch zu erlassende Rechtsverordnung gerichtet. Die sich hieraus ergebenden Fragestellungen werden ausführlich behandelt und bewertet. Gerade vor dem Hintergrund der derzeit geführten offenen beziehungsweise teilweise sehr kritischen „datenpolitischen" Diskussion, sind die hier getroffenen systematischen Einordnungen ein hilfreicher Beitrag.

Es lässt sich nach Ansicht der Rezensentin zusammenfassen, dass die vorliegende Kommentierung ihrem im Vorwort formulierten Anspruch, vor dem Hintergrund dieses Gesetzes, welches bekannte Inhalte aufnimmt und zugleich eigene Standards setzt, die Berücksichtigung der bisherigen Auslegung nicht ausblendet und eine diesem Kontext Rechnung tragende eigene Auslegung findet, vollauf gerecht geworden ist.

Abschließend auch ein Lob an den Verlag, denn das Buch ist nach Empfinden der Rezensentin außerordentlich schön gedruckt unter Verwendung hochwertigen Papiers und mit schönem Druckbild. Daher lässt sich insgesamt nach Inhalt und Gestaltung resümieren: Ein wertvolles Werk.