

**Herausgeber:**

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

**Redaktion:**

Prof. Dr. Dennis Bock  
Hannah Milena Piel  
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.  
Dr. André-M. Szesny, LL.M.

**Schriftleitung:**

Prof. Dr. Dennis Bock

**Ständige Mitarbeiter:**

Dr. Henner Apfel  
LOStA Folker Bittmann  
Dr. Matthias Brockhaus  
Dr. Matthias Dann  
Mag. iur. Katrin Ehrbar  
Friedrich Frank  
Dr. Björn Gercke  
Dr. Hans-Joachim Gerst  
Dr. Tine Golombek  
Antje Klötzer-Assion  
Norman Lenger  
Dr. Patrick Teubner  
Dr. Christian Wagemann

**Aus dem Inhalt:**

*Aufsätze und Kurzbeiträge*

RA Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg

**Organtreu und gesetzeswidrige Zahlungen** 178

RA Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln

**Die 8. GWB-Novelle und das Kartellbußgeldverfahren -** 186

RAin Dr. Beatrix Elsner, Frankfurt am Main

**Kurzbeitrag zum Steuerrecht** 191

*Entscheidungskommentare*

RA Norman Lenger, Köln

**Beweis der Zahlungseinstellung –  
BGH, Versäumnisurteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 119/10** 193

*Internationales*

RA Mag. Josef Phillip Bischof, RAin Mag. Katrin Ehrbar, RAA Mag. Philipp Wolm

**Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht** 196

## Editorial

### WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., vierte Ausgabe 2013

Die vierte Ausgabe 2013 des Journals der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung schließt den zweiten vollständigen Jahrgang dieser jungen Online-Zeitschrift ab. Wie der Verein selbst schreibt sie damit eine kleine Erfolgsgeschichte: Die WiJ wird inzwischen vielfach zitiert und ist damit schon jetzt mehr als eine (bloße) Mitgliederzeitschrift.

Rechtspolitisch steht eine hochinteressante Legislaturperiode an, die von der WisteV sicher kritisch begleitet werden wird. Zwar steht eine Regierungsbildung im Moment noch aus, dennoch ist es keine allzu gewagte Prognose, dass eine Verbandsstrafbarkeit so nahe gerückt ist, wie nie zuvor. Eine große Koalition könnte auch so manche liebgewonnene Bastion der Strafprozessordnung schleifen. In den nächsten vier Jahren rechne ich mit einigen fundamentalen Eingriffen des Gesetzgebers.

Jenseits von Untreue und Absprachen werden auf der WisteV-wistra-Neujahrstagung 2014 drei spannende Themenblöcke diskutiert. Die Überschriften lauten „Wirtschaftsstrafrechtlich relevante Entwicklungen im strafprozessualen Beweisrecht“, „Die Sozialrechts-Akzessorietät des § 266a StGB“ und „Rechtlicher Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie des geistigen Eigentums“.

Die Beiträge dieser WiJ-Ausgabe greifen wiederum verstärkt die Kernpunkte des materiellen und des prozessualen Wirtschaftsstrafrechts auf. *Gerst* versucht, jüngere Entscheidungen des BGH (Stichworte: AUB/Schelsky, Kölner Parteipenden, Telekom-Spitzelaffäre) zu ordnen, was freilich schon deshalb nicht zufriedenstellend gelingen kann, weil die Organuntreue durch gesetzeswidrige Zahlungen dort nicht kohärent behandelt wird. Entsprechend deutlich wird die Kritik formuliert. Ebenfalls reserviert fällt die Entscheidungsbesprechung von *Lenger* an einem zivilrechtlichen Versäumnisurteil des BGH aus, in dem es um Schadensersatzansprüche gegen einen Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. (jetzt § 15a InsO) ging. Davon ausgehend werden die Gefahren einer unzureichenden Buchhaltung zivil- und strafrechtlich beleuchtet. In einem verfahrensrechtlichen Beitrag untersucht *Rübenstahl* die Auswirkungen der 8. GWB-Novelle auf die Durchsuchungsbefugnisse der Kartellbehörden. Die neuen Auskunftsrechte beschränken nämlich das strafprozessuale Zwangsmittel jedenfalls aus Verhältnismäßigkeitserwägungen: Durchsuchungen dürften häufiger nicht erforderlich sein, weil der Gesetzgeber ein milderes Mittel kreiert hat. Den Aufsatzteil schließt *Elsner* und stellt in einem Kurzbeitrag zum Steuerstrafrecht den neuen § 370 Abs. 6 S. 3 AO vor.

Der Länderbericht stammt dieses Mal aus Österreich. *Bischof/Ehrbar/Wolm* informieren gründlich über den neuen Straftatbestand der Verbotenen Intervention (§ 308 StGB); daneben weisen sie auf die neue Gesetzesbeschwerde und die Einführung der Diversion bei Amtsmisbrauch hin. Der Beitrag wird durch eine Rechtsprechungsübersicht abgerundet.

Rekordverdächtig präsentiert sich die Anzahl der Rezensionen (elf!). Mag sich auch nicht ausnahmslos der Bezug zum Wirtschaftsstrafrecht erschließen, so bleibt die Lektüre der WiJ in dieser Ausgabe auf jeden Fall ein Gewinn. Viel Spaß!

Dr. Michael Tsambikakis, Köln

## Impressum

**Herausgeber:** Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Rundeturmstraße 12, 64283 Darmstadt.

Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.  
Kontakt: info@wi-j.de

**Redaktion:** Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Dr. André-M. Szesny, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de

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

**Webmaster/ Layout:** Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

**Ständige Mitarbeiter:** Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Dr. Friedel Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Gölombek, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.

**Manuskripte:** Das WisteV-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden (redaktion@wi-j.de). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wi-j.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

**Erscheinungsweise:** Vierteljährlich, elektronisch.  
**Bezugspreis:** Kostenlos.

**Newsletter:** Anmeldung zum Newsletterbezug unter newsletter@wi-j.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

**ISSN: 2193-9950**

**www.wi-j.de**

## Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	178
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg Organuntreue und gesetzeswidrige Zahlungen	178
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln Die 8. GWB-Novelle und das Kartellbußgeldverfahren -	186
Rechtsanwältin Dr. Beatrix Elsner, Frankfurt am Main Kurzbeitrag zum Steuerstrafrecht -	191
Entscheidungskommentare	193
Rechtsanwalt Norman Lenger, Köln BGH, Versäumnisurteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 119/10	193
Internationales	196
RA Mag. Josef Phillip Bischof, RAin Mag. Katrin Ehrbar, RAA Mag. Philipp Wolm Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	196
Rezensionen	206
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Max Alsberg, Der Beweis Antrag im Strafprozess	206
Ref. jur. Oliver Schmitt, Bamberg, Manuel Köchel, Frankfurt am Main Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil/Besonderer Teil	207
Rechtsanwalt Dr. Max Klinger, Schorndorf Compliance und Strafrecht	210
Rechtsanwalt Dr. Stefan Hiebl, Bonn Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessorklausur	212
Rechtsanwalt Norman Lenger, Köln Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch...	215
Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz Verteidigervergütung	217
Rechtsanwalt Johannes Omari, Tübingen/Duisburg Handbuch Gesellschaftliche Streitigkeiten	218
Rechtsanwalt Andreas Arno Glauch, Bautzen Tobias Mahlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei	219
Ass. jur. Björn Fleck, Hannover Internal Investigations - Tendenzen privater Ermittlungen	221
Rechtsanwalt Sebastian Baur, Flensburg-Handewitt AnwaltFormulare Strafrecht, Erläuterungen und Muster	222
Rechtsanwalt Detlev Stoffels, Paderborn Pirmurat, Said: Legitimation der Errichtung des Obersten irakischen Strafgerichtshofes (ursprünglich irakisches Sondertribunal)	224

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Allgemeines Wirtschaftsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg

# Organuntreue und gesetzeswidrige Zahlungen

## I. Einleitung

Spätestens seit *Rönnau* vor der Mutation der Untreue (§ 266 StGB) zur „Superverbotnorm“ gewart hat<sup>1</sup>, ist ein Problem deutlich in den Fokus von Rechtswissenschaft und (Wirtschafts-)Strafverteidigung gerückt: Der Untreuetatbestand erfasst seinem weiten und unbestimmten Wortlaut<sup>2</sup> nach jede (irgendwie) pflichtwidrige Schädigung des Treugebervermögens durch einen vermögensbetreuungspflichtigen Täter. Damit kann § 266 StGB potentiell jede gesetzeswidrige – und insoweit pflichtwidrige – Zahlung durch den Geschäftsleiter einer juristischen Person<sup>3</sup> erfassen, etwa Bestechungen (§ 299 StGB) oder verbotene Zahlungen an Betriebsräte (§ 119 BetrVG), obschon diese freilich (bereits auch) durch spezielle Vorschriften strafrechtlich sanktioniert werden. Dabei droht der Charakter der Vorschrift als Vermögensdelikt völlig zu verblassen.<sup>4</sup> Das lässt sich etwa beispielhaft anhand des Falles zeigen, in dem der Treuehmer durch eine Bestechungszahlung Aufträge akquiriert und so nicht nur für den Treugeber ein Vielfaches der gezahlten Summe als Gewinn erwirtschaftet, sondern darüber hinaus auch seine Marktposition festigt.<sup>5</sup> Angesichts der Tatsache, dass es nach wie vor Märkte gibt, auf denen korruptionsnahes Verhalten an der Tagesordnung und standortsichernder Faktor ist, sprechen wir also – insbesondere für international tätige Konzerne – über kein wirklichkeitsfremdes Szenario.<sup>6</sup> Wenn in einem solchen Fall (andere Delikte ausblendend) auch ein gegen das Treugebervermögen gerichtetes Vermögensdelikt angenommen werden soll, ist das zumindest in hohem Maße begründungsbedürftig.

Die vorstehend grob umrissene Problematik hat in der jüngsten Vergangenheit durch einige Judikate des BGH eine auffrischende Dynamik erhalten.<sup>7</sup> Die Entscheidungen betrafen dabei vor allem die Frage, ob § 266 StGB nur bejaht werden kann, wenn der an sich vermögensbetreuungspflichtige Täter gegen eine speziell das Treugebervermögen schützende Pflicht verstößt.<sup>8</sup> Diese Rechtsprechung wird im Folgenden in ihren wesentlichen Zügen dargestellt und kritisch gewürdigt (II.), wobei sie sich als uneinheitlich und für die (Verteidiger-)Praxis nur schwer prognostizierbar erweisen wird. Daran anschließend runden einige Bemerkungen zum Eintritt eines Vermögensnachteils in den einschlägigen Konstellationen den Beitrag ab (III.). Der Blick muss weitgehend auf eine Auswertung der für die Verteidigung maßgeblichen höchstrichterlichen Rechtsprechung beschränkt bleiben. Eine vollstän-

<sup>1</sup> *Rönnau*, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 713, 719 (dort im Zusammenhang mit der hier nicht näher vertieften Problematik der Wirksamkeit eines Einverständnisses des Treugebers).

<sup>2</sup> Zur Kritik unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 2 GG etwa *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar, StGB, 2006, § 266 Rn. 3 ff.; zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit nunmehr (für die Praxis insoweit gewiss abschließend) BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 m. Bspr. u.a. von *Saliger*, NJW 2010, 3195 ff.; *Becker*, HRRS 2010, 383 ff.; *Kuhlen*, JR 2011, 246 ff.; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121 ff.

<sup>3</sup> Die hier behandelte Problematik betrifft selbstverständlich andere taugliche Untreuetäter gleichermaßen, wird aber wegen der erhöhten praktischen Relevanz hier auf die Organuntreue beschränkt.

<sup>4</sup> Frühzeitig auf dieses Problem hinweisend (und in den Ergebnissen weitgehend wie hier) *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 663 ff.; zum ebenfalls bereits im Grundsatz seit längerem bekannten Kriterium eines *funktionalen* oder *inneren Zusammenhangs* zwischen der konkret verletzten Pflicht und der Vermögensbetreuungspflicht *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, 113, 114 m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Dierlamm*, in: FS für Widmaier, 2008, S. 607, 609: Untreue wird zum Auffangdelikt im Korruptionsstrafrecht umfunktioniert.

<sup>6</sup> Siehe auch *Rönnau*, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 713, der die Abwicklung von Schmiergeldzahlungen über „Schwarze Kassen“ als in der Privatwirtschaft „durchaus üblich“ bezeichnet; zu anderen Beispielen auch *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 663 f. Ob und inwieweit sich dabei nach den Skandalen der jüngeren Vergangenheit – und den z.T. beträchtlichen Bußgeldzahlungen – tatsächlich etwas geändert hat, ist keineswegs sicher.

<sup>7</sup> Angesprochen sind hier BGH NJW 2013, 401 („Telekom-Spitzelaffäre“); BGHSt 56, 203 = BGH NJW 2011, 1747 m. Anm. *Brand* („Kölner Parteispendenaffäre“) sowie BGHSt 55, 288 = BGH NJW 2011, 88 m. Anm. *Bittmann* = JR 2011, 394 m. Anm. *Brand* („AUB/Schelsky“).

<sup>8</sup> Zu diesem Kriterium des Fremdvermögensbezuges zuvor etwa bereits *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, § 266 Rn. 32 m.w.N.

dige Berücksichtigung der inzwischen äußerst umfangreichen Literatur zum Thema ist hier weder zu leisten noch beabsichtigt.<sup>9</sup>

## II. Das Merkmal des Vermögensbezuges in der jüngsten Rechtsprechung

Die aktuelle Entwicklung ist vor allem durch drei Entscheidungen geprägt worden.<sup>10</sup> Zunächst hat der erste Senat das Thema in der dem Siemens-Komplex zugehörigen „AUB/Schelsky-Entscheidung“ erörtert. In der Folgezeit judizierte derselbe Senat in Sachen „Kölner Parteispendenaffäre“. Den vorläufigen Schlusspunkt bildete zuletzt das Urteil des 2. BGH-Strafsenates zum Fall „DT-AG/Telekom-Spitzelaffäre“. An die Darstellung der relevanten Aspekte dieser Entscheidungen schließt die Schilderung der knappen Bemerkungen des Zweiten Senats am BVerfG zum Thema „Vermögensbezug“ an, der dieses Sujet in seinem großen „Juni-Beschluss“ zur Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB<sup>11</sup> jedoch eher am Rande behandelt hat. Die kritische Betrachtung dieser Rechtsprechung wird zwar einige lobenswerte Ansätze herausarbeiten, insgesamt aber ein uneinheitliches - und letztlich dem Deliktcharakter des § 266 StGB nicht gerecht werdendes - Bild zeichnen. Da die vorliegende Betrachtung sich auf Fälle der Organuntreue beschränkt, wird das grundsätzliche Vorhandensein einer Vermögensbetreuungspflicht der in Betracht kommenden Täter (GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände) nicht weiter thematisiert.

### 1. Die Entscheidung in Sachen „AUB/Schelsky“

Der Angeklagte hatte in diesem Verfahren von einzelnen Mitgliedern der Siemens-Konzernleitung Zahlungen erhalten, um damit eine den Interessen der Konzernleitung gewogene Gewerkschaft (die „Aktionsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger – AUB – die Unabhängigen e.V.“) zu fördern und so sukzessive die Kräfteverhältnisse im Konzernbetriebsrat zu Lasten der IG Metall zu verschieben. Die Zahlungen, die durch Scheinrechnungen verschleiert wurden, verstießen gegen die Strafnorm des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das LG hatte noch angenommen, dass die (mitangeklagten) Mitglieder der Konzernleitung sich infolgedessen durch diese Zahlungen auch wegen Untreue – und der Angeklagte wegen Beihilfe hierzu – strafbar gemacht hätten. Dem trat der 1. Strafsenat in seinem Beschluss in bemerkens- und (insoweit im Vorgriff auf die kritische Würdigung) begrüßenswerter Klarheit entgegen.<sup>12</sup> Der Senat erkannte zwar, dass das Aktienrecht dem Vorstand hinsichtlich der Beachtung von Recht und Gesetz keinerlei Entscheidungsspielräume für „profitable Pflichtverletzungen“ lässt (sog. Legalitätspflicht), weshalb Gesetzesverstöße immer auch eine aktienrechtliche Pflichtverletzung begründen.<sup>13</sup> Aber es könne „[i]m Hinblick auf die tatbestandliche Weite des § 266 Abs. 1 StGB [...] nicht in jedem (strafbewehrten) Verstoß gegen die Rechtsordnung auch eine i.S. von § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich relevante Pflichtverletzung erblickt werden“.<sup>14</sup> Eine Gesetzesverletzung sei daher „in der Regel nur dann pflichtwidrig i.S. von § 266 StGB, wenn die verletzte Rechtsnorm ihrerseits – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat, mag die Handlung auch nach anderen Normen pflichtwidrig sein und unter Umständen sogar Schadensersatzansprüche gegenüber dem Treuepflichtigen auslösen“.<sup>15</sup> Die aktienrechtliche Pflichtwidrigkeit soll nach Ansicht des Senats an diesem untreuespezifischen Prüfungsmaßstab nichts ändern. Maßgeblich sei der Charakter der „primär verletzten Rechtsnorm“.<sup>16</sup> Im Ergebnis nahm der BGH dann allerdings eine untreuerrechtliche Pflichtwidrigkeit – in einer merklich diffuseren Passage der Entscheidungsgründe – an, indem er auf die fehlende inhaltliche Kontrolle der Geschäftsbeziehungen zwischen der Siemens AG und der AUB abstellte. Dies sei „mit den – insoweit fraglos vermögensschützenden – Pflichten, die [den Mitangeklagten] trafen, nicht zu vereinbaren“.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Vgl. insoweit mit ausführlichen Nachw. *Brand/Sperling*, AG 2011, 233 ff.

<sup>10</sup> Nachw. in BGH NJW 2013, 401 („Telekom-Spitzelaffäre“); BGHSt 56, 203 = BGH NJW 2011, 1747 m. Anm. *Brand* („Kölner Parteispendenaffäre“) sowie BGHSt 55, 288 = BGH NJW 2011, 88 m. Anm. *Bittmann* = JR 2011, 394 m. Anm. *Brand* („AUB/Schelsky“).

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 ff.

<sup>12</sup> BGH NJW 2011, 88, 91 f.

<sup>13</sup> BGH NJW 2011, 88, 92.

<sup>14</sup> BGH NJW 2011, 88, 91.

<sup>15</sup> BGH NJW 2011, 88, 91.

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 88, 92.

<sup>17</sup> BGH NJW 2011, 88, 92.

## 2. Die Entscheidung zum sog. „Kölner Parteispendenskandal“

Gut ein halbes Jahr später äußerte sich derselbe Strafsenat erneut zur Frage des notwendigen Vermögensbezuges der konkret verletzten Pflicht.<sup>18</sup> Diesmal stand ein Verstoß gegen eine Norm des PartG in Rede, in der Vorgaben hinsichtlich der Abfassung von Rechenschaftsberichten formuliert waren, die der dortige Angeklagte nicht beachtet hatte. Der Senat griff zunächst seine zuvor ergangene Entscheidung auf. Da der einschlägige § 25 PartG a.F. „vornehmlich der Sicherstellung und Transparenz der staatlichen Parteienfinanzierung“ diene und nicht „das jeweilige Parteivermögen vor Regressansprüchen des Bundes schützen [soll]“, könne „ein Verstoß [gegen diese Vorschriften des Parteiengesetzes] für sich allein keine pflichtwidrige Handlung i.S. von § 266 Abs. 1 StGB darstellen“.<sup>19</sup> Im Anschluss schlägt der BGH jedoch eine – folgenschwere – Volte.<sup>20</sup> Denn, so der Senat, die Beachtung der entsprechenden (nicht vermögensschützenden!) Normen sei „Gegenstand einer selbstständigen, von der Partei statuierten Verpflichtung“; hierdurch werde „die Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes für die mit den Parteienfinanzen befassten Funktionsträger der Partei zu einer fremdnützigen, das Parteivermögen schützenden Hauptpflicht i.S. von § 266 Abs. 1 StGB“.<sup>21</sup> So kann der Senat resümieren: „Nicht der Verstoß gegen die nicht vermögensschützenden Vorschriften des Parteiengesetzes, sondern die Verletzung der dem Angekl. B auf Grund seiner Funktion durch Rechtsgeschäft auferlegten Treuepflichten begründete damit die Pflichtwidrigkeit seines Tuns i.S. von § 266 Abs. 1 StGB“.<sup>22</sup>

## 3. Das Urteil in Sachen „DT-AG“

Im – soweit ersichtlich – jüngsten Judikat, das sich näher mit der Frage des Vermögensbezuges bei gesetzeswidrigen Zahlungen befasst, ging es um die strafrechtliche Aufarbeitung der sog. „Telekom-Spitzelaffäre“. Der vermögensbetreuungspflichtige Angeklagte zahlte einer Firma einen sechsstelligen Betrag, nachdem diese u.a. zuvor strafgesetzwidrig beschaffte Daten ausgewertet hatte, worin ein strafbewehrter Verstoß gegen die §§ 44 Abs. 1 i.V.m. 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG – seitens der auswertenden Firma – lag.<sup>23</sup> Jedenfalls soweit die erbrachten Zahlungen solche verbotenen und strafbewehrten Leistungen betrafen, seien die entsprechenden Verträge nichtig gewesen und der Angeklagte habe sich durch die Zahlungen wegen Untreue strafbar gemacht.<sup>24</sup> Zum Merkmal des Vermögensbezuges führt der zweite Strafsenat des BGH aus, es komme nicht auf die Auftragserteilung und den darin liegenden Verstoß gegen den nicht vermögensschützenden § 206 StGB an, sondern vielmehr darauf, dass der Angeklagte angesichts der Nichtigkeit des Vertrages eine rechtsgrundlose Zahlung aus dem Treugebervermögen geleistet habe.<sup>25</sup> Der zweite Strafsenat wähnt sich dabei im Einklang mit der bereits geschilderten Rechtsprechung des ersten Strafsenats, da auch dieser die Möglichkeit einer Untreue nicht gänzlich ausgeschlossen habe, obwohl (auch) ein Verstoß gegen eine nicht vermögensschützende Norm vorliegt. Entscheidend sei, ob „sich – ohne Rückgriff auf den Verstoß gegen die nicht vermögensschützende Norm – die Verletzung von Pflichten feststellen lässt, die das Vermögen des Treugebers schützen sollen“.<sup>26</sup>

## 4. Die Äußerungen des BVerfG

Auch die große Entscheidung des BVerfG zur Untreue aus dem Juni 2010 enthält einige – wenn auch eher beiläufige – knappe Ausführungen zum Merkmal des Vermögensbezuges.<sup>27</sup> Das Verfassungsgericht billigte den Umgang des BGH mit dem Merkmal der Pflichtverletzung in der – letztlich aufgrund der Behandlung des Nachteilsmerkmals aufgehobenen – Entscheidung zum sog. „Berliner Bankenskandal“. Dabei kommt kurz die Relevanz der im Rahmen der Pflichtwidrigkeitsprüfung bei der Kredituntreue zumindest als Indiz regelmäßig herangezogenen Vorschrift des § 18 KWG zur Sprache, zu der es heißt: „Auch der spezifische Vermögensbezug der § 18 KWG zu entnehmenden Pflichten liegt auf der Hand. Die Norm dient jedenfalls faktisch dem Schutz des Vermögens der Bank, unabhängig von der Frage, in

<sup>18</sup> BGH NJW 2011, 1747 ff. m. Anm. Brand.

<sup>19</sup> BGH NJW 2011, 1747, 1749.

<sup>20</sup> Vgl. auch Rönna, StV 2011, 753, 755, der den Aussagen des Senats „Sprengkraft“ attestiert.

<sup>21</sup> BGH NJW 2011, 1747, 1749.

<sup>22</sup> BGH NJW 2011, 1747, 1749.

<sup>23</sup> Die vorherige Beschaffung der Daten durch den Angeklagten verstieß gegen § 206 Abs. 1 StGB sowie gegen § 88 Abs. 3 TKG.

<sup>24</sup> BGH NJW 2013, 401, 402 f.

<sup>25</sup> BGH NJW 2013, 401, 403.

<sup>26</sup> BGH NJW 2013, 401, 403.

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3217 f.

wessen Interesse dies letztendlich liegt“.<sup>28</sup> Nähere Ausführungen zu diesem Aspekt hielt der Zweite Senat – womöglich wegen der angenommenen Selbstverständlichkeit des Ergebnisses – offenbar nicht für erforderlich.

## 5. Kritische Würdigung

Die Rechtsprechung ist insgesamt wenig konturenscharf. Das hängt zum einen damit zusammen, dass der Begriff des Vermögensbezuges dann kaum Restriktionspotential bietet, wenn man bereits einen mittelbaren oder – wie das BVerfG – sogar einen bloß faktisch vermögensschützenden Charakter ausreichen lässt.<sup>29</sup> Es bleibt offen, was hiermit gemeint ist.<sup>30</sup> Als mittelbar vermögensbezogen ließe sich jede Norm deuten, die den Umgang mit Vermögen betrifft.<sup>31</sup> Damit wäre dem Merkmal aber jede einschränkende Wirkung genommen. Zudem hat die Rechtsprechung die im Ansatz begrüßenswerte Präzisierung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals dadurch wieder entwertet, dass sie sowohl im Fall „AUB/Schelsky“ als auch in Sachen „DT-AG“ letztlich eine Untreuehandlung – unter unklaren Voraussetzungen – bejaht hat, nachdem zuvor zunächst ein Verstoß gegen eine nicht vermögensschützende Norm festgestellt wurde. Wenn die fehlende Greifbarkeit von Kriterien damit herausgearbeitet ist, unter denen gesetzliche Regelungen den Pflichtenmaßstab zu beeinflussen im Stande sein sollen, lohnt eine strenger am Rechtsgut der Untreue orientierte Betrachtung.

### a) Wirtschaftliche Interpretation des Pflichtwidrigkeitsmerkmals

Die Norm des § 266 StGB ist als reines Vermögensdelikt zu entfalten.<sup>32</sup> Das ist spätestens seit der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2010 in Stein gemeißelt. Auch wenn der Zweite Senat diesen Aspekt dort in erster Linie auf der Nachteilezebene fruchtbar gemacht hat, muss dieser für das Pflichtwidrigkeitsmerkmal gleichermaßen Geltung beanspruchen.<sup>33</sup> Dies hat der erste BGH-Strafsenat im „AUB/Schelsky-Beschluss“ wenigstens im Ausgangspunkt überzeugend umgesetzt. Es kann für die Frage, ob eine Zahlung pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB ist, nicht darauf ankommen, ob sie gegen ein Gesetz verstößt, dass dem Schutz öffentlicher Interessen oder sonstiger Dritter dient.<sup>34</sup> Auch der „Umweg“ über die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen (§§ 43 GmbHG, 93 AktG) ist – wie der Senat ebenfalls zutreffend dargelegt hat – versperrt, mögen diese an sich auch vermögensschützend sein.<sup>35</sup> Angesichts der umfassenden gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht wäre die Untreue anderenfalls doch wieder die „Superverbotnorm“, die sie nach der Konzeption ihres Rechtsgutes nicht sein darf.

Der richtige Zugriff ergibt sich, wenn man § 266 StGB – bzw. die dieser Vorschrift zu Grunde liegende Verhaltensnorm – als Verbot der Schädigung des anvertrauten Vermögens begreift.<sup>36</sup> Das Vermögen ist hier im reinkulturellen wirtschaftlichen Sinne gemeint. Bei dieser Betrachtung verliert die Frage nach einer konkret verletzten Pflicht ihre Bedeutung. Auf deren wie auch immer zu ermittelnden „Vermögensbezug“ kommt es nicht an.<sup>37</sup> Auch ist nicht ersichtlich, weshalb z.B. ein Verstoß gegen § 18 KWG, eine herrschend als vermögensbezo-

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3218.

<sup>29</sup> Zu Recht krit. hinsichtlich der Bestimmtheit des Merkmals daher *Brand/Sperling*, AG 2011, 233, 239 f.; enger als die h.M. *Corsten*, wistra 2010, 206, 207, der einen „unmittelbaren“ und „primären“ Vermögensbezug fordert, dagegen aber *Rönnau*, StV 2011, 753, 754.

<sup>30</sup> Darauf, dass die Schutzrichtung einer Vorschrift häufig umstritten sein wird, weist auch hin *Rönnau*, StV 2011, 753, 754 a.E.

<sup>31</sup> Darauf läuft m.E. in der Sache die Auffassung von *Brand*, JR 2011, 400 ff. sowie *Brand/Sperling*, AG 2011, 233 ff. hinaus, wonach Verstöße gegen alle Vorschriften untreuerelevant sein sollen, die (in tatsächlicher Hinsicht) den Einsatz bzw. die Weggabe von Treugebervermögen voraussetzen, siehe dazu unten (Fn. 37).

<sup>32</sup> Zum im Ausgangspunkt unstrittigen Deliktscharakter siehe etwa *Saliger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB, 2009, § 266 Rn. 32 m.w.N., § 266 Rn. 1; *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 266 Rn. 2.

<sup>33</sup> Zu entsprechenden Erwägungen zuvor bereits (dies letztlich ablehnend) *Rönnau*, in: *FS für Tiedemann*, 2008, S. 725 ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Überzeugend insoweit bereits *Schünemann*, NStZ 2006, 196, 198 f.: Schmiergeldzahlungen können, müssen aber nicht untreuerelevant sein.

<sup>35</sup> Insoweit dem BGH zust. auch *Rönnau*, StV 2011, 753, 754.

<sup>36</sup> So *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar*, StGB, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 94; z.T. ähnlich auch *Taschke*, in: *FS für Lüderssen*, 2002, S. 669.

<sup>37</sup> Insoweit anders *Rönnau*, in: *FS für Tiedemann*, 2008, S. 722; *ders.*, StV 2011, 753, 754 f.; *Saliger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB, 2009, § 266 Rn. 32 m.w.N.; *Dierlamm*, in: *FS für Widmaier*, 2008, S. 612; wohl auch *Kempf*, in: *FS für Hamm*, 2008, S. 255, 259 m. Fn. 25; krit. gegenüber dem Merkmal des Vermögensbezuges *Brand/Sperling*, AG 2011, 233 ff. sowie *Brand*, JR 2011, 400 ff., wobei dort im Ergebnis jeder gesetzeswidrige Umgang mit Treugebervermögen als pflichtwidrig angesehen wird. Das überzeugt aber nicht und geht deutlich zu weit. Eine gesetzeswidrige Zahlung ist nicht allein deshalb untreuerechtlich pflichtwidrig, weil sie faktisch aus Mitteln des Treugebers getätigt wird. Ist die Zahlung für den Treugeber wirtschaftlich sinnvoll (oder zumindest vertretbar), ist kein Grund dafür zu erkennen, sie als Verstoß gegen eine den wirtschaftlichen Interessen des Treugebers dienende Pflicht zu qualifizieren.

gen aufgefasste Norm,<sup>38</sup> immer pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB sein soll, selbst wenn das getätigte Kreditgeschäft wirtschaftlich sinnvoll war.<sup>39</sup> Sehr vereinfacht ließe sich sagen, dass wirtschaftlich sinnvolles (oder besser: vertretbares) Handeln im Ausgangspunkt (zu einer Einschränkung sogleich unter b) niemals pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB ist. Denn wer eine Pflicht zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen (Vermögens-)Interessen eines anderen übernommen hat, verhält sich pflichtenkonform, wenn er mit dem Vermögen wirtschaftlich sinnvoll umgeht,<sup>40</sup> mag die Frage, was im Einzelfall „wirtschaftlich sinnvoll“ ist, häufig auch schwer zu beantworten und über die Zeit verschiedenen Schlussfolgerungen zugänglich sein. Dabei kommt es jedenfalls stets auf die ex ante-Perspektive an, da hier das Handlungsunrecht des Tatbestandes betroffen ist.<sup>41</sup> Für die Frage der Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB ist es somit irrelevant, ob eine Zahlung gegen § 299 StGB, § 119 BetrVG oder eine andere gesetzliche Vorschrift verstößt. Da es um eine Pflichtwidrigkeit speziell im Hinblick auf das im wirtschaftlichen Sinne zu verstehende Vermögen des Treugebers als Rechtsgut der Untreue geht, gibt allein die Wirtschaftlichkeit des Täterverhaltens den Ausschlag. Diese Betrachtung vergrößert die Unsicherheiten gegenüber der bisherigen Ansicht im Übrigen schon deshalb nicht, weil alles andere als eindeutig ist, was mit dem Schlagwort „Vermögensbezug“ gemeint ist, zumal wenn dieser auch als mittelbarer oder gar faktischer Vermögensbezug ausreichen soll.

Aus diesem Ansatz folgt auch keine Pflicht des Trenehmers, wirtschaftlich sinnvolle illegale Geschäfte vorzunehmen.<sup>42</sup> Eine gegen geltendes Recht verstoßende Zahlung bleibt verboten. Sie ist nicht allein deshalb erlaubt, und somit erst recht nicht geboten, weil sie aus dem Vermögensdelikt des § 266 StGB nicht bestraft wird.<sup>43</sup> Dogmatisch präzise lässt sich das hier Gemeinte als Zurechnungsausschluss erfassen. Die Pflichtverletzung wird nicht dem objektiven Tatbestand der Untreue zugerechnet, weil es am notwendigen (Schutzzweck-) Zusammenhang zwischen der verletzten Pflicht und dem Rechtsgut des Tatbestandes fehlt.<sup>44</sup>

Insgesamt hat der erste Strafsenat im Fall „AUB/Schelsky“ also den richtigen Ausgangspunkt gewählt. Ob die Entscheidung im Ergebnis (hinsichtlich der Frage der Pflichtwidrigkeit) auch überzeugend war, hängt davon ab, ob die fehlende Kontrolle über die eingesetzten Mittel zur Folge hatte, dass das Geschäft insgesamt wirtschaftlich unvertretbar war. Ob das angesichts der langen - und offensichtlich funktionierenden - Zusammenarbeit der Haupttäter mit dem Angeklagten der Fall war, kann durchaus bezweifelt werden. Nicht zugestimmt werden kann der Entscheidung des zweiten Strafsenats zum Fall „DT-AG“. Hier sind wirtschaftliche Erwägungen allein unter Hinweis darauf unterblieben, dass die Zahlung auf eine rechtsgrundlose - und damit nicht bestehende - Schuld erfolgte. Damit ist jedoch kein zwingender Befund verknüpft, dass die Zuwendung wirtschaftlich unsinnig war. Sofern sich die Leistungen, die von der beauftragten Firma erbracht wurden, als aus wirtschaftlicher Sicht für die DT-AG sinnvoll erweisen ließen, kann es nicht allein wegen der Rechtsgrundlosigkeit pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB sein, sie zu bezahlen. Hierzu wären daher jedenfalls nähere Erörterungen notwendig gewesen.<sup>45</sup>

Weniger einfach zu beantworten ist für die hier vorgeschlagene Sichtweise die Frage nach der Beurteilung der Entscheidung zum „Kölner Parteispenskandal“. Das alleinige Abstellen auf die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Zahlung wäre verkürzt. Der dort vom ersten

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3218 m.w.N.; *Rönnau*, StV 2011, 753, 754.

<sup>39</sup> Jedenfalls insoweit in der Sache zutreffend daher BGHSt 46, 30 = NJW 2000, 2364 sowie (davon allerdings z.T. wieder abweichend) BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211, wo dem Verstoß gegen § 18 KWG lediglich indizieller Charakter zugesprochen wurde; zum Ganzen vertiefend und z.T. krit. *Knauer*, NStZ 2002, 399 ff.

<sup>40</sup> Ähnlich *Kubicziel*, NStZ 2005, 353, 359 f.; *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 669 f.; teilw. auch *Schünemann*, NStZ 2006, 296, 298 f.; für Kick Back-Zahlungen ebenfalls noch BGH wistra 1984, 226; teilw. auch OLG Frankfurt NStZ-RR 2004, 244, 245; krit. aber *Rönnau*, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 725 ff. m.w.N. zur Diskussion.

<sup>41</sup> Insoweit wie hier *Corsten* wistra 2010, 206, 208 f.

<sup>42</sup> Das ist der Haupteinwand gegen eine wirtschaftliche Betrachtung auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit bei *Rönnau*, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 726 f.

<sup>43</sup> Dazu *Ransiek*, StV 2009, 321: „Daß etwas verboten ist, heißt [also] nicht automatisch, daß es auch im Verhältnis des Agenten zum Prinzipal unzulässig ist“; wie hier auch *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 669.

<sup>44</sup> Ebenso *Ransiek*, StV 2009, 321; zum Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs bei der Untreue näher *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, § 266 Rn. 82 f. m.w.N., der aber insoweit das Merkmal des Fremdvermögensbezuges für ausreichend und systematisch adäquater hält; weitgehend wie hier dagegen *Corsten*, wistra 2010, 206, 207 f. m.w.N.

<sup>45</sup> Erwähnt sei an dieser Stelle, dass die hier vorgeschlagene Betrachtung rückblickend auch eine Neubewertung der Untreuestrafbarkeit in der sog. „VW-Affäre“ erforderlich machen könnte, da es jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, dass die Zahlungen zu Gunsten des Gesamtbetriebsratsvorsitzenden (um dessen „Wohlwollen“ zu erhalten) letztlich dem wirtschaftlichen Interesse des Konzerns dienlich waren, dazu BGHSt 54, 148 = BGH NJW 2010, 92 m. Bspr. *Corsten*, wistra 2010, 206 ff., der im Ergebnis jedoch eine Pflichtwidrigkeit bejaht. Ich werte das - mit Interna des Sachverhalts vertraut - anders.

Senat aufgegriffene Gesichtspunkt der Relevanz vertraglicher Regelungen kann nicht völlig außen vor gelassen werden.

## b) Zur Bedeutung von vertraglichen Vorgaben

Es ist im Grundsatz unstrittig, dass der Inhalt der Treuabrede bei der Ermittlung des Pflichtenmaßstabs eine zentrale Funktion hat.<sup>46</sup> Dass dies auch für die hier befürwortete, den wirtschaftlichen Charakter der vermögensbezogenen Treuepflicht in den Vordergrund rückende Ansicht gelten muss, folgt bereits daraus, dass sich ein Wirtschaftlichkeitsmaßstab häufig nicht ohne den Inhalt der Treuabrede wird feststellen lassen. Das gilt z.B. für die sog. Risikogeschäfte,<sup>47</sup> bei denen der Treugeber u.U. Vorgaben machen kann (möglichst geringes Risiko oder aber möglichst hohe Renditeerwartungen), die dann vom Treunehmer zwingend zu beachten sind, da es ein „wirtschaftliches“ Maß per se beim Eingehen von Risiken nicht gibt. Wem also z.B. Vermögen eines Dritten zur Sicherung von dessen Altersvorsorge anvertraut wird, der begeht eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB, wenn er das Geld in hochspekulative Anlagen investiert, mögen die Investitionen auch an sich – angesichts der erworbenen Gewinnchancen – wirtschaftlich vertretbar sein. Es ist letztlich selbstverständlich, dass Vorgaben des Treugebers<sup>48</sup> hinsichtlich des Umgangs mit seinem Vermögen den Pflichtenmaßstab des Treunehmers beeinflussen.<sup>49</sup> Fraglich ist jedoch, welche Konsequenzen daraus für die hier behandelten Fälle der Organuntreue zu ziehen sind.

Zu weitgehend dürfte es sein, wenn jede vertragliche Pflicht zur Beachtung gesetzlicher Vorschriften diese zum Inhalt des untreuerechtlichen Pflichtenmaßstabs erhebt.<sup>50</sup> Denn Geschäftsleiter juristischer Personen sind regelmäßig – gegenüber der Gesellschaft (= dem Treugeber) – kraft ihres Anstellungsvertrages zur Beachtung von Recht und Gesetz verpflichtet, da die Organpflichten, zu denen die Legalitätspflicht zählt, durch den Anstellungsvertrag zugleich zu vertraglichen Pflichten werden.<sup>51</sup> Damit wäre die Pflicht zur Beachtung von Recht und Gesetz über den Umweg des Anstellungsvertrages doch wieder genuin untreuetatbestandlich installiert. Dieser Taschenspielertrick kann aber kein belastbares Ergebnis bedeuten. Im Übrigen wären die Erörterungen des ersten Senats zu § 119 BetrVG bei diesem Verständnis überflüssig gewesen, da auch die Beachtung dieser Vorschrift insoweit vertraglich geschuldet gewesen wäre.

Man wird daher unterscheiden müssen zwischen allgemeinen, ggf. als deklaratorisch zu verstehenden vertraglichen Regelungen<sup>52</sup> und spezifischen Vereinbarungen, durch die konkrete Vorgaben hinsichtlich des gestatteten Vermögensumgangs getroffen werden. Nur letztere können eine verbindliche Wirkung für den Pflichtenmaßstab des Geschäftsleiters entfalten. Welche Art von Regelung vorliegt, ist eine im Einzelfall im Wege der Auslegung zu beantwortende Frage. Bei der Siemens AG mag man z.B. angesichts der „Vorgeschichte“ erwägen, dass die aktuell geltenden Compliance-Vorschriften hinsichtlich des Verbots von Bestechungsgeldern nicht nur allgemeinen Charakter haben, sondern dass sie die handelnden Vorstände spezifisch i.S.d. § 266 StGB verpflichten sollen. Das muss aber keineswegs für alle Compliance-Richtlinien in allen Unternehmen gelten.<sup>53</sup> Für eine auf den untreuerechtlichen Pflichtenmaßstab zurückwirkende vertragliche Regelung spricht es, wenn die zuständigen Gremien sich explizit und intensiver mit bestimmten Formen des insoweit „unerwünschten“ Vermögensumgangs befasst haben. Eine routinemäßige Verabschiedung allgemein gehaltener Erklärungen wird dagegen für § 266 StGB i.d.R. unbeachtlich sein.

Es kann hier nicht abschließend beurteilt werden, in welche Kategorie die Ausführungen in der „Einleitung zum Leitfaden zum Abrechnungsbuch der CDU Deutschland“ fielen, auf die der 1. BGH-Strafsenat in der Entscheidung zum „Kölner Parteispendenskandal“ abgestellt hat. Keinesfalls selbstverständlich ist aber, dass die dortige Regelung die Beachtung der Rechenschaftspflichten zu einer solchen untreuerelevanten „Hauptpflicht“ erhebt, wie es der erste Senat erkannt hat.

<sup>46</sup> Vgl. nur BGH NJW 2011, 88, 91; *Rönnau*, in: FS für Tiedemann, 2008, S. 721.

<sup>47</sup> Zu diesem Begriff vgl. die Nachw. bei *Becker/Walla/Endert*, WM 2010, 875 f.

<sup>48</sup> Sofern diese allerdings ein bestimmtes Ausmaß annehmen, können sie zum Wegfall der Vermögensbetreuungspflicht führen.

<sup>49</sup> Vgl. nur *Ransiek*, StV 2009, 321.

<sup>50</sup> Weiterführend zum Problemkreis *Rönnau*, StV 2011, 753, 755.

<sup>51</sup> Dazu *Rönnau*, StV 2011, 753, 755 (im Anschluss an *Fleischer*).

<sup>52</sup> Zu diesem Aspekt *Dierlamm*, in: FS für Widmaier, 2008, S. 612; auch *Ransiek*, StV 2009, 321.

<sup>53</sup> Krit. und vertiefend dazu *Michalke*, StV 2011, 245, 247 ff.

### c) Zusammenfassende und abschließende Überlegungen zum Pflichtwidrigkeitsmerkmal

Was hier also vorgeschlagen wird, ist die Übertragung der bislang weitgehend dem Nachteilsmerkmal vorbehaltenen wirtschaftlichen Perspektive auf die Tathandlungsebene. Wer einem anderen gegenüber zur Wahrnehmung von dessen wirtschaftlichen Interessen - und nichts anderes sind Vermögensinteressen angesichts des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs - verpflichtet ist, der verletzt diese Pflicht nur, wenn er mit dem ihm anvertrauten Vermögen unwirtschaftlich umgeht. Dass darin kein Freibrief für kriminelles Verhalten durch Unternehmensleiter liegt, ist bereits deshalb offenkundig, weil es zumeist um Fälle geht, die ohnehin nach speziellen Vorschriften strafbar sind. Ein Straftatbestand, der den Verstoß gegen vermögensbezogene Verhaltenspflichten sanktioniert, ist darüber hinaus nur anzuwenden, wenn speziell solche Pflichten verletzt wurden. Insofern können gesetzeswidrige Zahlungen zugleich unter den Untreuetatbestand fallen, sie müssen es aber nicht.<sup>54</sup>

Dabei bietet diese streng wirtschaftliche Betrachtung keine Gewähr für eine absolut sichere Handhabung in jedem denkbaren Einzelfall. Unter diesem Gerechtigkeitsvorbehalt für den Singularfall steht – den Rechtsstaat trotz aller Bestimmtheitserfordernisse im Ergebnis auszeichnend – jede Betrachtung. Ob ein gesetzeswidriger Einsatz von Treugebervermögen (zusätzlich) einen Verstoß gegen eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. Untreue darstellt, wird vielmehr stets – sofern keine ausdrückliche vertragliche Vorgabe des Treugebers vorliegt (dazu oben b) – anhand einer umfassenden Abwägung aller relevanten Umstände zu ermitteln sein. Insbesondere Gewinnchancen sowie sonstige mittelbare Vorteile einerseits, andererseits (z.B.) Entdeckungsrisiken, Imageverlust sowie fehlende Kontrolle und fehlende Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten in illegalen Märkten sind dabei zu berücksichtigen. Zeigen wird sich möglicherweise in concreto, dass kriminelles Verhalten für Wirtschaftsunternehmen generell eher selten wirtschaftlich sinnvoll ist. Wo aber z.B. der Marktzugang als solcher von der Zahlung von Bestechungsgeldern abhängt, kann durchaus etwas anderes gelten. Trotz aller verbleibenden Unsicherheiten bewirkt der hier vorgeschlagene Ansatz jedenfalls eines: Der Rechtsanwender muss bei gesetzeswidrigen Zahlungen – im Hinblick auf § 266 StGB – stets in eine Prüfung des Einzelfalles eintreten. Die schematische Bejahung einer Pflichtverletzung allein aufgrund eines Gesetzesverstößes ist so verstellt und die Frage nach pönaler Reaktion auf ein Verhalten des Organs (auch) unter Rückgriff auf den Untreuetatbestand nach den dargestellten Maßgaben zu beantworten.

## III. Gesetzeswidrige Zahlungen und Nachteilsbegriff

Hat der taugliche Täter durch eine gesetzeswidrige Zahlung seine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt, setzt der Untreuetatbestand weiterhin den Eintritt eines Nachteils voraus. Dieses Merkmal, das im Kern mit demjenigen des Vermögensschadens aus § 263 StGB übereinstimmt, bedarf stets der eigenständigen Feststellung; der Nachteil darf nicht ohne weiteres aus der Pflichtverletzung geschlossen werden.<sup>55</sup> Maßgeblich ist eine Saldierung der betroffenen Vermögenspositionen bei wirtschaftlicher Betrachtung.<sup>56</sup> Das bedeutet für die hier behandelte Fallgruppe, dass ein Nachteil ausgeschlossen ist, wenn der Abfluss des gesetzeswidrig gezahlten Geldes in wirtschaftlich äquivalenter Weise kompensiert wird.<sup>57</sup>

Keine Schwierigkeiten bereitet die Saldierung im Grunde dann, wenn der Zahlung eine unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht.<sup>58</sup> Dann ist lediglich zu bewerten, ob diese den Wert der geleisteten Zahlung erreicht.<sup>59</sup> So hätte der zweite Strafsenat im Fall „DT-AG“ prüfen müssen, ob die von der beauftragten Firma erbrachten Leistungen marktüblich vergütet wurden. War dies der Fall, liegt eine wirtschaftliche Kompensation vor. Dagegen ist es unzulässig, den Eintritt eines Nachteils allein unter Hinweis auf die Gesetzeswidrigkeit der Zahlung zu begründen.<sup>60</sup> Dadurch würden wirtschaftliche Erwägungen bei der Prüfung des Nachteilsmerkmals vollständig verdrängt, was das BVerfG in seiner Entscheidung zur Un-

<sup>54</sup> Vgl. nochmals *Schünemann*, NStZ 2006, 196, 199.

<sup>55</sup> Zu diesem sog. „Verschleifungsverbot“ BVerfG NJW 2010, 3209, 3220 m.w.N.

<sup>56</sup> Siehe nur *Fischer*, 60. Aufl. 2013, StGB, § 266 Rn. 115a m.w.N. aus der Rspr.

<sup>57</sup> Daher grds. zutreffend BGH NJW 2011, 88, 92 f.

<sup>58</sup> Aus dem Bestechungskontext näher *Kempf*, in: FS für Hamm, 2008, S. 257 ff.

<sup>59</sup> *Ransiek*, StV 2009, 321, 323.

<sup>60</sup> *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 668; *Dierlamm*, in: FS für Widmaier, 2008, S. 613; vgl. zur teilweise gegen- teiligen Rechtsprechung des Reichsgerichts *Ransiek*, StV 2009, 321, 322 f. m.w.N.

treue ausdrücklich untersagt hat.<sup>61</sup> Schon in der Entscheidung zum sog. „Bundesligabestechungsskandal“ hat der BGH zu Recht darauf hingewiesen, dass die Kompensationstauglichkeit von Vermögenszuflüssen nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass diese „bemakelt“ sind.<sup>62</sup> Dem wird die Entscheidung des zweiten Senats zur „Telekom-Spitzelaffäre“ nicht gerecht. Der Senat stellt allein darauf ab, dass die Zahlung nicht durch den Wegfall einer Verbindlichkeit kompensiert wurde. Ob aber die erbrachten Leistungen kompensationsstauglich sind, bleibt unerörtert. Damit wird der Sache nach aus der Rechtsgrundlosigkeit der Zahlung auf den Nachteil geschlossen. Das ist weder mit der erwähnten Entscheidung des BGH zum „Bundesliga-Bestechungsskandal“ noch mit der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG zu vereinbaren.

Aber auch dort, wo einer gesetzeswidrigen Zahlung keine unmittelbare Gegenleistung - gleich eines faktischen Synallagmas - gegenübersteht, bleibt eine Kompensation möglich. Ein Nachteil ist immer dann ausgeschlossen, wenn eine Zahlung - verkürzt gesprochen - aufgrund einer Gesamtbetrachtung noch als wirtschaftlich sinnvoll angesehen werden kann.<sup>63</sup> Das kann z.B. bei Bestechungszahlungen der Fall sein, die zwar nicht unmittelbar mit einem bestimmten Auftrag zusammenhängen, die aber mittelfristig die Marktposition des Unternehmens sichern oder ausbauen und so jedenfalls mittelbar zu Folgeaufträgen führen.<sup>64</sup> In diesem Sinne hat der erste Strafsenat im Fall „AUB/Schelsky“ zu Recht eine Kompensation der geleisteten Zahlungen erwogen. Es sei stets „zu prüfen, ob das verbotene Geschäft - wirtschaftlich betrachtet - nachteilig war“.<sup>65</sup> Dem ist vom hier vertretenen Standpunkt aus wenig hinzuzufügen.

Dabei ist es im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung natürlich nicht per se unzulässig, Entdeckungs- sowie damit verbundene Sanktionsrisiken i.S.e. sog. Gefährdungsschadens in die Saldierung einzustellen.<sup>66</sup> Damit diesen aber vermögensmindernde Wirkung zukommt, muss es sich um konkrete Risiken handeln, die sich aus im Zeitpunkt der Tathandlung objektiv darstellbaren Umständen ergeben.<sup>67</sup> Ein bloß abstraktes Risiko, dass zu einem späteren Zeitpunkt womöglich die durch die Zahlung erlangten Vorteile dem Verfall unterliegen könnten oder dass Bußgelder verhängt werden,<sup>68</sup> genügt nicht.

#### IV. Zusammenfassung

Die Untreue ist ein reines Vermögensdelikt. Dieser Charakter muss sich auch und insbesondere durchsetzen, wo ein an sich vermögensbetreuungspflichtiger Täter im Umgang mit dem Treugebervermögen gegen gesetzliche Vorschriften verstößt. Die zunächst vielleicht naheliegende Intuition, es könne „nicht nicht pflichtwidrig“ sein, wenn ein zur Vermögensfürsorge Verpflichteter mit dem ihm anvertrauten Geld Straftaten begeht, erweist sich bei näherer Betrachtung als dogmatisch widerlegtes Bauchgefühl. Der Norm des § 266 StGB liegt ein am Rechtsgut orientierter und daher wirtschaftlicher Pflichtwidrigkeitsbegriff zugrunde. Wird das Merkmal der Pflichtverletzung verneint, besagt das keineswegs, dass der Vermögensumgang insgesamt nicht rechtswidrig oder erlaubt war. Es bedeutet allein, dass der Täter nicht gegen eine Pflicht zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen seines Auftraggebers verstoßen hat. Für die Sanktionierung weitergehender Verstöße gegen andere Vorschriften ist der Untreuetatbestand konzeptionell unzuständig.<sup>69</sup> Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung die teilweise in diese Richtung weisenden Ansätze aus der jüngeren Zeit weiter ausbaut sowie die gegenteiligen, dem Deliktscharakter des § 266 StGB z.T. offen widersprechenden Bestrebungen, verwirft.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2010, 3209, 3215 a.E.

<sup>62</sup> BGH NJW 1975, 1234, 1235 f.

<sup>63</sup> Dahingehend der BGH im Urteil zum „Bundesliga-Bestechungsskandal“, BGH NJW 1975, 1234, 1235; weitere Nachw. aus der Rspr. zur möglichen Gesamtbetrachtung bei der Saldierung bei *Saliger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB, 2009, § 266 Rn. 59; ferner *Dierlamm*, in: FS für Widmaier, 2008, S. 613 m.w.N.; vgl. auch *Kempf*, in: FS für Hamm, 2008, S. 259: „eine Art ‚Projektkalkulation‘“.

<sup>64</sup> Dazu überzeugend *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2008, S. 667.

<sup>65</sup> BGH NJW 2011, 88, 92 a.E.

<sup>66</sup> So auch *Ransiek*, StV 2009, 321, 323; *Kempf*, in: FS für Hamm, 2008, S. 258 m.w.N.; zu diesem Thema eingehend *Jäger*, in: FS für Otto, 2007, S. 593 ff.; für die Implementierung eines einschränkenden Unmittelbarkeitsprinzips in diesem Zusammenhang *Rönnau*, StV 2011, 753, 761 f.

<sup>67</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründung von Gefährdungsschäden allgemein BVerfG NJW 2010, 3209, 3219 f.

<sup>68</sup> Zu Fragen der jeweils anzusetzenden Höhe im Rahmen der Saldierung *Ransiek*, StV 2009, 321, 323; zu ähnlichen Überlegungen auch *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 667 f.

<sup>69</sup> Überzeugend *Taschke*, in: FS für Lüderssen, 2002, S. 668 f.

## Wettbewerbsstrafrecht und Kartellrecht

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln

# Die 8. GWB-Novelle und das Kartellbußgeldverfahren

## Teil 1: Unverhältnismäßigkeit von Unternehmensdurchsuchungen im Kartellbußgeldverfahren aufgrund der neuen Auskunftspflicht (§ 81a GWB)

Der Bundesgesetzgeber hat im Rahmen der 8. GWB-Novelle<sup>70</sup> in Gestalt von § 81a GWB mit Wirkung zum 1. Juli 2013 eine Auskunftspflicht bzw. Herausgabepflicht des nebenbeteiligten – d.h. einem Beschuldigten gleichgestellten – Unternehmens betreffend bestimmter für die Bußgeldbemessung relevanter Unterlagen und Daten geschaffen. Diese gesetzgeberische Neuerung – die diesbezüglichen Herausgabeverlangen der Kartellbehörde bzw. -gerichte verbindlich verleiht – ist mit deren Befugnissen zur (Unternehmens-) Durchsuchung ex § 46 OWiG i.V.m. §§ 102, 103 ff. StPO in Beziehung zu setzen. Die folgende Analyse zeigt, dass die neue Auskunftspflicht dazu führt, dass – auch über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 81a GWB hinaus – unter bestimmten Umständen eine Anordnung der Durchsuchung beim Unternehmen unverhältnismäßig (Art. 20 Abs. 3 GG) und allenfalls ein Herausgabeverlangen gemäß § 81a GWB – oder entsprechend § 95 StPO – zulässig ist.

### I. 8. GWB-Novelle und § 81a GWB

#### 1. Gesetzgebungsverfahren

Der Neuregelung liegt ein recht langwieriges und – hinsichtlich der nicht das Bußgeldverfahren betreffenden Punkte – Streitiges Gesetzgebungsverfahren zu Grunde. Ende 2011 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen Referentenentwurf für eine 8. GWB-Novelle.<sup>71</sup> Ein davon in wesentlichen Punkten abweichender Entwurf der Bundesregierung wurde im März 2012 publiziert.<sup>72</sup> Der Bundestag beschloss das Gesetz mit einigen Ergänzungen im Oktober 2012. Mitbeschlossen wurden Änderungen des OWiG, die zu einer Erhöhung der Bußgeldrahmen führten und die Gesamtrechtsnachfolge bei der Bußgeldverantwortlichkeit regelten.<sup>73</sup> Der Bundesrat rief – wegen der geplanten Einbeziehung der gesetzlichen Krankenkassen in den Anwendungsbereich des Kartellrechts – den Vermittlungsausschuss an, so dass die Reform zunächst nicht verabschiedet werden konnte.<sup>74</sup> Im Vermittlungsausschuss konnte Anfang Juni 2013 ein Kompromiss gefunden werden, weshalb die Novelle schließlich mit Ablauf des Monats in Kraft getreten ist.<sup>75</sup> Wesentliche Änderungen erfolgten bei der Neuordnung und textlichen Vereinfachung der Vorschriften über marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen, der weiteren Angleichung der deutschen Fusionskontrolle an die Vorschriften der europäischen Fusionskontrollverordnung, dem Kartellverfahrensrecht, der Einbeziehung von Verbraucherverbänden in die private Kartellrechtsdurchsetzung sowie – hier von besonderem Interesse – im Kartellordnungswidrigkeitenrecht.<sup>76</sup>

#### 2. Regelungsinhalt des § 81a GWB

§ 81a GWB („Auskunftspflichten“) gliedert sich in drei Absätze. § 81a Abs. 1 S. 1 GWB bestimmt, dass dann, wenn die Festsetzung einer Geldbuße nach § 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung „in Betracht kommt“, diese juristi-

<sup>70</sup> Dazu zusammenfassend: *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225 ff.; *Bechtold*, NZKart 2013, 263 ff.; *Bischke/Brack*, NZG 2013, 736 ff.; *Podszun*, GWR 2013, 329 ff.; *Mühlhoff*, NZWiSt 2013, 321 ff.

<sup>71</sup> Dazu *Bechtold*, BB 2011, 3075 ff.

<sup>72</sup> BT-Drucks. 17/9852; dazu *Fritzsche*, DB 2012, 845 ff.; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, WRP 2012, 290 ff.; *Ritter/Käseberg*, WuW 2012, 661; *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225.

<sup>73</sup> *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225.

<sup>74</sup> BR-Drucks. 641/12 (Beschluss).

<sup>75</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/13720 (Beschlussempfehlung) und BGBl. I, 2013, 1738, 1750 ff.

<sup>76</sup> Vgl. *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225.

sche Person bzw. Personenvereinigung gegenüber der Verwaltungsbehörde (§ 81 Abs. 10 GWB) – regelmäßig dem Bundeskartellamt – auf Verlangen Auskunft zu erteilen hat. Diese Auskunftspflicht ist keinesfalls unbeschränkt, sondern in § 81a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB genau umrissen: Nach Nr. 1 besteht eine Auskunftspflicht über den Gesamtumsatz des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung in demjenigen Geschäftsjahr, das für die Behördenentscheidung nach § 81 Abs. 4 S. 2 GWB voraussichtlich maßgeblich sein wird oder maßgeblich war – d.h. das der Behördenentscheidung vorausgehende Geschäftsjahr – sowie in den vorausgehenden fünf Geschäftsjahren. Nach Nr. 2 bezieht sich die Auskunftspflicht zusätzlich auf die Umsätze des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung, die mit allen, mit bestimmten oder nach abstrakten Merkmalen bestimmbar Kunden oder Produkten innerhalb eines bestimmten oder bestimmbar Zeitraums erzielt wurden. Sowohl bezüglich Nr. 1 als auch Nr. 2 beinhaltet die Pflicht des § 81a Abs. 1 S. 1 GWB ausdrücklich auch die Verpflichtung zur Herausgabe der diesbezüglichen Unterlagen. § 81a Abs. 1 S. 3 GWB sieht „insoweit“ – d.h. hinsichtlich der Umsatzermittlung – ausdrücklich die Unanwendbarkeit des ansonsten im Rahmen des Kartellbußgeldverfahrens entsprechend geltenden (§ 46 OWiG) Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit gem. §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 u. 4 StPO im Hinblick auf die gem. § 81a Abs. 1 S. 1 GWB von der Auskunftspflicht umfassten Informationen und Unterlagen vor. Gemäß § 81a Abs. 2 GWB gilt für die Erteilung einer Auskunft oder die Herausgabe von Unterlagen an das Gericht Entsprechendes, d.h. auch das in Kartellbußgeldverfahren zuständige Oberlandesgericht Düsseldorf kann im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens verbindlich Auskunft bzw. Herausgabe verlangen. Die entsprechende Kompetenz der Generalstaatsanwaltschaft im staatsanwaltschaftlichen Zwischenverfahren oder im gerichtlichen Verfahren dürfte sich aus § 69 Abs. 4 S. 1 OWiG ableiten lassen.<sup>77</sup> Gemäß § 81a Abs. 3 S. 1 u. 3 GWB bleibt das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit der für die juristische Person oder für die Personenvereinigung handelnden natürlichen Personen insofern – vergleichbar der Regelung des § 55 StPO – intakt, als diese die Auskunft auf solche Fragen verweigern darf, deren Beantwortung sie selbst oder einen Angehörigen (§ 52 Abs. 1 StPO) der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Zudem darf sie insoweit auch die Herausgabe von Unterlagen verweigern. Gemäß § 81a Abs. 3 S. 1, 2. Hs. GWB sind hierüber die für die juristische Person oder Personenvereinigung handelnden natürlichen Personen zu belehren. Die Verpflichtung zur Glaubhaftmachung der Selbstbelastungsgefahr gem. § 56 StPO gilt entsprechend (§ 81a Abs. 3 S. 2 GWB).

## II. Auskunfts- und Herausgabepflicht gem. § 81a GWB und Befugnis zur Durchsuchung gem. §§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. 102, 103 StPO

### 1. Verhältnismäßigkeitsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG als Schranke der Durchsuchungsbefugnisse von Kartellbehörden und Gerichten

Da für das Kartellbußgeldverfahren, wie für jedes Bußgeldverfahren, soweit das OWiG nichts anderes bestimmt, sinngemäß die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozessordnung gelten (§ 46 Abs. 1 OWiG) und das GWB im Übrigen bisher keine speziellen Verfahrensvorschriften zur Beweisgewinnung enthält, richten sich die Durchsuchungsbefugnisse grundsätzlich nach den §§ 102 ff. StPO. Für das Bußgeldverfahren ist darüber hinaus anerkannt, dass der ohnehin zu berücksichtigende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) der Durchsuchungsbefugnis hier besonders enge Grenzen setzt.<sup>78</sup>

Bei Durchsuchungen – beim Verdächtigen (§ 102 StPO) und besonders beim Nichtverdächtigen (§ 103 StPO) – ist nach der ständigen Rspr. des BVerfG dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in besonderem Maße Beachtung zu schenken.<sup>79</sup> Dieser verlangt, dass die jeweilige Maßnahme einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Letzteres impliziert, dass der Eingriff den Betroffenen nicht übermäßig belasten darf, diesem also zumutbar sein muss.<sup>80</sup> Schwere der Tat, Verdachtsgrad, Erfolgsaussichten alternativer Ermittlungsmetho-

<sup>77</sup> Mühlhoff NZWiSt 2013, 321, 330.

<sup>78</sup> Hartmann, in: Dölling/Duttge/Rössner, 3. Aufl. 2013, StPO, § 102 Rn. 1; vgl. auch BVerfG NStZ 2008, 103; LG Verden NStZ 2005, 527.

<sup>79</sup> BVerfGE 42, 212 ff.; BVerfG NStZ 2006, 641; vgl. Jahn, NStZ 2007, 255, 259.

<sup>80</sup> BVerfGE 63, 131, 144.

den und Umfang der Beeinträchtigung sind gegeneinander abzuwägen.<sup>81</sup> Die Durchsuchung ist nicht zulässig, wenn mit einer weniger einschneidenden Maßnahme der gleiche Zweck erreicht werden kann, weil dann der Eingriff nicht mehr in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts steht.<sup>82</sup> Soweit möglich, ist daher zu Beginn der Durchsuchung dem Betroffenen die Möglichkeit der Abwendung zu geben, indem die gesuchten Unterlagen freiwillig herausgegeben werden.<sup>83</sup> Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt aber auch bereits für die Anordnung, nicht erst die Durchführung der Durchsuchung.<sup>84</sup> Soweit vorhanden und erfolgversprechend, sind grundrechtsschonendere Ermittlungsmaßnahmen vorzuziehen.<sup>85</sup> Sofern also ein Auskunftersuchen bzw. Herausgabeverlangen (vgl. § 95 StPO) erfolgversprechend erscheint, ist es vorzugswürdig. Bei unverhältnismäßigen Durchsuchungen kann ein Verwertungsverbot bestehen.<sup>86</sup>

## 2. Sinn und Zweck des § 81a GWB

Die Einführung des § 81a GWB hat nach dem Willen des Gesetzgebers offenkundig u.a. zum Hintergrund, den nebenbetroffenen Unternehmen den wirtschaftlichen Aufwand und die sonstigen Belastungen zu ersparen, die mit einer nach strafprozessualen Regeln erfolgten Durchsuchung verbunden sind. In der Gesetzesbegründung wird hierzu insbesondere ausgeführt, dass § 81a GWB eine weitere Informationspflicht für die Wirtschaft einführe. Er sehe eine Auskunftspflicht für juristische Personen und Personenvereinigungen für bestimmte unternehmens- und marktbezogene Daten vor, die für die Bestimmung der Geldbuße erforderlich sind. Bei wirtschaftlicher Abwägung verringere sich durch diese Informationspflicht „der Erfüllungsaufwand für die Unternehmen um insgesamt 20.500 Euro, da die zur Beschaffung dieser Daten in der Vergangenheit erforderlichen Durchsuchungen von Unternehmen zukünftig wegfallen“.<sup>87</sup> Die Erfahrungen des Bundeskartellamtes würden laut dem Gesetzgeber zeigen, dass eine Durchsuchung die Betriebsabläufe im Unternehmen erheblich beeinträchtige, da neben Mitarbeitern der zu untersuchenden Abteilung oft auch die Geschäftsleitung und unter Umständen die Rechtsabteilung beteiligt seien. Durch den „zukünftigen Wegfall einer Durchsuchung“ ergebe sich „für die betroffenen Unternehmen ein Einsparpotential“, denn es entstehe zwar ein Aufwand der betroffenen Unternehmen, die angeforderten Informationen zusammenzustellen und an das Bundeskartellamt zu übermitteln, dieser Aufwand sei aber im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand zu vernachlässigen, da die Informationen ohnehin dem Bundeskartellamt zur Verfügung gestellt werden müssten.<sup>88</sup> Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber § 81a GWB als milderes Mittel zur Vermeidung von für die Unternehmen regelmäßig insbesondere wirtschaftlich aufwändigeren Durchsuchungen gemäß §§ 102, 103 StPO einführt. Die Vorschrift soll also letztlich den Unternehmen – durch Einführung einer bußgeldbewehrten Herausgabepflicht für die bußgeldzumessungsrelevanten Daten – indirekt zugutekommen. Sie soll zugleich eine klare Rechtsgrundlage für bisher schon – jedenfalls informell und ohne rechtliche Verbindlichkeit – im Kartellbußgeldverfahren jederzeit mögliche Herausgabersuchen des Bundeskartellamtes oder auch des Oberlandesgerichts Düsseldorf schaffen.

Der Gesetzgeber bedauert nämlich ausdrücklich, dass die Kartellbehörden in Deutschland derzeit in Bußgeldverfahren prinzipiell ohne (gesetzlich erzwingbare) Kooperation der betroffenen Unternehmen ermitteln müssen, weshalb auch Informationen, die nicht die Tat selbst betreffen, sondern nur für die Festsetzung der Geldbuße von Bedeutung sind, ermittelt werden müssen, wobei „in einigen Fällen auch nochmalige Durchsuchungen erforderlich geworden“ seien, die sowohl für die Kartellbehörden als auch „für die Unternehmen erheblichen zusätzlichen Aufwand verursacht“ hätten.<sup>89</sup> Die Europäische Kommission verfüge hingegen bereits heute über weitgehende bußgeldbewehrte Auskunftsrechte nach Artikel 18 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.<sup>90</sup> Daher sehe der neue § 81a GWB eine Regelung über Auskunftspflichten von juristischen Personen und Personenvereinigungen vor, die „unter Wahrung der Verteidigungsinteressen“ den Abschluss von Kartellverfahren beschleunigen soll. Die

<sup>81</sup>EGMR NJW 2006, 1495; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; BVerfG NStZ-RR 2006, 110; Jahn, NStZ 2007, 259; Kemper, wistra 2007, 252.

<sup>82</sup>BVerfGE 42, 212, 220; EGMR NJW 2006, 1495 ff.

<sup>83</sup>Meyer-Goßner, 56. Aufl. 2013, StPO, § 102 Rn. 15.

<sup>84</sup>BVerfGE 59, 95; BVerfG NJW 1997, 2165; BGH NStZ 2000, 46.

<sup>85</sup>BVerfG NStZ-RR 2006, 110.

<sup>86</sup>LG Freiburg StraFo 2006, 168.

<sup>87</sup>BT-Drucks. 17/9852, S. 18.

<sup>88</sup>BT-Drucks. 17/9852, S. 18.

<sup>89</sup>BT-Drucks. 17/9852, S. 34.

<sup>90</sup>BT-Drucks. 17/9852, S. 34.

Vorschrift stelle einen abgewogenen Ausgleich zwischen dem rechtsstaatlichen Gebot einer effektiven und effizienten Ahndung von Kartellrechtsverletzungen und der Wahrung von Verteidigungsinteressen dar<sup>91</sup>. Der Vergleich mit der europarechtlichen Regelung stellt eindeutig klar, dass § 81a GWB die Situation regeln soll, dass das nebenbeteiligte Unternehmen für die Bußgeldzumessung relevante Unterlagen und Daten nicht freiwillig oder auf der Basis einer bloßen Aufforderung herausgibt oder dies jedenfalls zu erwarten ist, weshalb nach bisheriger Rechtslage dann nur eine - gegebenenfalls nochmalige - Durchsuchung möglich, aber auch erforderlich war. Aus den Ausführungen ergibt sich zugleich, dass – nach Einschätzung des Gesetzgebers – ein verbindliches Herausgabeverlangen im Sinne von § 95 StPO an die nebenbeteiligten Unternehmen aufgrund ihrer beschuldigtenähnlichen Stellung nach bisheriger Rechtslage nicht gestellt werden konnte. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber erreichen will, dass Unterlagen und Daten der nebenbeteiligten Unternehmen zum Umsatz und anderen für die Bußgeldzumessung bedeutsamen Informationen vorrangig im Wege der Herausgabe und nicht im Rahmen einer – für alle Seiten belastenderen – Durchsuchung in den Gewahrsam des Bundeskartellamts bzw. des zuständigen Gerichts gelangen sollen.

### III. Konsequenzen der Einführung des § 81a GWB für die Auslegung der §§ 102 ff. StPO

Vor dem Hintergrund des oben Gesagten wird der Rechtsgedanke und der Regelungsgehalt des § 81a GWB dazu führen müssen, dass sich Bundeskartellamt, Generalstaatsanwaltschaft und Gerichte in Kartellbußgeldverfahren bei der Beweisgewinnung besondere Zurückhaltung bei der Anordnung von Durchsuchungen auferlegen müssen und kritisch zu prüfen haben werden, ob ein Herausgabeverlangen bzw. Auskunftersuchen gem. § 81a GWB ausreichend und daher eine Durchsuchung unverhältnismäßig ist.

Besonders ist durch die Kartellbehörden zu berücksichtigen, dass der Bundesgesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung der 8. GWB-Novelle offenbar davon ausgeht, dass eine Durchsuchung bezüglich der in § 81a GWB erfassten Unterlagen und Daten regelmäßig nur deshalb erforderlich ist, weil das nebenbetroffene Unternehmen zur freiwilligen Herausgabe auf Anfordern ohne gesetzliche Verpflichtung nicht bereit sein könnte und unterhalb der Schwelle der Durchsuchungsanordnung kein Auskunftsrecht vergleichbar Art. 18 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Verfügung stand. Anders lässt sich der oben zitierte Hinweis in der Gesetzesbegründung auf Art. 18 kaum interpretieren. Diese der gesetzlichen Regelung offenkundig zu Grunde liegenden Überlegungen beruhen erkennbar darauf, dass der Gesetzgeber etwaige Beweisvereitelungsabsichten der nebenbetroffenen Unternehmen in Bezug auf die Daten im Sinne § 81a GWB nicht in Betracht zog, sondern deren Fehlen unterstellte. Denn ersichtlich ist der Gesetzgeber der Auffassung, durch die Einführung der Herausgabepflicht die Erforderlichkeit der Anordnung von Durchsuchungen im Hinblick auf Unterlagen und Daten zur Bußgeldbemessung für die Zukunft ausschließen zu können. Daraus ist zu schließen, dass der Bundesgesetzgeber eine Durchsuchung im Hinblick auf die in § 81a GWB genannten Unterlagen zur Vermeidung von hypothetischen Beweisvereitelungshandlungen oder Unterdrückungshandlungen grundsätzlich nicht als erforderlich ansieht.<sup>92</sup> Dies kann nur darauf zurückzuführen sein, dass er regelhaft die Rechtstreue der betroffenen Unternehmen unterstellt und davon ausgeht, dass diese die betreffenden Unterlagen und Daten gem. § 81a GWB zum einen aufbewahren und zum anderen – auf der Basis der nunmehr eingeführten Herausgabepflicht – auf Anforderung auch den Kartellbehörden zur Verfügung stellen werden. Faktisch hindert die neue bußgeldbewehrte Herausgabepflicht nämlich etwaige Beweisvereitelungsbemühungen nicht, und rechtlich waren diese auch früher angesichts regelmäßig bestehender gesetzlicher Aufbewahrungspflichten schon unzulässig. Durchsuchungen ohne vorheriges Herausgabeverlangen sind daher für Unterlagen im Sinne des § 81a GWB regelmäßig als unverhältnismäßig anzusehen.

Aus der Gesetzesbegründung muss weitergehend abgeleitet werden, dass der Bundesgesetzgeber ein Durchsuchungserfordernis zu Zwecken der Verhinderung von Beweisunterdrückungshandlungen im Kartellbußgeldverfahren auch über den Anwendungsbereich des § 81a GWB hinaus nur ausnahmsweise für geboten halten dürfte. Bekanntermaßen sind nämlich gerade die Unterlagen und Daten, die gemäß § 81 Abs. 4 S. 3 u. 4 GWB zu Umsatz-

<sup>91</sup> BT-Drucks. 17/9852, S. 34.

<sup>92</sup> So auch – ohne nähere Begründung – für den „Regelfall“: *Bosch/Fritzsche*, NJW 2013, 2225, 2229.

berechnung zwecks Bemessung des Bußgelds erforderlich sind und damit von § 81a GWB erfasst sind, angesichts der einschneidenden Bußgeldsanktion – bis zu 10 % des Gesamtumsatzes der Unternehmensgruppe – im Kartellbußgeldverfahren von besonderer Sensibilität und der Sache nach – jedenfalls in einem späteren Stadium des Bußgeldverfahrens – vielleicht noch bedeutsamer als Unterlagen und Daten, die lediglich eine bloß ordnungswidrige Beteiligung an einem Kartell (§§ 1, 81 Abs. 2 GWB) an sich belegen.

Geht man von einer solchen, angesichts der Gesetzesbegründung nahe liegenden Sichtweise des Bundesgesetzgebers aus, ist zum einen eine Aufforderung des nebenbeteiligten Unternehmens zur Herausgabe von Unterlagen und Daten gemäß § 81a GWB jedenfalls so lange ein ex ante gleich geeignetes, milderes Mittel (im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG) gegenüber einer Durchsuchung gemäß §§ 102, 103 StPO, solange nicht aufgrund von Tatsachen davon ausgegangen werden muss, dass diese Aufforderung – trotz Bestehen einer Rechtspflicht – in der Sache abgelehnt wird oder konkrete, tatsachenbasierte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Beweisvereitelungshandlungen hinsichtlich dieser Daten oder Unterlagen drohen. Von Ersterem kann regelmäßig erst ausgegangen werden, wenn eine solche Aufforderung ausgesprochen und explizit verneint wurde oder unangemessen lange unbeantwortet blieb (und hierdurch konkludent verneint wurde).

Die oben stehenden Überlegungen sind grundsätzlich auch auf Unterlagen und Daten, die nicht unter § 81a GWB fallen, zu übertragen. Dies gilt, weil in einem laufenden Kartellbußgeldverfahren, insbesondere in einem späten Stadium, in dem die Bußgeldzumessung in den Vordergrund der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung tritt, die Inzentivierung eines Unternehmens zur Beseitigung von Unterlagen im Sinne des § 81a GWB durchaus genauso groß oder größer sein kann als das Motiv, etwaige Beweismittel zu verbergen, die Tathandlungen im Sinne des Kartellbußgeldtatbestands belegen. Zwar besteht hier keine Herausgabepflicht im Sinne des § 81a GWB. Vor dem Hintergrund, dass wohl aus der Sicht des Gesetzgebers im Kartellbußgeldverfahren regelmäßig nicht mit Beweisvereitelungshandlungen zu rechnen ist, dürfte aber auch hier regelmäßig ein Herausgabeverlangen als gegenüber der Durchsuchung milderes Mittel geeignet sein, wenn kein konkreter Beweisvereitelungs- oder verweigerungsverdacht besteht.

Jedenfalls werden Kartellbehörden und Gerichte den ausweislich der Gesetzesbegründung der neuen Vorschrift zu Grunde liegenden Grundgedanken in allgemeiner Hinsicht bei der Auslegung der §§ 102 ff. StPO im Rahmen von Kartellbußgeldverfahren zu berücksichtigen haben. Danach sind Durchsuchungen in Kartellverfahren zulasten von Unternehmen wegen ihrer schädlichen Folgen und Kosten soweit als möglich zu vermeiden. Der Gesetzgeber sieht diese erkennbar als besonders belastende und möglichst zu vermeidende vermögensschädigende Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 12 GG, Art. 14 GG)<sup>93</sup> an. Der gesetzgeberische Wille sollte daher generell eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Durchsuchungsmaßnahmen im Kartellbußgeldverfahren zur Folge haben als in der Praxis bislang üblich. Zumindest wäre eine Orientierung an den anspruchsvolleren Maßstäben des § 103 StPO<sup>94</sup> geboten, auch soweit eine Durchsuchung nach § 102 StPO zulässig wäre<sup>95</sup>. Aus Sicht des Bundesgesetzgebers dürfte nämlich im Kartellbußgeldverfahren einer der typischen Unterschiede der beiden Durchsuchungssituationen – drohende Beweisvereitelung in der Sphäre des Betroffenen (bzw. Nebenbetroffenen) – gerade entfallen bzw. deutlich geringer sein als etwa im Strafverfahren. Auch vor diesem Hintergrund spricht – wie gesagt – Vieles dafür, auch über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 81a GWB hinaus eine Aufforderung des nebenbetroffenen Unternehmens zur freiwilligen Herausgabe mangels konkreter, auf erwiesenen Tatsachen beruhender Anhaltspunkte für zu befürchtende Beweisunterdrückungs- oder Beweisvereitelungshandlung als gleich geeignetes, milderes Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit als regelmäßig vorrangig anzusehen. Dies entspräche jedenfalls der herrschenden Sichtweise zu § 103 StPO.<sup>96</sup> Richtigerweise würde man eine Durchsuchung ohne die oben genannten Voraussetzungen und Herausgabeaufforderung gegebenenfalls als rechtswidrig anzu-

<sup>93</sup>Vgl. BGHZ 43, 359, 361; 59, 30, 34; 65, 325, 328; 105, 346, 350; 166, 84, 110; BGH NJW 2003, 1040, 1041.

<sup>94</sup>Vgl. BVerfG NJW 2007, 1804; LG Neubrandenburg NJW 2010, 691; LG Potsdam JR 2008, 260; Meyer-Goßner, 56. Aufl. 2013, StPO, § 103 Rn. 1 m.w.N.

<sup>95</sup>Hier ist im Strafverfahren nach h.Rspr. insbesondere eine vorherige Aufforderung zur Herausgabe im Regelfall nicht geboten, vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.9.2008 – 2 BvR 1800/07, BeckRS 2010, 51388, jedoch u.U. im besonders gelagerten Einzelfall, vgl. BVerfG NJW 2005, 1640, 1641 f.

<sup>96</sup>LG Mühlhausen wistra 2007, 195; LG Kaiserslautern NSTZ 1981, 438; Meyer-Goßner, 56. Aufl. 2013, StPO, § 103 Rn. 1; vgl. auch BVerfG wistra 2008, 463.

sehen haben<sup>97</sup>, mit der Folge, dass bei schwerwiegenden Fehlern, Vorsatz oder (objektiver) Willkür ein Beweisverwertungsverbot in Betracht kommt<sup>98</sup>.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle zu recht betont<sup>99</sup>, dass die Durchsuchungen gegenüber der Herausgabepflicht zu einer Verlängerung des Verfahrens und zu aufwändigen Nachermittlungen durch die Kartellbehörden führen können. Dies ist erkennbar so zu verstehen, dass der Bundesgesetzgeber durch das Einführen des – im Anwendungsbereich des § 81a GWB regelmäßig allein verhältnismäßigen (s.o.) - Herausgabeverlangens auch eine Verfahrensbeschleunigung erreichen will. Die Verwirklichung dieses gesetzgeberischen Anliegens, die im Wesentlichen den Kartellbehörden aufgegeben ist, setzt naturgemäß ein gezieltes, genau umschriebenes Herausgabeverlangen hinsichtlich der Unterlagen im Sinne des § 81a GWB voraus, das mindestens den Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss gem. § 105 StPO stand hält. Demnach muss Zweck und Ziel des Herausgabeverlangens bzw. Auskunftersuchens möglichst genau bezeichnet werden.<sup>100</sup> Mindestens annäherungsweise, gegebenenfalls in der Form beispielhafter Angaben, müssen die Art und der vorgestellte Inhalt derjenigen Beweismittel angegeben werden, denen das Herausgabeverlangen gilt.<sup>101</sup> Allgemeine Angaben über die Beweismittel oder eine sehr weite Fassung des Ersuchens ohne eine nach Sinn und Zweck mögliche Begrenzung wären unzureichend.<sup>102</sup> Die gesuchten Unterlagen bzw. Daten müssen gegebenenfalls in Form beispielhafter Angaben soweit konkretisiert werden, dass keine Zweifel über die zu suchenden Gegenstände entstehen können.<sup>103</sup> Zur Konkretisierung der Ersuchen im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 81a GWB ist an den Wortlaut dieser Norm (§ 81a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB) anzuknüpfen. Auch hier reicht aber eine bloße Bezugnahme auf diesen Wortlaut nicht aus, auch nicht in Verbindung mit der Angabe, alle diesbezüglichen Unterlagen und Daten seien herauszugeben. Da auch der Umfang dieses gesetzlich vorgesehenen Herausgabeverlangens den allgemeinen Verhältnismäßigkeitseinschränkungen unterworfen ist, ist eine Einschränkung und Konkretisierung regelmäßig möglich und dann auch erforderlich. Ist ein Herausgabeverlangen unzureichend und/oder wurde es aufgrunddessen (aus Sicht der Behörde) nicht umfassend erfüllt, bliebe eine Durchsuchung dennoch zunächst unverhältnismäßig. Die Kartellbehörde hätte zunächst das Herausgabeverlangen nachzubessern und zu wiederholen.

Insgesamt sind daher bei näherer Betrachtung die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit – insbesondere die Verhältnismäßigkeit – von Durchsuchungsanordnungen im Kartellbußgeldverfahren durch die Einführung des § 81a GWB<sup>104</sup> auch über dessen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus erheblich strenger geworden.

<sup>97</sup> Nur zu § 103 StPO: Schäfer, in: Löwe/Rosenberg, 25. Aufl. 2011, StPO, § 103 Rn. 8.

<sup>98</sup> Vgl. BVerfG NJW 2009, 3225.

<sup>99</sup> BT-Drucks. 17/9852, S.18, 34.

<sup>100</sup> BVerfGE 42, 212, 221.

<sup>101</sup> BVerfGE 42, 212, 221.

<sup>102</sup> Vgl. BVerfG NJW 2005, 275; Meyer-Goßner, 56. Aufl. 2013, StPO, § 105 Rn. 5.

<sup>103</sup> Vgl. zum Durchsuchungsbeschluss: BVerfG NJW 2003, 2669; BGH NSTz 2002, 215.

<sup>104</sup> Viel spricht dafür, dass bereits vor Inkrafttreten, nämlich ab Veröffentlichung des (insoweit unstrittigen) Gesetzesvorschlags mit Begründung die Motivation des Gesetzgebers bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im obigen Sinn zu berücksichtigen war.

## Steuerstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Beatrix Elsner, Frankfurt am Main

### Kurzbeitrag zum Steuerstrafrecht

Dem deutschen Gesetzgeber ist es ernst mit der Bekämpfung des Umsatzsteuerbetrugs. Das hat er nicht zuletzt mit dem am 14.12.2010 in Kraft getretenen Steuerjahrgesetz 2010 bewiesen. Durch dieses kam es mit der Streichung des sogenannten Gegenseitigkeitskriteriums in § 370 Abs. 6 S. 3 AO auch zu einer Änderung im Hinblick auf die Verfolgungsmöglichkeit deutscher Finanz- und Strafverfolgungsbehörden in Steuerstrafsachen.

Die Maßnahme dient der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen durch Umsatzsteuerbetrug und der Verbesserung der grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung.

fung. Nach der Gesetzgebung (BT-Drs. 17/2249) können Unternehmen, die sich über Umsatzsteuerbetrug finanzielle Vorteile erwirtschaften, ihre Produkte am Markt wesentlich günstiger anbieten als steuererliche Unternehmer. Das führt zu Wettbewerbsverzerrungen insbesondere im mittelständischen Unternehmenssektor.

Diese Thematik hatte insbesondere durch die Schaffung des Binnenmarktes zum 01.01.1993 an Relevanz gewonnen, mit der auch die Steuergrenzen zwischen den EU-Mitgliedsstaaten weggefallen waren. Dadurch entstanden vollkommen neue Möglichkeiten der Steuerhinterziehung, so insbesondere des grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrugs.

Dies soll kurz anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden:

Der deutsche Unternehmer U liefert – zumindest nach Papierlage, aber nicht immer tatsächlich – ins europäische Gemeinschaftsgebiet. Diese innergemeinschaftliche Lieferung ist gemäß § 6a UStG grundsätzlich steuerfrei. Bei rechtstreuem Verhalten aller Beteiligten ist dies möglich, da im Gegenzug der innergemeinschaftliche Erwerb im Empfängerland besteuert wird (§§ 1a, 3d UStG) und somit keine Schäden am Steueraufkommen in den Mitgliedstaaten entstehen. Die Lieferkette bleibt damit nachvollziehbar.

In der hier problematisierten Praxis jedoch kommt der Abnehmer in seinem Registrierungsland seinen steuerlichen Pflichten häufig nicht nach, etwa durch „Scheinfirmen“, die mit falschen Anschriften – bzw. als reine Briefkastenfirmen –, falschen oder nicht existierenden Steuer- oder Umsatzsteuer-Identifikations-Nummern (USt-IDNr.) auftreten und – zumindest für die Finanzverwaltung – nicht erkennen lassen, wer tatsächlich die gelieferte Ware erwirbt. Dies führte, bei um diese Umstände wissentlicher Mitwirkung von U, grundsätzlich zu einer Beteiligungshandlung an einer Straftat gegen das ausländische Umsatz- bzw. Verbrauchsteueraufkommen, die bis Ende 1992 straflos war.

Dieser Problematik sollte durch Ergänzung des § 370 AO (Absatz 6 Sätze 2-4) im Rahmen des Umsatzsteuer-Binnenmarktgesetzes vom 01.01.1993 Einhalt geboten werden, wonach auch Taten in Deutschland unter Strafe gestellt wurden, die sich gegen ausländische Umsatz- bzw. Verbrauchsteueraufkommen richten.

Allerdings wurde eine mögliche Strafbarkeit durch den Gesetzgeber insoweit eingeschränkt, als die Straftaten gegen ausländische Umsatz- bzw. Verbrauchsteueraufkommen in Deutschland nur dann strafbar waren, soweit die Gegenseitigkeit der Strafverfolgung verbürgt war (§ 370 Abs. 6 S. 3 AO a.F.).

Die Gegenseitigkeit galt grundsätzlich dann als verbürgt (vgl. auch § 104a StGB), wenn in dem von der Tat betroffenen Mitgliedstaat die Beeinträchtigung deutscher Umsatz- und Verbrauchsteuern unter Strafe gestellt ist, d.h. also, wenn Deutschland im jeweiligen Auslandsstaat einen entsprechenden Strafschutz genießt und dieser Schutz auf einer bindenden Rechtsvorschrift beruht, deren Durchsetzung in dem anderen Staat tatsächlich gewährleistet ist.<sup>105</sup> Ferner verlangte das Gesetz zudem die Niederlegung der Gegenseitigkeitsverbürgung in einer vom Bundesministerium der Finanzen mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Rechtsverordnung (§ 370 Abs. 4 AO). Eine entsprechende Rechtsverordnung wurde jedoch niemals erlassen.

Dies hatte zur Folge, dass der an sich strafbare Umsatzsteuerbetrug zu Lasten der Haushalte anderer EU-Mitgliedstaaten in Deutschland gar nicht geahndet wurde und die zur grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung eingeführte Regelung des § 370 AO Abs. 6 S. 2-4 AO faktisch ins Leere lief.

Nach der Gesetzesbegründung schloss die Bundesregierung mit der Streichung des Gegenseitigkeitskriteriums in § 370 Abs. 6 S. 3 AO diese Strafbarkeitslücke und schützt damit im Ergebnis die steuererlichen Unternehmer, indem zumindest ein Auslöser für Wettbewerbsverzerrungen beseitigt wird.

Auch heute, drei Jahre nach Inkrafttreten des Steuerjahresgesetz 2010, ist nicht ersichtlich, ob und inwieweit die deutschen Strafverfolgungsbehörden bislang von dieser Regelung tatsächlich Gebrauch gemacht haben und zukünftig auch machen werden. Vor dem Hintergrund, dass die Strafverfolgungsbehörden in vielen Fällen gegen den Beteiligten an einer Steuerhinterziehung in einem europäischen Mitgliedstaat vermutlich auch schon wegen Tä-

<sup>105</sup> Weyand, INF 1993, 461; Joecks, in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, § 370 StGB Rn. 30.

terschaft einer eigenen Steuerhinterziehung zu Lasten des deutschen Fiskus ermitteln dürfen, steht zu vermuten, dass von der Regelung eher zurückhaltend Gebrauch gemacht wird.

## Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Norman Lenger, Köln

# Beweis der Zahlungseinstellung – BGH, Versäumnisurteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 119/10

Die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung gelten nach den Grundsätzen der Beweisverteilung als bewiesen, wenn der Geschäftsführer einer GmbH, der von einem Gesellschaftsgläubiger wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen wird, seine Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist. (amtlicher Leitsatz)

### I. Sachverhalt

Die Klägerin schloss am 18. Mai 2005 einen Frachtvertrag mit der D. S. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), aus dem ihr ein am 26. Mai 2005 fällig gewordener Vergütungsanspruch in Höhe von 36.500 € zustand. Ein am 14. Juli 2005 gestellter Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde mangels einer die Verfahrenskosten deckende Masse abgelehnt. Der Beklagte ist Geschäftsführer der Schuldnerin. Die Klägerin nimmt ihn wegen verspäteter Insolvenzantragstellung und Eingehungsbetrugs auf Schadensersatz in Anspruch. Bei einer im Rahmen des gegen den Beklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahrens erfolgten Durchsuchung wurden zu den folgenden vom Beklagten anlässlich des Insolvenzantrags als offenkundig bezeichneten Verbindlichkeiten der Schuldnerin keine Unterlagen aufgefunden:

Gläubiger A	90.270,00 €
Gläubiger B	17.806,25 €
Gläubiger C	41.666,00 €

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 36.500 € nebst Zinsen und Anwaltskosten verurteilt, das Berufungsgericht wies die Klage jedoch ab. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass die Schuldnerin bereits am 27. April 2005 zahlungsunfähig gewesen sei. Die von der Klägerin angeführten Verbindlichkeiten der Schuldnerin seien dafür nicht aussagekräftig, weil die Klägerin - teilweise - nicht vorgetragen habe, wann diese tatsächlich entstanden und fällig geworden seien. Das vorzutragen, sei ihr zumutbar gewesen. Denn sie habe die anderen Gläubiger, die sich aus den polizeilichen Ermittlungsakten ergeben hätten, dazu befragen können. Zudem hätten noch zwei Kreditlinien offen gestanden, und die Schuldnerin habe aufgrund einer Geschäftsbeziehung mit dem Dauerkunden G. mit monatlichen Einnahmen in Höhe von rund 90.000 € rechnen können. Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich auch nicht, dass die Schuldnerin am 27. April 2005 überschuldet gewesen sei. Eine Überschuldung könne nur durch einen Überschuldungsstatus nachgewiesen werden. Diesen habe die Klägerin nicht vorgelegt. Auch die polizeilichen Ermittlungen hätten keinen Schriftverkehr zu Tage gefördert, aus dem sich die Vermögenssituation der Schuldnerin hätte ableiten lassen. Dass der Beklagte bereits am 14. Juli 2005 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt habe und zu diesem Zeitpunkt nur noch Verbindlichkeiten in Höhe von 452.000 € offen gestanden hätten, aber kein Aktivvermögen mehr vorhanden gewesen sei, belege angesichts des Geschäftszweigs der Schuldnerin als einer Frachtführerin im Seeschiffsverkehr nicht, dass die Schuldnerin auch schon am 27. April 2005 überschuldet gewesen sei.

Der BGH hat die Entscheidung mit den nachfolgenden Entscheidungsgründen aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit die noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden konnten.

## II. Entscheidungsgründe

*Schadenersatzanspruch  
folgt aus §§ 823 Abs. 2  
i. V. m. 15a InsO*

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die Klägerin einen Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. (jetzt § 15a InsO). Die Schuldnerin war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Klägerin zahlungsunfähig und damit insolvenzreif, und der Beklagte hat seine daraus folgende Pflicht zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags schuldhaft verletzt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. bei Eintritt der Insolvenzreife grundsätzlich sofort zu stellen. Die höchstens dreiwöchige Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. ist nur dann eröffnet, wenn eine rechtzeitige Sanierung „ernstlich zu erwarten ist“ (BGH, Urteil vom 9. Juli 1979 - II ZR 118/77, BGHZ 75, 96, 111 f.). Die Voraussetzung dieser Ausnahme hat nach allgemeinen Grundsätzen derjenige darzulegen, der sich darauf beruft (BGH, Urteil vom 26. Juni 1989 - II ZR 289/88, BGHZ 108, 134, 144 f.; Urteil vom 6. Juni 1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 200), hier der Beklagte. Dass der Beklagte dazu Vortrag gehalten hätte, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt. Revisionsrechtlich ist daher davon auszugehen, dass eine rechtzeitige Sanierung der Schuldnerin nicht zu erwarten war. Die Schuldnerin war jedenfalls am 18. Mai 2005, dem somit maßgebenden Tag des Vertragsschlusses mit der Klägerin, zahlungsunfähig. Das ergibt sich schon aus § 17 Abs. 2 S. 2 InsO. Danach ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Dafür reicht ein nach außen hervortretendes Verhalten, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus, auch wenn noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen. Sogar die Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit kann eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung von insgesamt nicht unbeträchtlicher Höhe ist. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden sind, ist regelmäßig von Zahlungseinstellung auszugehen (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 Rn. 12; Urteil vom 11. Februar 2010 - IX ZR 104/07, ZIP 2010, 682 Rn. 42, jeweils m.w.N.).

*Tatsächliche Nichtzahlung  
eines erheblichen Teils der  
fälligen Verbindlichkeiten  
ausreichend für die  
Zahlungseinstellung*

Diese Voraussetzungen waren hier am 18. Mai 2005 erfüllt. Allerdings muss - wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat - die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung grundsätzlich derjenige darlegen und beweisen, der daraus Rechte für sich herleiten will (BGH, Urteil vom 6. Juni 1994 - II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 200; Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 390/03, BGHZ 164, 50, 57). Das ist hier die Klägerin. Sie hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts teilweise keine substantiierten Angaben zu den Entstehens- und Fälligkeitszeitpunkten der bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens offenen Verbindlichkeiten gemacht. Dessen bedurfte es aber auch nicht. Denn nach der Rechtsprechung des Senats gelten die Voraussetzungen der Insolvenzreife nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als bewiesen, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen nach §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 315/05, ZIP 2007, 1060 Rn. 14 zur Überschuldung). So liegt der Fall hier.

*Grundsatz: Darlegungs- und  
Beweislast bzgl.  
Zahlungsunfähigkeit beim  
Anspruchsteller  
Ausnahme: Beweisvereitelung*

Bei der im Rahmen des gegen den Beklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahrens erfolgten Durchsuchung wurden zu den vom Beklagten anlässlich des Insolvenzantrags als offen stehend bezeichneten Verbindlichkeiten der Schuldnerin keine Unterlagen aufgefunden.

Damit ist davon auszugehen, dass der Beklagte jedenfalls insoweit seine Pflicht aus § 257 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 HGB verletzt hat, die empfangenen Handelsbriefe und die Abschriften der abgesandten Handelsbriefe sowie Buchungsbelege - wie Rechnungen und Quittungen - aufzubewahren. Hätte er diese Unterlagen aufbewahrt, hätte die Klägerin nach Einsichtnahme in die Ermittlungsakte entsprechenden Vortrag halten können. Das ist ihr aufgrund der Verletzung der Aufbewahrungspflicht durch den Beklagten unmöglich. Dagegen spricht - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - nicht, dass die Klägerin die Möglichkeit hatte, die ihr aus der Ermittlungsakte bekannten Gläubiger hinsichtlich der Fälligkeitszeitpunkte ihrer jeweiligen Forderungen und etwaiger Stundungen zu befragen. Denn das Interesse

der Gläubiger ist vorrangig auf die Durchsetzung ihrer eigenen Forderungen gerichtet, und sie sind der Klägerin nicht zur Auskunft verpflichtet, wie die Revision zu Recht geltend macht.

Aufgrund der Zahlungseinstellung jedenfalls zum 18. Mai 2005 wird gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO vermutet, dass die Schuldnerin zu diesem Termin zahlungsunfähig und damit insolvenzreif war. [...]

### III. Anmerkung

Wie bei § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. ist auch nach § 15a Abs. 1 InsO der Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu stellen. Allerdings, so bestätigt der BGH in der vorliegenden Entscheidung seine ständige Rechtsprechung, ist die dreiwöchige Frist nur dann eröffnet, wenn eine rechtzeitige Sanierung ernstlich zu erwarten ist; andernfalls ist der Insolvenzantrag sofort zu stellen. Dies ist im Grunde nichts Neues.

*Tendenz der Rechtsprechung:  
Lösung der Darlegungs- und  
Beweislastverteilung über  
Vermutungsregelungen*

Diese Entscheidung ist bemerkenswert, da der BGH offenbar gleich an verschiedenen Stellen mit Vermutungsregelungen zu Lasten des in Anspruch genommenen Geschäftsführers operiert.

Zunächst knüpft der BGH an die materielle Vermutungsregelung des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO an und nimmt die Zahlungsunfähigkeit jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 18. Mai 2005 an, weil die Schuldnerin ihre Zahlungen eingestellt hat. Dafür reicht nach ständiger Rechtsprechung ein nach außen hervortretendes Verhalten, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.

In einem weiteren Schritt weist der BGH zutreffend darauf hin, dass die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung grundsätzlich derjenige darlegen und beweisen muss, der daraus Rechte für sich herleiten will (vgl. BGHZ 126, 181, 200; 164, 50, 57). Das wäre hier grundsätzlich die Klägerin gewesen. Diese konnte jedoch nach der Feststellung des Berufungsgerichts teilweise keine substantiierten Angaben zu den Entstehens- und Fälligkeitszeitpunkten der bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens offenen Verbindlichkeiten machen.

Gleichwohl stützt sich der BGH auf die Grundsätze der Beweisvereitelung und führt aus, dass die Voraussetzungen der Insolvenzreife nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als bewiesen gelten, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen nach §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich sei. Bei der im Rahmen des gegen den Beklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahrens erfolgten Durchsuchung wurden zu drei vom Beklagten angelegten Ermittlungsakten als offen stehend bezeichneten Verbindlichkeiten der Schuldnerin keine Unterlagen aufgefunden. Somit war nach Auffassung des BGH davon auszugehen, dass der beklagte Geschäftsführer jedenfalls insoweit seine Pflicht aus § 257 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 HGB verletzt habe, die empfangenen Handelsbriefe und die Abschriften der abgesandten Handelsbriefe sowie Buchungsbelege - wie Rechnungen und Quittungen - aufzubewahren. Hätte er diese Unterlagen aufbewahrt, hätte die Klägerin nach Einsichtnahme in die Ermittlungsakte entsprechenden Vortrag halten können. Das sei ihr aufgrund der Verletzung der Aufbewahrungspflicht durch den Beklagten unmöglich.

Der BGH macht es sich an dieser Stelle sehr einfach, was Anlass dazu gibt, sich die Grundsätze der Beweisvereitelung nochmal vor Augen zu führen.

Unter der Beweisvereitelung wird ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Gegners der beweisbelasteten Partei verstanden, das dazu führen kann, einen an sich möglichen Beweis (und zwar den Hauptbeweis) zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung des Gegners scheitern zu lassen. Ein solches beweisvereitelndes Verhalten kann vor oder während des Prozesses in Betracht kommen und sich auf alle Beweismittel beziehen. Die Beweisvereitelung setzt zunächst objektiv ein Tun oder Unterlassen des Gegners der beweisbelasteten Partei voraus, ohne dass die Klärung des Sachverhalts möglich gewesen wäre. Für die Bejahung einer Beweisvereitelung spielt es zwar keine Rolle, ob das Verhalten der Partei vor oder während des Prozesses stattfand. Ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob eine völlige Beweisvereitelung vorliegt oder nur eine Erschwerung der Beweisführung.

*Grundsätze der  
Beweisvereitelung*

Allerdings liegt keine Beweisvereitelung vor, wenn die Unmöglichkeit oder die Erschwerung der Beweisführung überhaupt nicht von konkreten Handlungen des Gegners ausgeht. Darüber hinaus - und das wird oft übersehen - bedarf es auch der Erfüllung eines subjektiven Tatbestands. Der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung verlangt aber grundsätzlich einen doppelten Schuldvorwurf (vgl. BGH NJW 2004, 222). Die Partei muss erstens ein Beweismittel vorsätzlich oder fahrlässig vernichten bzw. vorenthalten. Hinzu tritt als zweiter Schuldvorwurf, dass die Partei vorsätzlich oder fahrlässig die Beweisfunktion des Beweismittels beseitigt. Über die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandsmerkmals schweigt sich die Entscheidung aus.

Zu Unrecht wird in der Literatur im Übrigen darauf hingewiesen, dass bereits ein Grundsatzurteil mit ganz ähnlichem Duktus aus dem Jahr 2007 (BGH, NZI 2007, S. 614, Rn. 14 zur Überschuldung) existiere (so Keller in: GWR 2012, S. 179 ff.). In dem dortigen Fall konnte der Nachweis der insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht geführt werden, weil die Erstellung eines Überschuldungsstatus der beweisbelasteten Partei daran gescheitert ist, dass die Beklagte die hierzu seitens des Gutachters für erforderlich gehaltenen Unterlagen mit der Behauptung nicht vorgelegt hat, diese seien bei der Auflösung der Schuldnerin „verschwunden“. Mit anderen Worten: Es lagen überhaupt keine Unterlagen mehr vor! Im hier zu entscheidenden Fall ging es um genau drei Verbindlichkeiten respektive drei Belege.

Für die Praxis bedeutet das jedenfalls, dass die Geschäftsleiter vor Insolvenzantragstellung nicht nur unter strafrechtlichen, sondern auch unter zivilrechtlichen Aspekten dafür Sorge zu tragen haben, dass die Buchhaltung ajour ist. Ferner muss im Falle einer Inanspruchnahme herausgearbeitet werden, dass den Geschäftsleiter kein doppelter Schuldvorwurf trifft. Weiteres Verteidigungsvorbringen kann ferner sein, dass die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und der Beweisvereitelung dargelegt wird. Denn der BGH führt aus, dass die Grundsätze der Beweisvereitelung nur greifen, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist.

*Fazit: Eine ordentliche Dokumentationslage erschwert die Inanspruchnahme*

## Internationales

### Länderbericht Österreich

Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwaltsanwarter Mag. Philipp Wolm

## Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

### I. Straftatbestand der Verbotenen Intervention (§ 308 StGB)

Anfang 2013 trat das Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012 in Kraft. Dieses basiert zu großen Teilen auf den Ergebnissen der 3. Evaluierungsrunde der Staatengruppe gegen Korruption des Europarats (GRECO), die sich dem Bereich der Strafbestimmungen widmete. Die aktuelle Novelle des Korruptionsstrafrechts, die am 1.1.2013 in Kraft trat, sieht in Bezug auf die Verbotene Intervention bei einer ungebührlichen Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers eine strafrechtliche Sanktion für den Auftraggeber und den Intervenienten vor.

#### Verbotene Intervention

*§ 308. (1) Wer für sich oder einen Dritten dafür einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.*

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer einem anderen dafür einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, dass dieser einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3 000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Wer die Tat in Bezug auf einen 50 000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Eine Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters ist dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt oder mit dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils (§ 305 Abs. 4) für den Amtsträger oder für ihn an einen Dritten verbunden ist.

(5) Der Täter ist nicht nach den vorstehenden Absätzen zu bestrafen, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

## 1. Dreipersonales Verhältnis

Bei der Verbotenen Intervention liegt zwischen folgenden Personen ein dreipersonales Verhältnis vor:

- a) Auftraggeber einer Verbotenen Intervention,
- b) Intervenient, der Einfluss ausüben soll,
- c) Amtsträger, auf den der Einfluss ausgeübt werden soll.

### a) Auftraggeber

#### aa) Der Täter tritt selbst in Erscheinung

Neben einer Bestimmung zum Amtsmissbrauch (§ 12 Fall 2, § 14 Abs. 1, § 302 StGB) könnte er dem Amtsträger einen Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren, um eine pflichtwidrige Vornahme (oder Unterlassung) eines Amtsgeschäfts zu bewirken (Bestechung, § 307 StGB). Wenn der Täter ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft herbeiführen will, so ist dies strafbar, wenn er dafür einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs. 4 StGB) anbietet, verspricht oder gewährt (Vorteilszuwendung, § 307a StGB). Nach diesen Bestimmungen ist er aufgrund der Behandlung aller Beteiligten als Täter i.S.d. § 12 StGB ebenfalls strafbar, wenn er die Vorteile und sein Anliegen dem Amtsträger nicht selbst überbringt, sondern dafür einen Mittelsmann verwendet.

#### bb) Der Täter tritt nicht selbst in Erscheinung

Möchte der Täter aber selbst nicht in Erscheinung treten (also auch ohne einen direkten Mittelsmann), wird er sich der Dienste eines Intervenienten bedienen (durch das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils an diesen). In diesem Fall kann der Täter sich nach § 308 Abs. 2 strafbar machen, wenn er es "ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet" (§ 5 Abs. 1 2. Hs. StGB), dass der Intervenient ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Amtsträgers nimmt. Straffrei bliebe er aber, wenn das beabsichtigte Ziel der Intervention ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft (§ 308 Abs. 4 Fall 1 StGB) sein und damit kein ungebührlicher Vorteil für den Amtsträger (§ 308 Abs. 4 Fall 2 StGB) verbunden werden soll.

Geklärt wurde damit die langandauernde Diskussion, ob auch der Auftraggeber einer Verbotenen Intervention strafbar ist. Der OGH bejahte dies zwar, doch wurde diese Ansicht von Teilen der Lehre kritisiert. Nun folgt der Gesetzgeber schließlich dem "formellen Bedürfnis legislatischer Übersichtlichkeit".

### b) Intervenient

Der Intervenient fungiert als "Zwischenperson" in der dreipersonalen Konstellation der Verbotenen Intervention (§ 308 StGB), er ist das Bindeglied. Zunächst fordert er vom Auftraggeber einen Vorteil, nimmt einen solchen an oder lässt ihn sich versprechen, um dann ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers zu nehmen (§ 308 Abs. 1 StGB). Neben den rechtlich tolerierten Mitteln der Interessenvertretung kann der In-

tervenient zur Erfüllung seines Auftrags auch auf rechtlich verpönte Möglichkeiten zurückgreifen (diese unterscheiden sich nicht von den oben besprochenen Varianten).

Erfasst werden sollen in erster Linie bestimmte Formen des gesetzwidrigen Lobbyismus. Der Intervenient verkauft seinen Einfluss auf Amtsträger und greift in dessen Entscheidungsfindung nicht zwangsläufig durch (ungebührliche) Vorteile ein, sondern etwa durch Einladungen zu speziellen Veranstaltungen. Die Grenze zur Strafbarkeit verläuft dort, wo der Intervenient eine pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts erreichen möchte.

### c) Amtsträger

Der Amtsträger macht sich wegen Bestechlichkeit (§ 304 StGB) strafbar, wenn er einen Vorteil vom Intervenienten in Zusammenhang mit einem pflichtwidrigen Amtsgeschäft angenommen oder sich versprechen lassen hat. Wegen Vorteilsannahme (§ 305 StGB) macht er sich strafbar, wenn er einen ungebührlichen Vorteil in Zusammenhang mit einem pflichtgemäßen Amtsgeschäft angenommen oder sich versprechen lassen hat. Sollte der Amtsträger schon vor dem konkreten Amtsgeschäft einen ungebührlichen Vorteil vom Intervenienten angenommen haben oder sich versprechen lassen, macht er sich wegen Vorteilsannahme zur Beeinflussung (§ 306 StGB) strafbar, wenn der Amtsträger den Vorsatz hatte, sich dadurch in seiner Tätigkeit beeinflussen zu lassen.

## 2. Die Handlung: Ungebührliche Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung

Gemäß § 308 Abs. 4 Fall 1 StGB ist die Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträger dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt. Entscheidende Bedeutung für das Verständnis dieser Fallvariante kommt damit dem Begriff "Amtsgeschäft" und seiner Definition zu.

### a) Amtsgeschäft

Nach dem aktuellen Verständnis umfasst ein Amtsgeschäft jede Handlung oder Unterlassung, "durch die der Täter spezifische Amts- oder Dienstpflichten erfüllt oder verletzt, d.h. Pflichten, die für seinen Aufgabenbereich spezifisch sind".

Unbeachtlich dabei ist es, ob die Handlung öffentliche oder berechnete private Interessen verletzt; relevant ist nur, ob spezifische Amts- oder Dienstpflichten erfüllt oder verletzt werden. Dabei können die erfassten Handlungen verschiedenster Natur sein: Sie können sowohl in einem Hoheitsakt als auch in einem Rechtsgeschäft des Privatrechts liegen.

Andererseits sind Amtsgeschäfte nicht auf Rechtshandlungen oder Hoheitsakte beschränkt. Auch auf die Ausübung einer Entscheidungsbefugnis oder einer Befehls- oder Zwangsgewalt kommt es nicht an. Sogar Verrichtungen rein tatsächlicher Art können Amtsgeschäfte konstituieren, sofern sie zwei weitere Kriterien erfüllen: Die Verrichtung tatsächlicher Art muss erstens zur Erreichung der amtspezifischen Vollzugsziele sachbezogen und relevant sein und zweitens einer Rechtshandlung zumindest einigermaßen gleichwertig sein (sog. Gleichwertigkeitsthese).

Nicht erfasst sind Tätigkeiten "von untergeordneten Hilfskräften, die erst die Voraussetzungen für den eigentlichen Dienstbetrieb schaffen" sollen, wie z.B. die Putzfrau in einem Amtsgebäude oder der Lenker eines Dienstwagens. Im Gegensatz dazu ist etwa die Tätigkeit eines Justizwachebeamten keine bloße Hilfstätigkeit, denn diese stellt "bereits unmittelbar die Erfüllung der den Vollzugsbehörden gesetzmäßig aufgetragenen Verpflichtungen" dar.

### b) Gleichwertigkeitsthese und Verrichtungen tatsächlicher Art

Manuelle Tätigkeiten sind nur dann Amtsgeschäfte, wenn sie Rechtshandlungen gleichwertig sind. Der OGH gibt als Begründung dafür an, dass bei der Interpretation des Begriffs "Amtsgeschäft" darauf zurückgegriffen werden kann, dass der Täter notwendigerweise Beamter sein muss und daher die Beamtendefinition des § 74 StGB herangezogen werden kann. Die Möglichkeit, ein Amtsgeschäft vornehmen zu können, setzt Beamteneigenschaft voraus. Die Beamtendefinition des § 74 StGB umfasst "Rechtshandlungen" oder sonstige "Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung". Der Begriff Amtsgeschäft ist als Oberbegriff für die beiden Begriffe "Rechtshandlungen" und sonstige "Aufgaben der

Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung" zu verstehen. Weiteres ergibt sich aus dem Wortlaut der Beamtendefinition des § 74 StGB, dass die beiden Begriffe gleich geordnet sind. Diese Gleichordnung produziert nur dann keine Wertungswidersprüche, wenn nur solche sonstigen "Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung" erfasst werden, die "Rechtshandlungen" einigermaßen gleichwertig sind.

### c) Abgrenzung Sonderdelikt "Amtshandlung" von unechten Sonderdelikten

Wie bei jedem Sonderdelikt ist auch bei den Amtsdelikten zwischen echten Amtsgeschäften und unechten Amtsgeschäften, also solchen Handlungen, die unter Ausnutzung der Amtsstellung gesetzt werden, zu unterscheiden. So macht sich etwa ein Amtsträger, der Geld aus der dienstlichen Kassa entnimmt, eines allgemeinen Vermögensdeliktes schuldig (Veruntreuung oder Diebstahl, je nach Sachverhaltskonstellation). Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob der Amtsträger durch seine Handlung (nur) für ihn spezifische Dienstpflichten verletzt oder ob er ein Delikt des Strafgesetzbuchs verwirklicht, das er auch als Privatperson (also ohne Rücksicht auf seine Stellung als Amtsträger) hätte verwirklichen können. Hätte auch eine Privatperson dasselbe Delikt begehen können, so ist kein Amtsgeschäft vorgenommen worden. In Frage kommt allerdings die Erhöhung des Strafrahmens nach § 313 StGB, wenn die Handlung unter Ausnutzung der Amtsstellung gesetzt worden ist.

### d) Vollendung der Amtshandlung

Im Rahmen der Strafbarkeitsprüfung stellt sich insbesondere die Frage, wann die Amtshandlung bzw. das damit verbundene Delikt vollendet ist. Wird beispielsweise nur ein Gespräch darüber geführt, ob und unter welchen Umständen der Amtsträger ein bestimmtes pflichtwidriges Amtsgeschäft vornehmen und welches Honorar er sich dafür vorstellen würde, so ist das Delikt noch nicht vollendet. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob der Vorteil bereits angeboten bzw. versprochen wurde. Sobald dies passiert ist, ist das Delikt vollendet. Würde die Strafbarkeit schon früher angesetzt werden, bliebe kein Raum für die Vorbereitung. Diese Frage ist unabhängig davon zu beurteilen, ob bereits ein bestimmtes Amtsgeschäft im Raum steht. Denn auch wenn noch kein bestimmtes Amtsgeschäft im Raum steht, könnte eine Strafbarkeit durch ein Vorbereitungsdelikt vorliegen (z.B. nach §§ 306, 307b StGB).

## 3. Praxisbeispiele

Für Repräsentationsaufgaben gegenüber Amtsträgern, insbesondere für die Bereiche Kulturereignisse sowie Essenseinladungen, wird Folgendes gelten:

Amtsträger, vor allem Politiker oder hohe Beamte von Gebietskörperschaften, werden regelmäßig zu Eröffnungen, Theater- und Konzertbesuchen eingeladen. Nach § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB ist dann kein ungebührlicher Vorteil gegeben, wenn diese Einladungen im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtlich oder sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht. Erhofft der Einladende sich dadurch einen Werbeeffekt, um die Bedeutung der Veranstaltung zu erhöhen, um eine dementsprechende Resonanz in der Presse zu erhalten, ist das seitens des Gebenden als Einlader unbedenklich, da sich die Gegenleistung auf die Anwesenheit beschränkt. Umgekehrt kann sich auch der Amtsträger auf Repräsentationspflichten berufen, dann ist die Einladung als amtlich oder sachlich, weil dienstlich, gerechtfertigt. Schwieriger wird es dann, wenn diese amtlichen oder sachlichen Rechtfertigungen nicht mehr gegeben sind, wenn beispielsweise untergeordnete Politiker oder Beamte zu Veranstaltungen wie z.B. zu einer Konzertveranstaltung eingeladen werden. Der Werbeeffekt ist minimal und die Repräsentation tritt in den Hintergrund.

Unter einem Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. Besser gestellt wird der Amtsträger vor allem durch materielle Zuwendungen jeder Art. Dazu zählen auch Eintrittskarten für regulär entgeltpflichtige Veranstaltungen, da diese Karten einen Vermögenswert haben. Dass die Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben zu den Dienstpflichten gehört, ist richtig, nimmt aber den Eintrittskarten nicht den Vorteilscharakter, wohl aber die Strafbarkeit nach § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB. Diese Frage stellt sich dann, wenn eben nicht nur die Spitzen einer Gebietskörperschaft, sondern auch Abteilungsleiter oder untergeordnete Repräsentanten eingeladen werden: Eine Teilnahme dieser Personen rechtfertigt sich nicht nach § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB. Ebenso wenig die Teilnahme

der Ehefrau, auch wenn es allgemeinen Gepflogenheiten entsprechen mag, auf eine Abendveranstaltung eine Begleitung mitnehmen zu dürfen.

Strafrechtlich entscheidend ist vielmehr, dass zwischen Vorteil und der Dienstausbübung ein Gegenseitigkeitsverhältnis in dem Sinne bestehen muss, dass der Vorteil nach dem angestrebten ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung, wobei darunter jede Tätigkeit des Amtsträgers zu verstehen ist, hat. Diese muss auch nicht, nicht einmal in groben Umrissen, konkretisiert sein. Das Ziel der Vorteilszuwendung ist, die künftige Dienstausbübung zu beeinflussen oder die vergangene zu belohnen. Daher muss der Vorteil somit einen Gegenleistungscharakter haben. Es ist daher entscheidend, welches Ziel der Einladende verfolgt.

Grob kann daher gesagt werden: Verfolgt der Gebende jedes andere Ziel, ist die Einladung erlaubt und vom Strafrecht nicht umfasst. Somit sind sämtliche Einladungen, egal in welcher geldwerten Höhe, die nicht dieses pönalisierte Ziel verfolgen, erlaubt, jedoch wird es nicht einfach sein, den ersten Anschein zu widerlegen.

Zu den Indizien, die für das Erreichen des pönalisierten Zieles sprechen, sei auf obige Ausführungen verwiesen. Um zu einer Strafbarkeit zu gelangen, muss also nachgewiesen werden, dass die Zuwendung von Eintrittskarten ihren Grund gerade in der Dienstausbübung hat bzw die Dienstleistung als Gegenleistung mitbestimmender Beweggrund für die Zuwendung gewesen ist. Es reicht jedenfalls nicht aus, Einfluss auf die dienstliche Aufgabe der Repräsentation nehmen zu wollen, da der Vorteil dafür keinen Gegenleistungscharakter hat, sondern nur Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe ist. Im Gegensatz zu Meinungen in der Literatur ist daher die Einladung an einen breit gestreuten Adressatenkreis sogar gefährlicher, da der Ausnahmetatbestand von § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB dann eher nicht greifen kann, da Repräsentationsaufgaben auf bestimmte Personen beschränkt sind.

Die Rechtsansicht des BMJ, dass bei Masseneinladungen für beispielsweise 150 Personen zur Festigung von Kundenbeziehungen keine Verpflichtung des Unternehmens bestünde, die Kundenliste durchzugehen, ob Amtsträger darunter sind, daher bei Masseneinladungen zu Kundenveranstaltungen kein Vorteil zur Beeinflussung nach § 307b StGB möglich wäre, ist unrichtig. Auch Masseneinladungen haben individualisierte Adressaten und werden nicht mittels Flugzettel auf der Straße ausgegeben. Es kann nicht an der Zahl der Teilnehmer liegen, ob eine "Anfütterung" besteht oder nicht, dies ist selbstverständlich individuell bei jedem einzelnen Teilnehmer zu prüfen. Es wird der Frage nachzugehen sein, warum ein Amtsträger überhaupt im "Verteiler" für eine Kundenveranstaltung steht. Wenn man das Beispiel in der Fibel des BMJ heranzieht, so mutet es eigenartig an, wenn ein Amtsträger zu den "150 besten Kunden" zählt und eingeladen wird. Es kann daher gesagt werden, dass eine Massenveranstaltung keinesfalls von der Strafbarkeit nach § 307b StGB freizeichnet.

Die Einladung und Bewirtung von Eigentümervertretern ist problemlos erlaubt, zum einen, weil vom Ausnahmetatbestand des § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB betroffen, da sachlich bzw. dienstlich gerechtfertigt, zum anderen fehlt der Vorteilszuwendung jeder Gegenseitigkeitscharakter und Beeinflussungswille.

Die Einladung eines Amtsträgers aus rein privaten und freundschaftlichen Motiven kann erlaubt sein, muss es aber nicht; sie ist dann erlaubt, wenn eben kein Beeinflussungswille und Gegenleistungscharakter gegeben ist. Die Beweisfrage bleibt aber wiederum eine schwierige Einzelfallentscheidung. Im Zweifel sind freundschaftliche Jagdeinladungen oder Einladungen zu Segeltörns, entgegen den Ausführungen in den parlamentarischen Materialien, zu vermeiden, da ein Beeinflussungswille nie ausgeschlossen werden kann, zumal wenn Beziehungen des Vorteilsgebers zum Tätigkeitsbereich des eingeladenen Amtsträgers bestehen.

Rechtlich irrelevant ist das auch in der Literatur empfohlene Anführen eines Textes bei Einladungen, womit Eingeladenen die Möglichkeit gegeben werden soll, den im Text erwähnten Wert der Einladung auf ein Konto zu überweisen, damit die Einladung einem guten Zweck zugute kommt. Zum einen ändert das nichts an einem bestehenden Beeinflussungswillen sowie einem möglichen Gegenleistungscharakter, zum anderen nimmt das der Einladung nicht den Vorteilscharakter, da die Karten bei Premieren (meist) ohnehin nicht am freien Markt erhältlich sind. Schließlich würde die Spende nur den Nehmer vor einer Strafbarkeit schützen, keinesfalls aber den Geber, wenn er das pönalisierte Ziel der Beeinflussung damit bezweckt. Dieser Zusatz ist eher kontraproduktiv, weil mit dem Zusatztext in Einla-

dungen genau auf das Bewusstsein der Problematik hingewiesen wird und man versucht, eine Freizeichnung durch eine freiwillige Spende zu erreichen; eine Freizeichnung, die vom Gesetz her allerdings nicht möglich ist.

Dasselbe gilt auch für Einladungen zu Sportveranstaltungen. Das Erscheinen von Amtsträgern kann zweifelsfrei zu Werbezwecken benutzt werden, um die Veranstaltung aufzuwerten und die Rolle des Einladenden als Sponsor der Veranstaltung hervorzuheben. Dies kann bei Großereignissen der Fall sein, bei wöchentlichen Fußballspielen in verschiedenen Ligen ist dieser Werbeeffect wohl nicht gegeben, sodass sich die Strafbarkeit wiederum an den allgemeinen Kriterien orientiert. Amtsträger sind daher zu solchen Veranstaltungen nicht einzuladen, da der Beeinflussungswille schwerlich widerlegt werden kann. Nochmals muss erwähnt werden, dass die Höhe der Zuwendung auf die Strafbarkeit des Gebers keinen Einfluss hat, da nur der Amtsträger als Nehmer privilegiert ist.

Hinsichtlich des Sponsorings gilt Folgendes: Aus rein strafrechtlicher Sicht ist Sponsoring jede Art der Förderung, die nicht der allgemeinen Lebensführung einer anderen Person dient. Erhält der Sponsor echte Gegenleistungen, wie zB Werberechte, so ist das ein klassisches Sponsoring. Dem liegt ein Sponsoringvertrag zugrunde, welcher die Leistungen der Parteien festlegt. Ziel eines jedes sponsernden Unternehmens ist die Gewinnmaximierung, diese basiert zweifelsfrei auf einem guten Marketing, welches wiederum auch der Imagepflege dient.

Für das Sponsoring kann allgemein gesagt werden, dass dieses gerade nicht für die Tätigkeit von Amtsträgern bzw. für deren Dienstausbübung gewährt wird, weil Sponsoring, vor allem im Kulturbereich, gesellschaftlich erwünscht ist, privat-öffentlich-rechtliche Finanzierungs Kooperationen sozialadäquat sind sowie das Sponsoring unabhängig vom öffentlichen Handeln ist, ja geradezu sein muss, um die Marketing-Funktion zu erfüllen. Gerade in diesem Bereich ist Transparenz oberstes Gebot, sodass insgesamt das Sponsoring weder für den Sponsor noch für den Gesponserten strafrechtsrelevant ist.

Hinsichtlich der Leistung von Spenden gilt Ähnliches, ein Beeinflussungswillen von Amtsträgern oder ein Gegenleistungscharakter muss selbstredend ausgeschlossen werden.

## II. Gesetzesbeschwerde

Mit BGBl. I 114/2013 vom 11.07.2013 wurden die verfassungsrechtlichen Bestimmungen, mit denen die so genannte Gesetzesbeschwerde eingeführt wird, kundgemacht.

Demnach erkennt der Verfassungsgerichtshof künftig über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen bzw. über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung bzw. eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels (Art. 139 Abs. 1 Z 4 bzw. Art. 140 Abs. 1 Z 1 Buchst.d B-VG n.F.). Das bedeutet, ein entsprechender Antrag wird gleichzeitig mit einem Rechtsmittel gegen die Entscheidung erster Instanz gestellt. Der Verfassungsgerichtshof kann die Behandlung eines solchen Antrages durch Beschluss ablehnen, wenn er keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (Art. 139 Abs. 1b bzw. Art. 140 Abs. 1b B-VG n.F.).

Die erforderlichen Begleitmaßnahmen sind noch einfachgesetzlich auszugestalten. Durch Bundesgesetz soll zudem geklärt werden, in welchen Verfahren die Stellung eines entsprechenden Antrages unzulässig sowie welche Wirkung mit einem solchen verbunden ist (Art. 139 Abs. 1a bzw. Art. 140 Abs. 1a B-VG n.F.).

Die mit dieser Bundesverfassungsgesetz-Novelle vorgenommenen Änderungen zur Gesetzesbeschwerde treten mit 01.01.2015 in Kraft.

## III. Diversion bei Amtsmissbrauch

Mit dem am 05.07.2013 vom Nationalrat neu beschlossenen Bundesgesetz wird die Strafprozessordnung 1975, das Strafregistergesetz 1968 und das Sicherheitspolizeigesetz geändert. Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2013 soll am 01.01.2014 in Kraft treten.

Kernpunkt dieses Gesetzes ist aus Sicht der Strafverteidigung die Einführung der Diversion bei Amtsmissbrauch. So sieht § 198 Abs. 3 StPO nunmehr auch im Falle des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB ein Vorgehen nach dem elften Hauptstück der StPO vor,

soweit der Beschuldigte durch die Tat keine oder eine bloß geringfügige oder sonst unbedeutende Schädigung an Rechten herbeigeführt hat und die Tat nicht auch nach § 304 StGB mit Strafe bedroht ist.

Dem Bericht des Justizausschusses vom 19.06.2013 ist in diesem Punkt zu entnehmen, dass im Fall der Schädigung an Vermögensrechten unter „geringfügig“ ein EUR 100 nicht übersteigender Schaden zu verstehen ist. Geringe Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn die Verletzung eines Rechts leicht wieder rückgängig gemacht werden kann oder für den Betroffenen keine schweren Folgen entstanden sind bzw. auch nicht das Ansehen der öffentlichen Verwaltung oder Rechtsprechung in größerem Umfang beeinträchtigt wurde.

Anlass für den gegenständlichen Beschluss des Nationalrats war wohl auch die erstinstanzliche Verurteilung wegen Amtsmissbrauchs dreier Angestellter der Wiener Magistratsabteilung 48. Alle drei Angeklagten wurden zu bedingten Haftstrafen verurteilt, weil sie zu viel Abfall von einem Kunden entsorgt hatten, um diesem Gebühren zu ersparen.

Zu den weiteren Neuerungen siehe:

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/BNR/BNR\\_00828/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/BNR/BNR_00828/index.shtml)

## IV. Rechtsprechung:

### 1. Untreue des GmbH-Einzel Gesellschafters

Immer wieder kommt es zu Verurteilungen wegen des Vergehens der Untreue nach § 153 StGB, obwohl der Täter zwar Geschäftsführer, gleichzeitig aber auch nur der einzige Gesellschafter der GmbH war.

Dazu hält der Oberste Gerichtshof erneut in seiner Entscheidung vom 22.11.2012, 13 Os 116/12a fest:

Bei einer zu Lasten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung begangenen Untreue ist nicht der mittelbare Schaden der Gesellschafter, sondern der unmittelbare Nachteil der Gesellschaft maßgebend; ist der Täter allerdings (Geschäftsführer und zugleich) einziger Gesellschafter, dann ist bei wirtschaftlicher Betrachtung durch die Schädigung der Gesellschaft ein Schaden bei einem "anderen" nicht eingetreten.<sup>106</sup>

Eine auf den Tatzeitraum bezogene Aussage zu den Eigentumsverhältnissen an der K. GmbH lässt sich der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen. Demnach ist eine abschließende Beurteilung, ob durch das Verhalten des Angeklagten ein § 153 StGB zu unterstellender Vermögensnachteil eingetreten ist, nicht möglich, weshalb auch für die inkriminierten Beitragshandlungen des Zweitangeklagten keine taugliche Subsumtionsbasis vorliegt.

Das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 17. Februar 2012, GZ 39 Hv 158/11y-26, verletzt § 153 Abs. 1 und Abs. 2 erster Fall StGB.

#### Sachverhalt:

Mit Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 17.02.2012, GZ 39 Hv 158/11y-26, wurde – soweit vorliegend von Relevanz – Jürgen Le\*\*\*\*\* des Vergehens der Untreue nach §§ 12 dritter Fall, 153 Abs. 1 und Abs. 2 erster Fall StGB schuldig erkannt (III/2/b).

Danach habe er von 10.05.2010 bis 24.06.2010 zur Ausführung der strafbaren Handlung des Franz L\*\*\*\*\*, der als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH die ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, wissentlich missbraucht und dadurch dem genannten Unternehmen einen Vermögensnachteil in einem EUR 3.000 übersteigenden Betrag von insgesamt EUR 36.200 zugefügt hat, indem er vom 10.05.2010 bis zum 24.06.2010 in den im Urteil einzeln bezeichneten Fällen (II/1) vom Konto des Unternehmens Überweisungen auf das Konto der Ehegattin des Jürgen Le\*\*\*\*\* ohne Gegenleistung durchführen ließ, dadurch sonst beigetragen, dass er die Geldbeträge vereinbarungsgemäß abhob und Franz L\*\*\*\*\* übergab.

<sup>106</sup> RIS-JusUz RS0094723; Kirchbacher/Presslauer in: WK2 StGB, § 153 Rz. 37.

Nach den zu diesem Urteilssachverhalt getroffenen weiteren Konstatierungen wurde Franz L\*\*\*\*\* im Jahr 2002 alleiniger Gesellschafter der M\*\*\*\*\* GmbH, die am 30.06.2003 die K\*\*\*\*\* GmbH erwarb (US 8).

#### Rechtssatz:

Wie die Generalprokuratur in ihrer zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend ausführt, steht dieses Urteil mit dem Gesetz nicht im Einklang.

Nach § 270 Abs. 2 Z 5 StPO hat das Gericht in den Entscheidungsgründen in gedrängter Darstellung – unter anderem – anzugeben, welche Tatsachen es als erwiesen angenommen hat, zum objektiven Tathergang somit den für den Schuldspruch und den anzuwendenden Strafsatz entscheidungswesentlichen Sachverhalt.<sup>107</sup>

## 2. Zwang zu Geständnis ist kein Missbrauch der Amtsgewalt

Gemäß § 302 Abs. 1 ist ein Beamter zu bestrafen, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht.

In seiner Entscheidung vom 20.12.2012, 13 Os 122/12h hält der OGH fest:

Wie die Generalprokuratur weiters zutreffend ausführt, besteht in Ansehung des D. betreffenden Schuldspruchs wegen eines Verbrechens der Verleumdung nach § 297 Abs. 1 zweiter Fall StGB (VII) kein Anlass für ein Vorgehen nach § 290 Abs. 1 zweiter Satz erster Fall StPO. Werden Polizeibeamte (wissentlich) der Erzwingung eines unrichtigen Geständnisses falsch verdächtigt, begründet dies nicht den Vorwurf des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB, sondern jenen des – trotz des § 313 StGB nur mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedrohten<sup>108</sup> – Vergehens der Nötigung nach § 105 Abs. 1 StGB<sup>109</sup>.

Dies liegt ganz einfach darin begründet, dass die Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, ein Verhalten betreffen muss, das ganz allgemein innerhalb des dem Beamten vom Rechtsträger zugewiesenen Kompetenzbereichs liegen muss. Da aber Beamte generell keine unrichtigen Geständnisse erzwingen dürfen, liegt eine derartige Handlung auch nicht innerhalb dieser Kompetenzen.

## 3. Der Spezialitätsgrundsatz im Auslieferungsrecht

Ein immer wiederkehrendes Problem der Praxis behandelt der Oberste Gerichtshof einmal mehr in seiner Entscheidung vom 09.10.2012, 11 Os 106/12s.

Darin führt das Höchstgericht aus Anlass einer erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde – somit nicht vom Rechtsmittelwerber geltend gemacht – aus:

Grundlage für die mit Beschluss des Justizministeriums von Bosnien und Herzegowina vom 22. Dezember 2011 genehmigte Auslieferung des am 20. Dezember 2011 in Ljubovija festgenommenen Angeklagten war der von der Staatsanwaltschaft Wien ausgestellte Europäische Haftbefehl vom 12. Dezember 2011, welcher auf einer gerichtlichen Bewilligung der Anordnung der Festnahme durch das Landesgericht für Strafsachen Wien beruht. Danach stand der Angeklagte im Verdacht, gemeinsam mit P. und V. sowie weiteren unbekanntem Tätern am 7. September 2011 in Wien das Juweliergeschäft S. unter Verwendung einer Waffe überfallen und Markenuhren geraubt zu haben.

Die nunmehr zum Schuldspruch 1/ des gegenständlichen Urteils angelastete Tathandlung ist im Europäischen Haftbefehl nicht erwähnt. Gemäß Art. 14 Abs. 1 des (fallbezogen anzuwendenden) Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (BGBl Nr. 1969/320), welcher durch das Zweite Zusatzprotokoll zum genannten Übereinkommen vom 17. März 1978 (BGBl Nr 1983/297) keine Änderung erfahren hat und ge-

<sup>107</sup> Danek, WK-StPO, § 270 Rz. 30.

<sup>108</sup> RIS-Justiz RS0096828; vgl. auch RIS-Justiz RS0125293.

<sup>109</sup> RIS-Justiz RS0093367, RS009340; Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch, Rz. 14; Pilnacek in: WK2, § 297 Rz. 35.

mäß dem im Wesentlichen gleichlautenden Art. 17 Abs. 1 des nunmehr für Bosnien und Herzegowina geltenden Vertrags zwischen der Republik Österreich und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über die Auslieferung (BGBl. Nr. 1983/546) darf die ausgelieferte Person wegen einer anderen, vor der Übergabe begangenen Handlung als jener, die der Auslieferung zugrunde liegt (abgesehen von den aktuell nicht vorliegenden Ausnahmefällen der Buchst. a) und b) leg cit) nicht verfolgt, abgeurteilt, zur Vollstreckung einer Strafe oder Maßnahme der Sicherung und Besserung in Haft gehalten oder einer sonstigen Beschränkung ihrer persönlichen Freiheit unterworfen werden.

Der Beschluss des Justizministeriums der Republik Bosnien Herzegowina vom 22. Dezember 2011 genehmigt die Auslieferung des Angeklagten ausdrücklich nur unter der Bedingung, dass gegen diesen keine Strafverfolgung wegen einer anderen vor der Auslieferung begangenen strafbaren Handlung erfolgen und gegen diesen auch keine Strafe vollzogen werden kann, die wegen einer anderen vor der genehmigten Auslieferung begangenen strafbaren Handlung verhängt wurde. Die unter anderem aus Mitteilungen der Interpol ersichtliche Zustimmung des Angeklagten zur Auslieferung im vereinfachten Verfahren entfaltet daher hier in Ansehung des Spezialitätsgrundsatzes keine Bedeutung.<sup>110</sup>

Aus den Akten ist festzuhalten<sup>111</sup>, dass die in Rede stehende Tat in dem vorerwähnten Haftbefehl nicht angeführt ist und somit auch die Auslieferungsbewilligung durch Bosnien und Herzegowina dieses Raubfaktum nicht umfasst. Damit steht einem diesbezüglichen Schuldanspruch des Angeklagten der Grundsatz der Spezialität der Auslieferung entgegen. Mangels aktenkundigen Hinweises auf ein zum Urteilszeitpunkt noch anhängiges Nachtragsauslieferungsverfahren (RIS-Justiz RS0098426 [T3, T5, T9]) war insofern mit Teilfreispruch vorzugehen.

Somit ist für den Verteidiger immer entscheidend, in jenen Rechtssachen, denen eine Auslieferung zugrunde liegt, sich genau mit den Auslieferungsunterlagen auseinanderzusetzen, weil bei vorliegender Spezialität nur diese dort der Auslieferung zugrunde gelegten Tathandlungen auch in Österreich zu einer Verurteilung führen dürfen. Kommt es dessen ungeachtet dennoch zu einer Verurteilung, so ist dies mit dem Nichtigkeitsgrund nach dem § 281 Abs. 1 Z 9 Buchst. b StPO geltend zu machen.

#### 4. Freispruch Finanzstrafgesetz

Der OGH betont, dass das FinStrG keine andere Art des Freispruchs als jene des § 214 FinStrG kennt. Im Übrigen kennt das FinStrG – entgegen der Beschwerde – keine andere Art des Freispruchs durch die Gerichte als jenen nach § 214 FinStrG, sodass nach Maßgabe des Gesetzeswortlauts (§ 214 Abs. 2 FinStrG) jeder Freispruch vom Vorwurf eines Finanzvergehens als ein solcher nach § 214 FinStrG anzusehen ist. Die Wahrnehmung eines allenfalls bestehenden Verfolgungshindernisses nach Art. 4 des 7. ZP ist Sache der nachfolgend tätig werdenden Finanzstrafbehörde.<sup>112</sup>

Spricht das Gericht den Angeklagten "nach § 259 Z 3 StPO" vom Anklagevorwurf frei und bringt es in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck, dass es einen einem verwaltungsbehördlich zu ahndenden Finanzvergehen subsumierbaren Sachverhalt für strafbar hält, ist die Finanzstrafbehörde an der Fortsetzung des Finanzstrafverfahrens nicht gehindert, weil der rechtserhebliche Inhalt einer Entscheidung aufgrund des Wortlauts von Spruch und Gründen in Verbindung mit dem dadurch angewendeten Gesetz zu lösen ist.<sup>113</sup>

#### 5. Strafbestimmender Wertbetrag – mangelfreie Begründung

Der Verweis auf Berechnungen des Finanzamts oder des Sachverständigen reicht zur Fundierung der Feststellungen zum strafbestimmenden Wertbetrag unter dem Aspekt mangelfreier Begründung nur dann, wenn die bezughabenden Fundstellen im Akt ihrerseits eine schlüssige und nachvollziehbare Berechnung enthalten. Konkret beruft sich das Erstgericht auf die "Berechnungen der Finanzbehörde" und deren Abschlussbericht sowie das Gutachten des Sachverständigen, entnimmt die Verkürzungsbeträge aber einer E-Mail der Finanzstrafbehörde, in welcher unter Hinweis auf eine Berufungsvorentscheidung eine Neube-

<sup>110</sup> vgl sonst RIS-Justiz RS0087126 und RS0073377; *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, S. 149.

<sup>111</sup> *Ratz*, WK-StPO, § 288 Rz. 40, 43, 44; 13 Os 19/08f, EvBl 2010/13, 85.

<sup>112</sup> *Ratz*, WK-StPO, § 281 Rz. 628.

<sup>113</sup> OGH 5.4.2012, 13 Os 124/11a; EvBl-LS 2012/113, ÖJZ 2012, 689.

rechnung der Beträge vorgenommen wurde, ohne dass die Grundlagen dieser Neuberechnung auch nur ansatzweise dargestellt wurden.<sup>114</sup>

## 6. Auslieferung in Steuerstrafsachen

Die Bestimmungen über die Rechtshilfe sind nach ständiger Rechtsprechung Verfahrensvorschriften, sind also nach ihrem Inkrafttreten auch auf Delikte anwendbar, welche vor der Rechtsänderung begangen worden sind. Schließt der Gesetzgeber die Rückanknüpfung nicht aus, wird die Schweiz nach dem Wegfall des Fiskalvorbehalts auch Verdächtige ausliefern, denen ein vor dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision begangenes Betrugsdelikt (Abgabe- bzw. Steuerbetrug) vorgeworfen wird.<sup>115</sup>

## 7. Grenzen der Kontoauskunft

Das Oberlandesgericht Wien hat die Bewilligung einer Kontoauskunft hinsichtlich der nicht verdächtigen Ehefrau eines Beschuldigten als unzulässigen Eingriff in das Bankgeheimnis gem. § 38 BWG aufgehoben und den betreffenden Antrag der Staatsanwaltschaft abgewiesen.

Die Kontoauskunft gem. § 109 Z 3 Buchst. a, § 116 Abs. 1 StPO ist auf die Ausforschung von Geschäftsverbindungen von Beschuldigten beschränkt. Ermittlungen über nicht beschuldigte Dritte wie Geschäftspartner, Familienmitglieder oder Freunde des Verdächtigen sind unzulässig.<sup>116</sup>

## 8. Nur ein einziger Protokollberichtigungsantrag

Eine für die Praxis der Strafverteidigung äußerst relevante Regelung behandelt – in einem Nebensatz – die Entscheidung des OGH vom 27.02.2013, 15 Os 110/12 (15 Os 144/12h).

Dabei schildert das Judikat wörtlich folgende Situation: Mit unbekämpft in Rechtskraft erwachsenem Beschluss des Vorsitzenden vom 19.06.2012 (ON 278) wurde das Hauptverhandlungsprotokoll über Antrag des Angeklagten (ON 267) teilweise berichtigt. Einen weiteren – überdies einen für das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde nicht relevanten Umstand betreffenden – Antrag auf Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls vom 30.03.2012 (sowie des Berichtigungsbeschlusses ON 278) wies der Vorsitzende mit Beschluss vom 23.09.2012 (ON 293) ab. Der dagegen gerichteten Beschwerde des Rechtsmittelwerbers gab der Oberste Gerichtshof keine Folge, weil nach herrschender Rechtsauffassung jedem Beteiligten nur ein einziger Antrag auf Berichtigung zusteht, der zweite Antrag somit unzulässig war.

Der Oberste Gerichtshof schließt sich darin erneut seiner ständigen Rechtsauffassung<sup>117</sup> an, wonach man hinsichtlich eines einzigen Hauptverhandlungsprotokolls auch nur einen einzigen Berichtigungsantrag stellen darf. Als Verteidiger sollte man sich also genau überlegen, welche Passagen eines derartigen Protokolls man geändert haben möchte, da nachfolgende Änderungen nur mehr von Amts wegen erfolgen könnten und nachfolgende Anträge vom Gericht zurückzuweisen sind.

<sup>114</sup> Ratz, Mängelfreie Begründung des strafbestimmenden Wertbetrags, ÖJZ 2012, 679; OGH 5. 4. 2012, 13 Os 18/12i.

<sup>115</sup> Holenstein, Schweiz: Sukzessive Öffnung auch bei der Auslieferung in Steuerstrafsachen, PStR 2012, 151; Lochmann, Fiskal- und Spezialitätsvorbehalte in der Rechtshilfe mit der Schweiz vor dem Aus, SWI 2012, 463.

<sup>116</sup> OLG Wien 13. 7. 2011, 17 Bs 193/11y; Flora in: WK2, § 116 Rz 45; Flora, Bankgeheimnis S. 77.

<sup>117</sup> RIS-JustizRS0120818; vgl auch Danek, in: WK-StPO, § 271 Rz 47.

## Rezensionen

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

## Max Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess

**6. Aufl., Köln 2013, Carl Heymanns Verlag, 711 Seiten, EUR 119**

Die bibliographischen Angaben führen zunächst in die Irre: Zwar hat der seinerzeit in Berlin tätige Jurist, der unter anderem 1931 als Strafverteidiger Carl von Ossietzys bekannt geworden ist, im Jahre 1930 die erste Auflage dieses Werks veröffentlicht. 83 Jahre später ist von diesem Grundwerk aber naturgemäß nicht viel mehr übrig. Die jetzt – übrigens genau 30 Jahre nach der letzten Ausgabe - erschienene Neuauflage wurde völlig neu bearbeitet von den Staatsanwälten Dr. Jens Dallmeyer und Dr. Georg-Friedrich Güntge sowie dem Rechtsanwalt Dr. Michael Tsambikakis, die dem Buch ihre eigene Handschrift verliehen haben. Die berufliche Tätigkeit der Verfasser bürgt für einen hohen Praxisbezug, der konsequent und aktuell umgesetzt wird.

Nach einer kurzen Einleitung, die die Rechtsentwicklung seit dem 19. Jahrhundert referiert, wenden sich die Autoren zunächst den Grundlagen des Beweisantragsrechts zu. Sie erläutern hier etwa die Unterschiede zu der Sachaufklärungspflicht des Gerichts und geben ausführliche Hinweise zu der Formulierung und der Substantiierung eines Beweisantrags. Die Darstellung beschränkt sich dabei nicht etwa nur darauf, die aktuelle Rechtsprechung und Literatur zu referieren: Es finden sich, wie überall im Buch an geeigneten Stellen, auch sehr dezidierte Stellungnahmen und umfangreiche Lösungsvorschläge, z.B. zu dem seit fast 20 Jahren diskutierten Streitthema der Darstellung von Konnexität zwischen Beweismitteln und Beweistatsachen (Rn. 121 ff., insbes. 135 ff.). Im zweiten – dem umfangreichsten – Teil beleuchten die Verfasser das Beweisantragsrecht im Ermittlungs- und im Zwischenverfahren sowie in der Hauptverhandlung. Die forensische Praxis belegt gerade hier, wie hoch der entsprechende Informationsbedarf auf Seiten mancher Rechtsbeistände ist, zumal dann, wenn sie Verteidigungen nur gelegentlich übernehmen. Die gerichtliche Fürsorgepflicht (Rn. 740 ff.) vermag formale Mängel und fehlende Rechtskenntnisse hier nur unzureichend zu kompensieren. Dies zeigt sich vor allem in den Entscheidungen, mit denen die Gerichte die gesetzlichen Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO konsequent umsetzen: Missachtet der Antragsteller etwa das Verbot der Beweisantizipation (Rn. 768 ff.) oder stellt er unzulässige Beweisanträge (Rn. 786 ff.), macht er dem Gericht ablehnende Entscheidungen leicht. Gleiches gilt, wenn der Verteidiger die Grundlagen zur Erhebung präsenter Beweismittel (§ 245 StPO) falsch interpretiert, die in den Rn. 1465 ff. erschöpfend dargestellt werden. Abgeschlossen wird der zweite Teil des Handbuchs im Übrigen durch Ausführungen zu Besonderheiten der Beweiserhebung in speziellen Verfahrensarten, wie dem Privatklageverfahren, dem beschleunigten Verfahren oder dem OWi-Verfahren (Rn. 1559 ff.). Der letzte Teil des Buches befasst sich mit der Prüfung von Beweisantragsfragen durch das Revisionsgericht. Hier werden etwa die Darlegungspflichten des Revisionsführers (Rn. 1627 ff.) und der revisionsgerichtliche Prüfungsumfang, insbesondere zur Beruhensfrage (Rn. 1671 ff.) eingehend geschildert.

Zu mäkeln bleibt angesichts der hohen Aktualität der Ausführungen nicht viel: Ich hätte mir lediglich ein etwas ausführlicheres Stichwortverzeichnis gewünscht. Auch sollten Verfasser und Lektorat überlegen, ob die bislang bevorzugte Zitierung von BGH-Entscheidungen allein nach der amtlichen Sammlung nicht durch Hinweise auf andere verbreitetere strafrechtliche Publikationen ersetzt oder zumindest erweitert werden sollte; die Angabe der jeweiligen Aktenzeichen in den Fußnoten würde überdies die Recherche in juristischen Datenbanken erleichtern.

Ein empfehlenswertes Buch. Jeder Anwalt, der als Verteidiger tätig ist, sollte es seiner Handbibliothek hinzufügen. Es tritt gleichrangig neben den bislang solitären Spezialkommentar von *Eisenberg*, der künftig nicht mehr das einzige Standardwerk zu diesem Thema sein wird.

Dabei bleibt zu hoffen, dass eine Folgeauflage nicht wieder Jahrzehnte auf sich warten lässt. Die von den Verfassern im Vorwort als beständige „Innovationen“ im Beweisantragsrecht charakterisierten höchstrichterlichen Rechtsschöpfungen werden sich sicherlich weiter fortentwickeln. Der stets aktuelle Informationsbedarf zu diesem „Zentralproblem des Strafprozesses“ bleibt daher auch künftig hoch.

Ref. jur. Oliver Schmitt, Bayreuth, Manuel Köchel, Frankfurt am Main

## Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil

**Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2013), 21,95 €, 366 Seiten**

**Besonderer Teil, 5. Auflage (2013), 22,95 €, 433 Seiten**

Mit der 6. bzw. 5. Auflage des Examens-Repetitoriums zum Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts sind in diesem Jahr zwei Bücher erschienen, die für fortgeschrittene Studenten der Rechtswissenschaften sehr interessant sein könnten. Die Neuauflagen führen die erfolgreiche Konzeption der fallbasierten Didaktik *Jägers* in gewohnter Manier fort, sodass man sie schon länger zum etablierten Kreis der Standardwerke in diesem Bereich zählen kann und diese insoweit auch kaum noch wegzudenken sind. Die überzeugende Kombination aus Kommentar, Fall- und Lehrbuch rundet den positiven Gesamteindruck ab. Nach Auffassung der Rezensenten (deren Vorbereitung für die Erste Juristische Staatsprüfung in nicht allzu ferner Vergangenheit liegt und in deren Rahmen die beiden Bücher einen festen Bestandteil der materiellen strafrechtlichen Vorbereitung ausmachen) geht beim Erklimmen des Examensbergs eine intensive Auseinandersetzung mit diesen Exemplaren kaum ein Weg vorbei. Aus diesem Grund soll im Folgenden eine Durchsicht und Bewertung beider Werke erfolgen.

### I. Inhalt

Inhaltlich wird in 11 Kapiteln im AT und 22 Kapiteln im BT das gesamte examensrelevante Wissen im Strafrecht auf knapp 700 Seiten abgedeckt. Der Schwerpunkt der Überarbeitung in den Neuauflagen ist zwar in die Einarbeitung der neusten Rechtsprechung gelegt worden, aber auch nicht unbedeutende Gesetzgebungsentwicklungen (beispielsweise die heftig diskutierte Erweiterung des Schutzbereichs des § 114 StGB durch einen neuen Abs. 3, vgl. Besonderer Teil, § 3, Rn. 132a) haben ihren Niederschlag gefunden.

So wurde die hochaktuelle und damit höchst examensrelevante BGH-Entscheidung „Hells Angels“ (BGH NSTz 2012, 272) zur Verdeutlichung der Ausführungen zum Erlaubnisatbestandsirrtum eingefügt. In dieser Entscheidung prüft der BGH geradezu schulmäßig zunächst in der Rechtswidrigkeit die objektive Rechtfertigungslage, ehe er sodann im Rahmen der Schuld untersucht, ob sich der Täter rechtfertigende Umstände vorgestellt hat. Auch der „Mobbing-Fall“ (BGHSt 57, 42 ff.) ergänzt in der neuesten Auflage zum Strafrecht AT ab sofort das Kapitel zum vorsätzlichen Unterlassungsdelikt. Dieser Entscheidung liegt eine ausführliche Prüfung des BGH zugrunde, ob eine Garantenstellung des Täters anzunehmen ist oder nicht. Die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen wird schließlich mit dem Fall „Winnenden“ (BGH StraFo 2012, 173 ff.) vervollständigt. Diese aktuelle Rechtsprechung überzeugt nicht nur durch eine lehrbuchartige Abgrenzung, sondern zeigt auch, dass es im Einzelfall (insbesondere in der Examenklausur) schwerpunktmäßig lediglich auf eine gute Argumentation ankommt, da im Zweifel beide Ansichten vertretbar sind.

Zu Beginn des Exemplars für den Allgemeinen Teil finden sich ca. 20 Seiten Ausführungen zu den Grundlagen des Strafrechts. Ob diese Passagen nicht in einem reinen Lehrbuch besser aufgehoben wären, kann aufgrund der Kürze dahingestellt bleiben. Zumindest für die Vorbereitung auf den mündlichen Teil der Juristischen Staatsprüfung kann ein kurzer Blick in dieses Kapitel nicht schaden. Hervorzuheben ist in der AT Variante weiterhin der ergänzte Exkurs hinsichtlich ausgewählter echter Unterlassungsdelikte (namentlich die offensichtlich

examensrelevanten §§ 138 und 323c StGB), welche als Pendant zu den unechten Unterlassungsdelikten bewusst kurz erläutert werden.

Beispielhaft ergänzt im BT nicht nur der „Drohversuch-Fall“ (BGH StV 2012, 153) die Ausführungen zum Tatbestand des schweren Raubes, sondern auch der „Bilddateien-Fall“ (BGH StV 2012, 465) den subjektiven Tatbestand zum Raub. In den universitären Veranstaltungen weist *Jäger* zudem stets auf den „Mobiltelefonfall“ (BGH NStZ 2011, 36) hin, der nach seiner Auffassung irgendwann im Examen „abgefragt werden muss“. Dieser Stoff des Besonderen Teils wird dabei in drei umfangreiche Oberkapitel untergliedert: Delikte gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, Delikte gegen das Vermögen und weitere examensrelevante Deliktgruppen. Bereits im Rahmen dieser Aufteilung wird erkennbar, dass das Buch neben der klausurtaktischen Ausrichtung v.a. auf das Systemverständnis der Materie ausgelegt ist. Die unter § 21 des BT Bandes besprochenen Delikte des Umweltstrafrechts sind zwar kein Pflichtstoff in der Ersten Juristischen Staatsprüfung, sodass die Ausführungen dazu im Hinblick auf eine Examensvorbereitung auch hätten weggelassen werden können; anlässlich der kurzen Darstellung und der Tatsache, dass an manchen Universitäten ein Schwerpunkt zu eben jenem Bereich angeboten wird, fällt dieser Aspekt nicht unbedingt negativ ins Gewicht.

Alle Fälle werden dabei nicht nur gutachterlich und somit klausurähnlich gelöst, sondern in knappen Bemerkungen kritisch hinterfragt und ggf. ergänzt.

Kritisch zu beurteilen und auch erst auf den zweiten Blick erkennbar ist, dass zwar häufig Sonderprobleme den jeweiligen Diskussionsstand komplettieren, allerdings gewisse Bereiche, von denen ein Examenskandidat zumindest einmal Notiz genommen haben sollte, nicht erörtert werden. So wurden im Examen beispielsweise bereits Fallgestaltungen wie die fahrlässige Mittäterschaft abgeprüft, zu der dogmatische Ausführungen jedoch in den Büchern fehlen. Um die Seitenzahl nicht übermäßig zu erhöhen, wäre zumindest ein kurzer Verweis auf jene Problematiken in einer Fußnote mit weiteren Fundstellen angebracht. Ob eine vertiefte Auseinandersetzung mit der jeweiligen Problematik erfolgt, ist dann dem Leser selbst überlassen.

Was inhaltlich hiernach dagegen sofort auffällt, ist, dass Ausführungen zur Strafprozessordnung vollständig ausgespart worden sind. Für die Examensvorbereitung sehr zu empfehlen ist an dieser Stelle (ebenfalls aus der Unirep Jura Reihe) das Examens-Repetitorium von *Engländer*, das ebenfalls in diesem Jahr in der 6. Auflage erschienen ist. Dieses Buch rundet die strafrechtliche Wissensvermittlung auf lediglich gut 100 Seiten prozessrechtlich ab.

## II. Darstellung

Auch unter formalen Aspekten gleichen sich die Werke, da sie beide in Abgrenzung zur sonstigen Literatur den Inhalt geradezu abwechslungsreich darstellen. Denn im Unterschied zu den klassischen Lehrbüchern legt der Autor nicht nur besonderen Wert auf allgemeine Aufbauhinweise, indem er übersichtliche und einprägsame Schemata integriert, die Ausgangspunkt und Leitfaden für jede Klausurbearbeitung darstellen, sondern es fällt auch auf, dass mit examensnahen Klausur- und Problemhinweisen in prägnantester Form die Vermeidung von typischen Fehlerquellen vermittelt werden soll. Diese Tipps beziehen sich dabei nicht nur auf spezifische Einzelfallfragen, sondern greifen auch allgemeine klausurtaktische Aufbauansätze auf.

Mit diesem Konzept erreichen beide Bände das Ziel der Unirep Jura Reihe des C.F. Müller Verlages, eine gezielte Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung. Hilfreich wirken dabei auch nicht nur die in kursiv abgedruckten Klausurhinweise („Achtung Klausur“ bzw. „Hinweis für die Klausurbearbeitung“), sondern auch die klare Sprache. Was für den Klausurverfasser umso dankbarer ist, sind die häufig kurz und auf das Wesentliche reduzierten Aufbereitungen der Streitstände, die jedem Examenskandidaten bekannt sein müssen. Exemplarisch kann das anhand der Aufbereitung des Erlaubnistatbestandsirrtums und der Abgrenzung des *dolus eventualis* von der bewussten Fahrlässigkeit festgemacht werden (Allgemeiner Teil, § 3, Rn. 75 ff. sowie § 5, Rn. 212 ff.): Während zunächst die jeweilige Strömung mit zwei bis drei Sätzen prägnant erläutert wird, folgt im unmittelbaren Anschluss neben der systematischen Verortung im Prüfungsaufbau ein Argument gegen die entsprechende Deutungsmöglichkeit. Häufig gewährt einem die strafrechtliche Examensklausur nicht den notwendigen zeitlichen Rahmen eine andere Auffassung mit mehr als ein bis zwei Argu-

menten zu entkräften. Vervollständigt wird diese methodische Herangehensweise mit dem bereits oben erwähnten „Hells Angels-Fall“.

Es gelingt *Jäger* zudem des Öfteren, vermeintlich Kompliziertes verständlich zu vermitteln. Mithilfe einer analytischen Aufschlüsselung der Regelungsstufung der examensträchtigen Brandstiftungsdelikte (vgl. Besonderer Teil, § 16, Rn. 502) wird die Unterscheidung in Grunddelikt, Qualifikation, Erfolgsqualifikation und abstraktes Gefährdungsdelikt trennscharf herausgearbeitet. Mittels drei typischen Klausurkonstellationen (vgl. Besonderer Teil, § 11, Rn. 381 ff.) wird die in schriftlichen Arbeiten häufig unzutreffende Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung kurz aber entsprechend fundiert erläutert. Gerade die tabellenartige Gegenüberstellung der divergierenden Rechtsfolgen für die BGH- und die Literaturlösung beschränken den aktuellen Forschungsstand auf die wesentlichen Punkte.

Zur abwechslungsreichen Darstellung tragen schließlich die vielen kleinen Fälle bei. Diese sind in den Text integriert und greifen den zuvor vermittelten Examensstoff unmittelbar auf. Nach Auffassung der Rezensenten schafft kein anderes Lehrbuch eine so flüssige Integration der Fälle in die Vermittlung des abstrakten Lernstoffes. Die Sachverhalte sind dabei meistens Entscheidungen des BGH nachempfunden und bilden dadurch gleichzeitig potentielle Examenssachverhalte. Im Anschluss an den grau hinterlegten Sachverhalten folgt eine sorgfältig ausformulierte Lösung. Diese wird dabei, abweichend vom Urteilstil des BGH, unter Einbeziehung des strafrechtlichen Gesamtsystems derart aufbereitet, dass sie als Gutachten für eine Examensklausur dienen könnte.

Abschließend sei noch auf eine Selbstverständlichkeit hingewiesen: Um einem Repetitoriumsbuch gerecht zu werden, bleibt es nicht aus, Grundlagenwissen in knapper Form darzustellen und gewisse Vorkenntnisse vorauszusetzen. Aus diesem Grund kann das Buch nicht für Studenten in den ersten Semestern empfohlen werden.

### III. Zusammenhang

Der immanente Vorteil der beiden Bände ist darin zu sehen, dass beide von dem gleichen Verfasser geschrieben worden sind. *Jäger* unternimmt damit den Versuch, mit Verweisungen (Beispielsweise Allgemeiner Teil, § 3, Rn. 82a sowie Besonderer Teil, § 15, Rn. 489 und gleicher Band § 8, Rn. 272) zwischen den Bänden die Bezüge zwischen AT und BT herzustellen und eine einheitliche Darstellung zu ermöglichen. Im Ergebnis ergänzen sich die Bücher damit gegenseitig. Zwar mag es z.T. etwas Überwindung kosten, den jeweiligen anderen Band aufzuschlagen und die entsprechende Stelle nachzulesen. Allerdings kann nur über diesen Weg der notwendige „Examensinstinkt“ für die typisch unbekannteren Fälle in den Klausuren geschärft werden. Mithin ist es gerade im Bereich des Besonderen Teils des Strafrechts von entscheidender Relevanz, den rechtsgutsbezogenen Charakter der einzelnen Delikte zu erkennen und damit das womöglich unbekanntere Problem mit juristisch sauberer Methodenlehre zu lösen. Über die jeweiligen Verweise zwischen den beiden Exemplaren wird schließlich noch gewährleistet, dass der Student nicht nur am Einzelproblem hängen bleibt, sondern die Problematik im Gesamtzusammenhang einzuordnen vermag.

### IV. Vergleich

Abschließend soll noch vergleichend eine Alternative zu den Werken von *Jäger* aufgezeigt werden. Mit dem Klausurenkurs im Strafrecht richtet sich *Beulke* mit einem auf drei Bände ausgelegten Gesamtwerk ebenfalls an Examenskandidaten. Während Teil I und II für Anfänger bzw. Fortgeschrittene konzipiert ist, wendet sich Teil III speziell an Studenten, die sich gezielt fallorientiert und repetitoriumartig auf das Examen im Strafrecht vorbereiten wollen. Inhaltlich verfolgt dieses 2013 nunmehr in 4. Auflage erschienene Werk ein anderes Konzept, indem es anhand von 15 klausurnahen Fällen den gesamten examensrelevanten Stoff abdecken will. Die Fälle sind dabei vom Schwierigkeitsgrad her durchaus anspruchsvoll, aber nicht examensfern. Im Rahmen der Lösungen werden dabei 160 Hauptprobleme herausgegriffen und optisch so hervorgehoben, dass ein späteres kurzes Überfliegen leicht möglich ist. Mit 600 Seiten ist das Werk ähnlich umfangreich, behandelt allerdings mit 29 Problemen zusätzlich auch das Strafprozessrecht in seinen wesentlichen Zügen. Positiv hervorzuheben sei noch, dass dieses Werk nicht auf den ersten beiden Bänden aufbaut, aber dennoch natürlich wie auch bei den Werken von *Jäger* als Repetitoriumsbuch Grundkenntnisse voraussetzt.

## V. Fazit

Als Fazit lässt sich konstatieren, dass die Werke eine Lücke zwischen den meist knappen Repetitoriumsskripten und den für die Examensvorbereitung zu ausführlichen Lehrbüchern bestmöglich ausfüllen, indem der strafrechtlich relevante Stoff konzentriert dargestellt wird. Dadurch erhält man die Möglichkeit, das Strafrechtswissen aus den beiden Büchern in einem Schnelldurchlauf einige Wochen vor dem Examen noch einmal Revue passieren zu lassen, indem die wichtigsten Probleme in relativ kurzer Zeit durch die formale Hervorhebung überflogen werden können.

Mit einem Preis von jeweils um die 22 Euro stellen sie damit eine erschwingliche und gute Alternative zur sonstigen Fachliteratur dar. Ein weiterer positiver Effekt ist, dass durch die Einbettung der neuen Entscheidungen der Umfang der Bücher beibehalten werden konnte, indem einige ältere Fälle als Beispiele fortgeführt werden. Empfehlen kann man dieses Buch also allen Jurastudenten, die den Examensberg vor Augen haben und ihr Wissen über den Allgemeinen und Besonderen Teil des StGB auffrischen möchten und eine sehr gute Lektüre suchen. Aber auch für Referendare kann ein kurzer Blick in die aktuellen Auflagen für die Wiederholung des materiellen Rechts eine gelungene Abwechslung sein.

Rechtsanwalt Dr. Max Klinger, Schorndorf

## Compliance und Strafrecht

**Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Hrsg.), C.F. Müller, 2013**

Wer sich beruflich mit Criminal Compliance beschäftigt, wird sich – gerade bei der Beratung international tätiger Mandanten oder von Unternehmen mit internationaler Gesellschafterstruktur – der grenzüberschreitenden Dimension einschlägiger Fragestellungen und Risiken nicht entziehen können. Regelkonformität kann hierbei nur unvollständig anhand des gesetzlichen Rahmens oder unternehmensinterner Richtlinien beurteilt werden; vielmehr ist die präventive Bewertung strafrechtlicher Haftungsrisiken bzw. die Prüfung, ob bereits eine deliktische Überschreitung vorliegen könnte, nicht zuletzt auch an den jeweils vorherrschenden ethischen und dogmatischen Standards auszurichten, die im internationalen Kontext aufgrund unterschiedlicher kultureller Anschauungen und Mentalitäten divergieren können.

Um dem interessierten Leser einen anschaulichen Vergleich der deutschen und der spanischen „Compliancekultur“ zu ermöglichen, bedienen sich die Herausgeber *Kuhlen*, *Kudlich* und *Ortiz de Urbina* in ihrer Veröffentlichung „Compliance und Strafrecht“ des Stilmittels der thematischen Gegenüberstellung: Der Sammelband umfasst insgesamt zwölf Referate, die anlässlich einer Tagung der deutsch-/spanischsprachigen Strafrechtslehrervereinigung Crimint an der Universität Mannheim im Jahr 2012 gehalten wurden, wobei ausgewählte Schwerpunktthemen jeweils aus der Perspektive eines deutschen und eines spanischen oder lateinamerikanischen Referenten beleuchtet werden.

Neben den Einführungsreferaten zu den „Grundfragen von Compliance und Strafrecht“ geben die Folgereferate mit den Themen „Aufsichtspflichten und Compliance im Unternehmen“, „Compliance und Mitarbeiterrechte“, „Die Rechtsstellung und strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Beauftragten“, „Compliance und Internal Investigations“ sowie „Compliance und Strafsanktionen gegen Unternehmen“ durch die kompakte, klar gegliederte und übersichtliche Darstellungsweise des Referatstils einen guten Überblick über den jeweiligen Themenbereich. Dass es teilweise zu Wiederholungen und inhaltlichen Überschneidungen kommt, z.B. hinsichtlich der Definitionen gängiger Begriffe, dient durchaus der Verständlichkeit und erlaubt, einzelne Beiträge auch isoliert – mit Gewinn – zu lesen.

Es würde den Rahmen einer Rezension sprengen, die Unterschiede beider „Compliancekulturen“ unter dem Blickwinkel des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts umfassend darzustellen. Beispielhaft ist hervorzuheben, dass die Aufsichtspflichten der Unternehmensleitung in Deutschland u.a. gem. §§ 130, 9 OWiG positiv normiert sind, während diese in Spa-

nien – nach herrschender Auffassung – auf einer allgemeinen Garantenpflicht für das Unternehmen als „Sonderrisiko“ beruhen sollen; die Führungskraft sei demnach sowohl strafrechtlich verantwortlicher Beschützergarant in Bezug auf die Vermeidung interner Schäden und Vermögensnachteile als auch Überwachungsgarant mit der weitgefassten Pflicht, eine Schädigung Dritter zu verhindern.

Die Betonung dieses Unterschiedes ist gerade im Hinblick auf eine – kurz nach der Tagung veröffentlichte und daher noch unberücksichtigte – Entscheidung des BGH vom 10.07.2012 „brandaktuell“; darin hebt der 6. Zivilsenat hervor, dass die sich aus der Organstellung gem. § 43 Abs. 1 GmbHG und gem. § 93 Abs. 1 AktG ergebende Pflicht, für die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft Sorge zu tragen (sog. „Legalitätspflicht“, vgl. hierzu BGHZ Bd. 133, S. 370, 375), grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft besteht und bei ihrer Verletzung folglich auch nur Schadensersatzansprüche der Gesellschaft entstehen können. Eine Garantenpflicht von Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern gegenüber Dritten zur Verhinderung von Vermögensschäden wird somit derzeit in Deutschland – im Gegensatz zum spanischen Ansatz – höchstrichterlich abgelehnt (BGH Az. VI ZR 341/10; NZG 2012, S. 992 ff.).

Auswirkungen hat die unterschiedliche Betrachtungsweise auch auf die Begründung und den Umfang der Garantenpflicht des Compliance Officers. Während diese Garantenpflicht in Deutschland – in Anlehnung an das obiter dictum des 5. Strafsenats vom 17.07.2009 (BGH NJW 2009, S. 3173 ff.) – als originäre Pflicht kraft vertraglicher Übernahme i.S.v. § 13 StGB begründet wird, wobei eine Strafbarkeit – mangels Vorsatz und tatsächlicher Erfolgsabwendungsmöglichkeiten sowie aufgrund eingeschränkter vertraglicher Überwachungspflichten – praktisch kaum gegeben sein dürfte, geht der spanische Referent von einer derivativen, d.h. von der Unternehmensführung abgeleiteten und damit sehr weit gefassten Präventionspflicht des Compliance Officers aus.

Die Referate zum Themenkreis der unternehmensinternen Ermittlungen beschäftigen sich in erster Linie mit dem Fehlen selbstregulierender Vorschriften zur Durchführung von Internal Investigations und der dogmatischen Herleitung abgestufter Eingriffsrechte in die Privatsphäre von Arbeitnehmern. Erfrischend praxisnah sind die Ausführungen zu konkreten Problemstellungen der anwaltlichen Beratung – insbesondere, unter welchen Umständen eine interne Untersuchung zu empfehlen ist und welche Maßnahmen hierbei in Betracht kommen.

Schließlich wird – angesichts der in anderen EU-Ländern bestehenden Unternehmensstrafbarkeit und deren Einführung in Spanien im Jahr 2010 – das Bedürfnis einer allgemeinen Verbandsstrafbarkeit diskutiert. Neben der Behandlung bedeutsamer Fragen, wie der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit, der Schuldfähigkeit sowie der strafrechtlichen Ansprechbarkeit juristischer Personen, erörtert der deutsche Referent, ob eine Verbandsstrafbarkeit *de lege ferenda* eher über einen Pauschalverweis (sog. „All-Crime-Approach“) oder über einen enumerativen Deliktskatalog (sog. „List-Based-Approach“) – unter Berücksichtigung der „Compliance-Fähigkeit“ bzw. der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit unternehmensbezogener Delikte – einzuführen wäre. Einschränkend wird jedoch zu Recht hervorgehoben, dass auch die geltenden Bußgeldtatbestände und die Verfallvorschrift gem. § 73 Abs. 3 StGB, die an ein strafbares Organverhalten anknüpfen, durchaus eine effektive Verhaltenssteuerung bewirken können und die Einführung einer Verbandsstrafbarkeit folglich nicht zwingend geboten ist.

In diesem Sinne setzt sich der spanische Referent bemerkenswert kritisch damit auseinander, ob – aus externer Sicht – die Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit in Deutschland zu befürworten sei und hierbei das spanische Modell als Leitbild dienen könnte. Insbesondere sei nicht ersichtlich, welchen zusätzlichen Vorteil die strafrechtliche Sanktionierung von Unternehmen – angesichts des Ultima-Ratio-Gedankens und generalpräventiver Überlegungen – gegenüber einer rein administrativen Ahndung bringen würde. Zudem beruhe die Unternehmensstrafbarkeit in Spanien, die durch die Ley Orgánica 5/2010 eingeführt wurde, auf dem fragwürdigen Grundsatz einer unmittelbaren, zwingenden Zurechnung des Verschuldens natürlicher Personen (Organmitglieder, Vertreter), obwohl oft nicht ausgeschlossen werden könne, dass – trotz guter Organisation und einer regelförmigen Unternehmenspolitik – ein singuläres, nicht vorhersehbares Fehlverhalten auftritt. Das spanische Modell wird folglich eher als Negativbeispiel vermeidbarer Fehler beschrieben.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das vorliegende Werk eine übersichtliche Darstellung des aktuellen Diskussionsstandes zu wesentlichen Kernbereichen der Criminal Compliance bietet. Der interessierte Leser kann sich – gerade durch den kompakten Referatstil der einzelnen Kapitel – mit überschaubarem Zeitaufwand einen guten Überblick zu den jeweiligen Themen verschaffen. Die Gegenüberstellung zweier „Compliancekulturen“ dient hierbei nicht nur dem Rechtsvergleich; vielmehr erlauben die unterschiedlichen Perspektiven – auch unter dem Gesichtspunkt künftiger Entwicklungstendenzen – einen bereichernden „Blick über den Tellerrand“ hinaus.

Rechtsanwalt Dr. Stefan Hiebl, Bonn

## Russack, Die Revision in der strafrechtlichen Assessorklausur

8. Auflage 2013, 177 Seiten, 20,95 €

Als der Rezensent im Jahre 2005 vom Präsidenten des Oberlandesgerichtes Köln erstmals damit beauftragt wurde, als Rechtsanwalt eine Fortgeschrittenen-Arbeitsgemeinschaft für Referendare auf dem Gebiet des Strafrechts zu leiten, stellte sich die Frage, wie man den Referendaren das Revisionsrecht näherbringt. Erfahrungen von anwaltlichen Kollegen gab es nicht, weil die Anwälte bis dahin nicht in die Ausbildung in Form der Leitung von Arbeitsgemeinschaften eingebunden waren. Das Oberlandesgericht selbst verwies (und verweist auch heute noch) auf die im Internet veröffentlichten Ausbildungspläne. Die Ausbildungspläne helfen jedoch nicht wirklich weiter. Dort wird nicht erklärt, wie man den Referendaren den Prüfungsstoff näherbringt, sondern eine solche Masse von Ausbildungsgegenständen aufgezählt, die unmöglich in zwei bzw. drei Vortragsmodulen gelehrt werden können (Stellung prozessualer Anträge, Verteidigungsstrategie, Verständigung im Strafverfahren, Aufbau einer Verteidigungsschrift, prozessualer Tatbegriff, Beweiserhebung und Beweiswürdigung, besondere Verfahrensarten, Klageerzwingungsverfahren, Nebenklage, Privatklage, Wiederaufnahmeverfahren, Aufbau und notwendiger Inhalt strafgerichtlicher Entscheidungen, Berufung, Beschwerde, Revisionsrecht). Auf der Suche nach geeigneter Literatur stieß der Rezensent u. a. auf „den Russack“, der damals in der 1. Auflage erschienen war. Nach Auswertung verschiedener Lehrbücher und Skripten mehrerer Anbieter von Repetitorien stellte sich heraus, dass „der Russack“ in geradezu herausragender, einzigartiger Weise geeignet ist, Referendare auf die Revision in der strafrechtlichen Assessorklausur vorzubereiten. *Russack* holt die Referendare dort ab, wo sie sich revisionsrechtlich befinden, nämlich bei null.

Die in der Regel fehlenden Vorkenntnisse der Referendare sind darauf zurückzuführen, dass im Studium allenfalls die Grundzüge des Verfahrensrechts gelehrt werden, wozu die Spezifika der Revision nicht gehören.

*Russack* gelingt es vorbildlich, die hochkomplexe Materie des Revisionsrechtes so zu entschlacken, dass er auf 171 Seiten alle klausurrelevanten Probleme der strafrechtlichen Assessorklausur in einfacher Sprache klar, verständlich und nachvollziehbar darstellt.

Das Buch ist kein Lehrbuch im klassischen Sinne. Es ist ein reines Anleitungsbuch zur Fertigung einer Klausur im Assessorexamen. Diesem Ansatz folgend hat der Autor sich darauf beschränkt, im Wesentlichen nur zwei Kommentare zu zitieren, nämlich *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 55. Auflage und *Fischer*, Strafgesetzbuch, 60. Auflage. Wissenschaftlich wäre diese Vorgehensweise zu beanstanden. Für ein Anleitungsbuch ist diese Beschränkung sinnvoll, ja geradezu zwingend, weil die Referendare im Examen auch nur diese beiden Kommentare zur Verfügung haben.

Auch thematisch beschränkt sich *Russack* darauf, nur die Punkte anzusprechen, die tatsächlich klausurrelevant sind. Gefunden hat er diese Punkte durch eine Auswertung von rd. 100 Original-Examensklausuren. Das Buch bildet damit exakt den Stoff ab, der bisher examensrelevant war. Auch hierdurch unterscheidet es sich von anderen Lehrbüchern. So wird beispielsweise die in der Revisionspraxis (nicht in der Klausurpraxis!) bedeutsame Problematik

des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO, nach der bei der Rüge der Verletzung formellen Rechts die den Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden müssen, komplett ausgeblendet, weil sie bisher kaum examensrelevant war.

Es gibt – worauf *Russack* hinweist – nur einen einzigen Fall aus dem Jahre 2006, bei dem das LJPA NRW auch eine Revisionsbegründung gefordert hat. Soweit *Russack* hierzu ausführt, „Wer den Umgang mit dem StPO-Kommentar von *Meyer-Goßner* eingeübt hat, wird auf diese exotische Ausnahmekonstellation auch ohne spezielle Vorbereitung sicher reagieren können“ (Rn. 6), besteht für einen solchen Optimismus kein Anlass. Der Rezensent hat die besagte Klausur zweimal in der Fortgeschrittenen-Arbeitsgemeinschaft schreiben lassen und seitdem nicht mehr angerührt. Die Ergebnisse waren desaströs. Die Bearbeiter waren weit überwiegend nicht in der Lage, eine den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO entsprechende Revisionsbegründung zu fertigen. Ein solches Ergebnis ist schon deshalb ärgerlich, weil es in der Praxis dazu führt, dass ein falsches Urteil rechtskräftig wird, nur weil der Revisionsführer nicht in der Lage ist, die Formalia einzuhalten.

Hieraus den Schluss zu ziehen, es müsste gerade deshalb § 344 Abs. 2 S. 2 StPO vermehrt gelehrt und geprüft werden, wäre jedoch falsch. Hierzu fehlt im Referendariat – so wie es derzeit aufgebaut ist – schlicht die Zeit. Man muss bei der derzeitigen Konzeption der Ausbildung damit leben, dass auch derjenige, der gute Revisionsklausuren schreiben kann, damit noch nicht automatisch in der Lage ist, im Einzelfall eine Revision formgerecht zu begründen.

Es ist daher richtig und ausdrücklich zu begrüßen, dass *Russack* die Problematik des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO bewusst ausblendet.

Der besondere Clou des Buches besteht darin, dass der Leser an die Hand genommen und durch die verschiedenen Prüfungsstufen einer Examensklausur geführt wird. Dabei ist das Buch exakt so gegliedert wie eine Examensklausur (Zulässigkeit, Begründetheit, Zweckmäßigkeitserwägungen, Revisionsanträge). Es werden sämtliche examensrelevanten Probleme angesprochen, so dass es bisher keine Klausur gab, die nicht mit Hilfe „des Russacks“ hätte gelöst werden können.

Eine weitere Besonderheit des Buches ist, dass an verschiedenen Stellen Tipps gegeben werden, wie man klausurtechnisch am besten mit bestimmten Problemen umgeht. Dabei geht die Hilfestellung sogar so weit, dass konkrete Formulierungen für die Klausur vorgeschlagen werden. Mehr kann man beim besten Willen nicht machen.

Neben den vielen Vorzügen des Buches sind nur wenige kritische Anmerkungen veranlasst. So empfiehlt der Autor die absoluten vor den relativen Revisionsgründen zu prüfen (Rn. 80), wobei sprachlich sogar der Eindruck erweckt wird, diese Prüfungsreihenfolge sei zwingend.

Beidem ist zu widersprechen. Man kann die absoluten vor den relativen Revisionsgründen prüfen, muss es jedoch nicht. Empfehlenswert ist es, die Rechtsfehler in chronologischer Reihenfolge zu prüfen. Dieser Aufbau gibt eine größere Gewähr dafür, dass Fehler nicht übersehen werden. Entscheidend ist, dass die Rechtsfehler und vor allem die verletzte Norm, die § 338 StPO nicht sein kann, gefunden werden.

Der von *Russack* empfohlene Aufbau verleitet zu einem falschen Obersatz. Viele Bearbeiter beginnen – dem Aufbauschema *Russacks* folgend – etwa wie folgt: „Es könnte § 338 Nr. 5 StPO verletzt sein, weil in der Hauptverhandlung ein Verteidiger nicht anwesend gewesen ist.“

Dieser Obersatz ist schon deshalb falsch, weil § 338 Nr. 5 StPO zu der Frage, ob ein Verteidiger anwesend sein musste, nichts sagt. Unter § 338 Nr. 5 StPO kann man den Sachverhalt nicht subsumieren. Besser ist es, wenn die Bearbeiter die verletzte Norm suchen (z.B. § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO) und die Einordnung, absoluter oder relativer Revisionsgrund, im Rahmen der Beruhensprüfung vornehmen.

Hinsichtlich der Zweckmäßigkeitserwägungen formuliert *Russack*, dass es sich bei diesem Klausurteil um ein bloßes Anhängsel handele, das besondere inhaltliche Anforderungen kaum aufweise (Rn. 616). Dem ist energisch zu widersprechen. Bei den Zweckmäßigkeitserwägungen handelt es sich um „das Salz in der Suppe“. Hier kann und muss der Bearbeiter zeigen, ob er in der Lage ist, die gefundenen Ergebnisse auch in zweckmäßige Handlungen umzusetzen.

Aus anwaltlicher Sicht trennt sich hier die Spreu vom Weizen. Derjenige, der zwar in der Lage ist, die Sach- und Rechtslage zutreffend zu klären, dem aber die Begabung und/oder Kenntnis fehlt, das gefundene Ergebnis auch in praxisnahe und zweckmäßige Handlungen umzusetzen, ist schlechterdings als Anwalt nicht brauchbar.

Wenn man beispielsweise bei der Bearbeitung festgestellt hat, dass das Urteil an formellen Fehlern leidet, die zwingend zur Aufhebung führen müssen, ist damit noch nicht gesagt, dass automatisch die Revision durchgeführt werden müsste.

Kommt man nämlich beispielsweise in der materiellen Prüfung zu dem Ergebnis, dass das Urteil richtig ist oder aber dass das Urteil zu Gunsten des Mandanten falsch ist (Verurteilung wegen Totschlags statt wegen Mordes) stellt sich die Frage, warum dann Revision eingelegt werden soll. In solchen Situationen würde die Durchführung der Revision nur Zeit und Geld kosten, ohne dass der Mandant irgendwelche Vorteile hätte.

Von daher muss man von einem Referendar in einer solchen Situation erwarten, dass er im Rahmen der Zweckmäßigkeit vorschlägt, die eingelegte Revision zurückzunehmen, weil – trotz der festgestellten formellen und möglicherweise auch materiellen Fehler – für den Mandanten kein günstigeres Ergebnis zu erreichen ist.

Die Revision ist kein Selbstzweck. Sie sollte nur dann durchgeführt werden, wenn für den Mandanten auch ein zählbarer Erfolg herauskommt.

Aus diesem Grund sollten auch bei der Prüfung der materiellen Rechtslage nicht nur die Tatbestände erörtert werden, die zur Verurteilung geführt haben. Vielmehr sollten auch alle weiteren Tatbestände mitgeprüft werden, um beurteilen zu können, ob eine Revision wirklich sinnvoll ist.

Wenn statt einer Verurteilung wegen Diebstahls eine Verurteilung wegen Betruges herauskommt, wird sich am Strafmaß nichts ändern, so dass die Durchführung des Revisionsverfahrens nicht zweckmäßig erscheint.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Frage, was im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtslage zu erörtern ist. In einem sehr konstruktiven Disput mit einem richterlichen AG-Leiter war diese Frage aufgetaucht, weil der richterliche AG-Leiter den Referendaren beigebracht hatte, im Rahmen der Prüfung der Verletzung materiellen Rechtes nur die Tatbestände zu erörtern, die im Urteil angesprochen sind, während der anwaltliche AG-Leiter der Auffassung war, es müssten sämtliche in Betracht kommende Tatbestände erörtert werden. Die unterschiedliche Auffassung ergibt sich aus der unterschiedlichen Vorgehensweise von Richtern und Anwälten. Für den Revisionsrichter ist einzig und allein die Frage entscheidend, ob die im Urteil besprochenen Straftatbestände tatsächlich vorliegen oder nicht. Ob weitergehende Tatbestände verwirklicht wurden, hat den Revisionsrichter nicht zu interessieren. Von daher erscheint es aus der Sicht eines Revisionsrichters geradezu fernliegend zu sein, im Rahmen der Prüfung der Verletzung materiellen Rechts Dinge zu erörtern, die im Urteil selbst nicht angesprochen worden sind.

Der anwaltliche AG-Leiter hat bei der Prüfung der materiellen Rechtslage das „Ganze“ im Kopf. Für ihn kommt es nicht nur darauf an, das Urteil zu Fall zu bringen. Der Anwalt prüft bereits weiter, was denn bei einer „Neuaufgabe“ herauskommen könnte. Von daher ist es aus anwaltlicher Sicht geradezu zwingend, sämtliche in Betracht kommenden Straftatbestände zu erörtern, gleichviel ob sie im Urteil erörtert werden oder nicht.

„Im Russack“ ist dieser Konflikt beiläufig angesprochen. *Russack* weist darauf hin, dass jedenfalls in jüngerer Zeit das Justizprüfungsamt in dem Bearbeitervermerk darauf hinweist, dass sämtliche Straftatbestände zu prüfen sind.

Man merkt aber den Ausführungen von *Russack* an, dass er aus seiner richterlichen Sicht wenig Verständnis für eine solche Vorgehensweise hat.

Aus der richterlichen Sicht hat er dabei sogar Recht. Da die Revisionsklausuren häufig Anwaltsklausuren sind, kommt es aber entscheidend auf die Sicht des Revisionsführers an.

Auch wenn ein Mandant durch die Verurteilung wegen Totschlages statt Mordes nicht beschwert ist und auch bei Durchführung des Revisionsverfahrens gem. § 358 Abs. 2 S. 1 StPO keine Verschlimmerung des Strafmaßes zu befürchten ist, macht die Durchführung des Re-

visionsverfahrens keinen Sinn, wobei sogar noch darauf hinzuweisen ist, dass eine Veränderung des Schuldspruchs von Totschlag auf Mord möglich wäre.

Der Rezensent arbeitet seit dem Jahre 2005 mit „dem Russack“. Es ist erfreulich, dass das Buch jedes Jahr auf den aktuellen Stand gebracht wurde, wobei der Umfang des Buches in dieser Zeit nicht allzu sehr zugenommen hat. Die nunmehr vorliegende 8. Auflage befindet sich auf dem Stand des Jahres 2013. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass neun neue Examensklausuren aus dem Jahre 2012 eingearbeitet worden sind.

Dies zeigt, dass das Buch auch jetzt wieder auf dem neuesten Stand und hochaktuell ist.

Dieser für Referendare ausgesprochen erfreuliche Umstand ist für die AG-Leiter allerdings sehr problematisch.

Es ist nämlich so, dass offensichtlich *Russack* die freigegebenen Klausuren früher erhält als die AG-Leiter, die auch heute noch nicht auf neun Klausuren aus dem Jahre 2012 zurückgreifen können. Damit muss zwangsläufig die Ausbildung im Referendariat hinter dem zurückbleiben, was „der Russack“ bietet. Schon dies ist aus ausbildungstechnischen Gründen nicht unproblematisch. Schlimmer noch ist, dass man als AG-Leiter keine Klausur stellen kann, die nicht schon „im Russack“ verarbeitet ist. *Russack* hat sämtliche Klausuren, die in Nordrhein-Westfalen gestellt worden sind, ausgewertet. Dies bedeutet, dass die AG-Leiter keine einzige Original-Klausur zur Verfügung haben, deren Lösung man nicht schon „im Russack“ nachlesen kann.

Dies wiederum bedeutet, dass die AG-Leiter, die Klausuren stellen, zwangsläufig immer hinter „dem Russack“ hinterherlaufen. Es ist wenig sinnvoll, Original-Klausuren auszugeben, deren Lösung die Referendare entweder in Form „des Russacks“ in der Tasche oder aber unmittelbar vorbereitet haben.

Besser wäre der umgekehrte Weg: Das Buch würde keinen Schaden nehmen, wenn zunächst die AG-Leiter einen Vorsprung erhielten, so dass sie wenigstens in der Lage wären, Klausuren zu stellen, deren Lösung noch nicht veröffentlicht worden ist und somit die Referendare sich „eigene“ Gedanken machen müssen. Auch der Respekt vor der Leistung der AG-Leiter sollte es gebieten, sie nicht schlechter zu behandeln als einen (auch) kommerziellen Anbieter.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Buch von *Russack* ein absolutes Muss für jeden Referendar ist. Wer glaubt, auf die Lektüre verzichten zu können, macht bei der Examensvorbereitung einen Fehler. Wer „den Russack“ durchgearbeitet hat, braucht die Revision in der strafrechtlichen Assessorklausur nicht zu fürchten. Im Gegenteil: Man kann sich darauf freuen.

Rechtsanwalt Norman Lenger, Köln

## Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht

**9., völlig neu bearbeitete Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013, 260 Seiten, Gebunden, € 42,60. ISBN 978 3 503 15417 3**

Das Insolvenzstrafrecht stellt nach wie vor eine der schwierigeren Materien des Rechts dar. Dies nicht zuletzt durch das am 01.03.2012 in Kraft getretene Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) mit seinem neuen Instrumentarium. Das aktuell in 9., völlig neu bearbeiteter Auflage vorliegende Handbuch von *Weyand/Diversy* knüpft an die bisherige Historie an und erreicht sein Ziel, einen erschöpfenden Überblick über den aktuellen Stand der Rechtsentwicklung zu geben. Es ist gleichermaßen für im Bereich des Straf- bzw. Insolvenzrechts tätige Personen wie Insolvenzverwalter, Polizeibeamte, Staatsanwälte und Richter geeignet, aber auch und insbesondere für die Beraterschaft (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater), die ihren Mandanten in der Unternehmenskrise zur Seite stehen. Über zwanzig Jahre nach dem Erscheinen der ersten Auflage von *Weyands*

Lehrbuch – damals noch zu Konkurszeiten – wird man wohl sagen dürfen, dass es seinen Platz in der Fachliteratur zum Insolvenzstrafrecht gefunden hat.

Leider kommen die angekündigten aktuellen Rechtsänderungen durch das ESUG etwas zu kurz. Das ist schade, zumal zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Werks das ESUG bereits 1 ½ Jahre praktisch gelebt wird und festzustellen ist, dass gerade die Beraterschaft nach den bisherigen Erfahrungen des Rezensenten deutlich zu sorglos mit dem Thema umgeht. Dies gilt insbesondere für die Strafbarkeit des eigenverwaltenden Schuldners, die im Hinblick auf die seit dem 01.03.2013 angestiegenen Insolvenzplan- und Eigenverwaltungsverfahren an Bedeutung gewonnen hat.

Die aktuelle Auflage knüpft bezüglich des Aufbaus zunächst an die Voraufgaben an. In der Einführung legen *Weyand/Diversy* das Verhältnis zwischen dem Insolvenz- und dem Strafverfahren dar und geben zunächst einen Überblick über die Insolvenzentwicklung seit 1999. Es folgt die Definition des Begriffs der „Insolvenz“ und ein Überblick über die typischen Insolvenzursachen. Gut nachvollziehbar machen die Autoren sodann nochmal den Unterschied der Insolvenzstraftaten im engeren Sinne (§§ 283 bis 283d StGB) – die auch Gegenstand der weiteren Ausführungen in dem Werk sind – und im weiteren Sinne deutlich. Selbstverständlich fehlt auch nicht der Hinweis auf die typischen Begleitdelikte wie etwa Betrug, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, Insolvenzverschleppung, Steuerhinterziehung oder Untreue. Die Einführung schließt mit einem Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Insolvenzstrafrechts.

Das zweite Kapitel erläutert den möglichen Täterkreis der Insolvenzdelikte als Sonderdelikte unter Bezugnahme auf die einzelnen Unternehmensformen. Wie in der Voraufgabe werden insbesondere die praktisch sehr bedeutsamen Problemfelder „Private Company Limited by Shares“ sowie der „faktische Geschäftsführer“ und der Hintermann thematisiert. Es folgt im dritten Kapitel eine Erörterung des „Krisenbegriffs“. Hier wird bereits deutlich, dass das, worin sich die Krise widerspiegeln muss, in den einzelnen Tatbeständen unterschiedlich geregelt ist. Während § 283 StGB ein Handeln während einer bestehenden Überschuldung oder einer drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit genügen lässt, setzt § 283d StGB zwingend eine bestehende Zahlungsunfähigkeit voraus. Im Zusammenhang mit der Überschuldung erörtern *Weyand/Diversy* sehr schön die Entwicklung des Überschuldungsbegriffs und zeigen auf, dass eine Rückkehr zum neuen – alten – Überschuldungsbegriff stattgefunden hat. Der deutsche Bundestag hatte Anfang November 2012 beschlossen, die bisher bis zum 31.12.2013 befristete Regelung zur insolvenzrechtlichen Überschuldung (§ 19 Abs. 2 InsO) unbefristet auf Dauer beizubehalten. Somit liegt eine Überschuldung auch nach 2013 nicht vor, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Das vierte Kapitel widmet sich den in § 283 Abs. 6 StGB geforderten objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, insbesondere der Frage nach dem erforderlichen Zusammenhang zwischen Tathandlung, Unternehmenskrise und objektiver Bedingung der Strafbarkeit. Die Autoren weisen nochmal darauf hin, dass zwar Einigkeit dahingehend besteht, dass der Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit nach § 283 Abs. 6 StGB der Tathandlung der §§ 283 ff. StGB zeitlich nachfolgen kann, gleichwohl umstritten ist, ob es überhaupt einen Zusammenhang zwischen Tathandlung und objektiver Bedingung der Strafbarkeit geben und wie dieser beschaffen sein muss.

Im nachfolgenden fünften Kapitel folgt die Darstellung der einzelnen Tatbestände der §§ 283 bis 283d StGB. Die verschiedenen Tatbestandsvarianten des § 283 Abs. 1 StGB werden instruktiv erörtert. Insbesondere erfolgt eine klare Darstellung der für die Vorschriften jeweils einschlägigen Krisenmerkmale, also Überschuldung, drohende Zahlungsunfähigkeit oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit bei § 283 StGB, Zahlungsunfähigkeit bei § 283c StGB und drohende Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung bei § 283d StGB. Bei § 283c StGB wird insbesondere darauf hingewiesen, dass der durch den Täter begünstigte Gläubiger sich durch bloße Annahme der ihm gewährten Vergünstigung nicht als Teilnehmer strafbar macht, weil ohne dessen Beteiligung der Tatbestand begriffsnotwendig nicht verwirklicht werden kann.

Im sechsten Kapitel folgen dann ausgewählte Begleitdelikte, also die Insolvenzstraftaten im „weiteren Sinne“, allen voran das praktisch bedeutendste „Begleitdelikt“, die Insolvenzverschleppung. Diese ist seit Inkrafttreten des MoMiG einheitlich und umfassend in § 15a InsO geregelt. Die Autoren fassen sehr schön die zwischenzeitlich zu dieser Regelung erschiene-

ne Kommentarliteratur zusammen und erörtern die relevanten Themen wie „führungslose Gesellschaften“ und „nicht richtige“ Insolvenzantragstellung. Sodann gehen *Weyand/Diversy* auf die Untreue, insbesondere unter den Gesichtspunkten der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, ein und zeigen auf, dass mit dem Wegfall des § 32a GmbHG durch das MoMiG – und damit der Eigenkapitalersatzregeln – nicht gleichzeitig ein Wegfall der Strafbarkeit verbunden ist. Lediglich die Argumentation ist nunmehr eine andere. Zuletzt setzen sich die Autoren mit der Beitragsvorenthaltung nach § 266a StGB in sämtlichen Varianten auseinander.

Das siebte Kapitel befasst sich sodann mit der Praxis der Ermittlungsbehörden und stellt ausführlich dar, wie die Ermittlungsbehörden naturgemäß an die Informationen geraten, die sie zur Aufnahme der Ermittlungen veranlassen. Einen wesentlichen Teil der Darstellung nimmt das Thema „Gemeinschuldnerbeschluss des BVerfG und seine Umsetzung in § 97 InsO“ ein. *Weyand/Diversy* beschäftigen sich vor allem intensiv mit der Frage des Beweisverwendungsverbotes nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, dort insbesondere, was die „freiwillige“ Herausgabe von Informationen umfasst. Es folgt eine Übersicht der Bedeutung des Insolvenzverwalters, der Finanzbehörden und insbesondere steuerlicher Berater als Erkenntnisquellen.

Im abschließenden achten Kapitel gehen die Autoren sodann auf die strafrechtliche Verantwortung des Beraters und des Insolvenzverwalters ein, wobei auf Beraterseite die Eigennützigkeit und die Gläubigerbegünstigung im Fokus steht, während auf Seiten des Insolvenzverwalters der „Dauerbrenner“ die Untreue durch Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten erörtert wird.

Zusammenfassend kann man festhalten, dass das Werk von *Weyand/Diversy* sowohl zur Einarbeitung in die Materie des Insolvenzstrafrechts als auch zur Vertiefung für den Praktiker bestens geeignet ist. Es ist praxisorientiert und verzichtet auf die Darstellung überflüssiger Theorien, sodass das Werk nicht nur für Strafverfolger, sondern auch für Angehörige der rechts- und steuerberatenden Berufe uneingeschränkt empfehlenswert ist. Für die künftige Auflage wäre es wünschenswert, wenn die Autoren sich näher mit den strafrechtlichen Fragestellungen mit und um die Eigenverwaltung beschäftigen könnten.

Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

## Verteidigervergütung

**Von Dr. Andreas Mertens und Iris Stuff; 1. Auflage, Verlag C.F. Müller, 2010, 348 Seiten, EUR 44,95. ISBN: 978-3-8114-3549-0**

Mit ihrem Werk „Verteidigervergütung“ haben *Mertens/Stuff* eine praxisrelevante Lücke in der gelben Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ des Verlags C.F. Müller geschlossen. In übersichtlicher Weise und schnell verständlich vermitteln die Autoren die Systematik des RVG mitsamt Vergütungsverzeichnis und ermöglichen einen gezielten Zugriff auf die relevanten Abschnitte. Dies ist gerade deswegen von Vorteil, da die Vergütung in Strafsachen sonst regelmäßig nur einen Abschnitt in Sammelwerken oder Kommentierungen – mit Ausnahme des mehr als 2.000 Seiten starken Spezialkommentars „RVG - Straf- und Bußgeldsachen“ von *Burhoff* – ausmacht und sich den vorkommenden Problemstellungen daher in nicht so ausführlicher Form gewidmet werden kann. Die Detaillierung des Buches macht es dabei möglich, auch die weiterführenden Rechtsprechungshinweise und Literaturmeinungen zu Streitfragen nachzuvollziehen.

In allen Ausführungen ist die Handschrift der praktisch tätigen Autoren deutlich herauszulesen. Dass dabei aktuellere Fragen wie beispielsweise die des Vorsteuerabzugs bei Übernahme von Verteidigungskosten durch ein Unternehmen oder auch eine Darstellung der Änderungen durch das 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (mit dem sich einige bisherige Streitfragen der Abrechnung erledigen und die Gebühren maßvoll erhöht wurden) keine Berücksichtigung finden konnten, erklärt sich mit Blick auf das Erscheinungsdatum von selbst. Der grundsätzlichen Systematik tut dies keinen Abbruch, zumal die notwendigen Änderungen von den Autoren in einer Neuauflage sicher mit aufgegriffen werden.

Nach einem kurzen Abriss der Inhalte des Buches gehen *Mertens/Stuff* im 2. Kapitel zunächst auf die Vergütungsvereinbarung ein und stellen deren gesetzliche Anforderungen, die Möglichkeiten der Abrechnung, weitere Bestandteile der Vergütungsvereinbarung und die praktische Handhabung mit eingängigen Mustervorlagen und einer Checkliste dar. Für den Praktiker sind die Empfehlungen insbesondere für die Prüfung des eigenen bisherigen Vorgehens hilfreich, werden über Vergütungsvereinbarungen doch häufig größere Teile des Umsatzes abgerechnet, so dass Fehler, die ggf. zur Unwirksamkeit führen, finanziell schmerzhaft spürbar sein können.

Im 3. Kapitel, dem umfangreichsten des Werks, werden die gesetzlichen Gebühren ausführlich und systematisch dargestellt. Dies reicht von einer Erläuterung der einzelnen Gebührentatbestände in sämtlichen Verfahrensstadien über die Unterscheidung der Pflicht- und Wahlverteidigergebühren bis hin zu den Gebühren im Bußgeldverfahren und den weiteren Auslagen, die gerade in der Praxis – durchaus auch zum Nachteil des Anwalts – fehlerträchtig sein können.

In dem sich anschließenden 4. Kapitel wird auf die Rechnung, deren formelle und inhaltliche sowie steuerliche Anforderungen eingegangen. Dazu werden die zivilrechtlichen Wirkungen der Rechnungslegung und die Frage des Vorschusses angesprochen.

Mit den ebenfalls umfangreichen Kapiteln 5. und 6. gehen *Mertens/Stuff* systematisch auf die Fragen von Kostengrundentscheidung und Kostenfestsetzung ein. Gerade die ausdifferenzierten und sehr ausführlich dargestellten Inhalte der Kostengrundentscheidung sind dabei wesentlich, da eine Korrektur nur im Rahmen der sofortigen, also fristgebundenen Beschwerde möglich ist, was in der Praxis häufig übersehen wird. Schön werden im Anschluss die Fragen zur Erstattungsfähigkeit von Parteiaufwendungen und der Verteidigervergütung dargestellt und dabei auch auftretende Sonderkonstellationen – beispielsweise die Erstattung bei der Tätigkeit mehrerer Verteidiger oder bei sukzessiver Mehrfachverteidigung – dargestellt. Gleiches gilt für Fragen der Abtretung von Erstattungsansprüchen und die Möglichkeit der Aufrechnung für die Staatskasse sowie für das Handhaben der Kostenfestsetzung gegen den Auftraggeber und die – besonders in umfangreichen Pflichtverteidigungsmandaten sinnvolle – Beantragung der Festsetzung einer Pauschgebühr.

Vervollständigt wird das Werk durch *Mertens/Stuff* mit Hilfe zweier Exkurse zur Beratungshilfe im Straf- und Bußgeldverfahren und zur Abrechnung als Zeugenbeistand, Nebenklage- oder Privatklagevertreter. Hiermit schließen sich für den nicht nur als Verteidiger im Strafrecht tätigen Praktiker die Lücken zu den wesentlichsten sonstigen Abrechnungsmöglichkeiten.

Insgesamt ist festzuhalten, dass *Mertens/Stuff* die Thematik der systematischen Abrechnung von dem Abschluss einer Vergütungsvereinbarung zu Beginn bis hin zu Rechtsmitteln in der Kostenfestsetzung und sich daran anschließende Einzelfragen in nahezu all ihren Facetten beleuchten. Sehr gelungen und hilfreich sind die häufig vorkommenden Formulierungsvorschläge und Muster, die sich schnell in die Praxis umsetzen lassen. Das Werk richtet sich durch seine praxisorientierte Darstellung insbesondere an gelegentlich oder auch ausschließlich im Strafrecht tätige Rechtsanwälte, die hiermit ihre Abrechnungspraxis überprüfen und optimieren können. Gerade mit Blick auf die wenigen Alternativen auf dem Markt sollte die Darstellung von *Mertens/Stuff* in keiner Kanzlei, die zumindest gelegentlich in Strafverfahren tätig wird, fehlen.

Rechtsanwalt Johannes Omari, Tübingen/Duisburg

## Handbuch Gesellschaftliche Streitigkeiten

**Mehrbrey (Hrsg.), 2013, ca. 1250 Seiten, gebunden, 148,00 €, ISBN 978-3-45227600-1**

Das Buch soll insbesondere Rechtsanwälte, die auf dem Gebiet des Handels- und Gesellschaftsrecht tätig sind und darüber hinaus auch Unternehmensjuristen/Justiziarer, Rechtsabteilungen in Unternehmen und Richter ansprechen.

*Inhalt*

Insgesamt steuerten 43 Autoren Beiträge bei, wobei ein deutlicher Schwerpunkt auf Rechtsanwälten, insbesondere aus der internationalen Wirtschaftskanzlei Hogan Lovells LLP, liegt.

Nach der Einleitung werden zunächst typische Konfliktsituationen in den einzelnen für Unternehmen möglichen Rechtsformen beleuchtet. Hierbei werden die Aktiengesellschaft, die GmbH, die Konzernsituation, die GbR, die oHG, die KG mit GmbH & Co. KG, die PartG, die eingetragene Genossenschaft, der Verein und die englische Limited im Einzelnen behandelt. Im Weiteren werden das Thema der Streitigkeiten im Zusammenhang mit Umwandlungen und das Spruchverfahren abgehandelt.

Erwartungsgemäß nehmen die Ausführungen zu den Streitigkeiten in der AG und der GmbH mit insgesamt 750 Seiten den bei Weitem größten Umfang in dem Werk für sich in Anspruch. Hinsichtlich der AG werden alle wichtigen Problemfelder wie die Gründung, Durchsetzung der Aktionärsrechte und -pflichten, die Durchführung der Hauptversammlung und die Streitigkeiten unter den Verwaltungsorganen im Detail und erschöpfend behandelt.

*Bewertung*

Im Gegensatz zur Mehrzahl der bisherigen Veröffentlichungen zum Thema Unternehmensrecht widmet sich die Veröffentlichung nicht schwerpunktmäßig dem materiellen Recht im Gesellschaftsrecht, sondern den prozessualen Besonderheiten. Dabei kommt dem Herausgeber die erwiesene Expertise des Autorenteam sehr zugute. So stellt das Werk nicht nur die einzelnen möglichen prozessualen Vorgehensweisen umfassend dar, sondern streut auch Erfahrungswerte aus der Praxis ein. Beispielhaft seien hier die Ausführungen zur rechtstatsächlichen Bedeutung des Auskunftserzwingungsverfahrens nach § 132 AktG (S. 165f.), zu den Kosten des Antrags nach § 98 Abs. 1 AktG (S. 207), zur Passivlegitimation bei der allgemeinen Feststellungsklage (S. 348), zu Erfahrungswerten hinsichtlich der Erfolgsaussichten für die Durchsetzung einer Due Diligence (S. 569), zur Prozesskostenhilfefähigkeit der oHG (S. 884) und zum notwendigen Inhalt eines Antrages auf Einleitung eines Spruchverfahrens (S. 1215) genannt.

*Fazit*

Diese praxisorientierten Hinweise machen das „Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten“ zu einem geeigneten Werkzeug für die tägliche Beratungs- und Vertretungspraxis, in der sich, gerade bei seltener vorkommenden Konstellationen, regelmäßig die Frage des konkreten prozessualen Ablaufs stellt.

Derart gut informiert kann der geneigte Leser dann ans prozessuale Werk gehen und entwickelt umgehend einen weiteren, durch dieses Werk bisher unerfüllten Wunsch: ein am Aufbau des „Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten“ orientiertes Formular- und Musterschreiben-Handbuch. Ein solches Fortsetzungs- bzw. Vervollständigungswerk würde vermutlich enorme Ausmaße annehmen, könnte für den Herausgeber aber die Chance bergen, für ein echtes Standardwerk der Zukunft verantwortlich zu zeichnen.

Rechtsanwalt Andreas Arno Glauch, Bautzen

## **Tobias Mahlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei**

**Informationelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, Schriften zum Strafrecht Heft 223 (Berlin 2011)**

Bereits im Vorwort seiner Dissertation an der Universität Regensburg stellt der Verfasser die Praxisnähe des Themas fest. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass im Ermittlungsverfahren maßgebliche Weichen für den Ausgang des Strafverfahrens gestellt werden. Dabei ist bekanntlich das Aussageverhalten des Beschuldigten von zentraler Bedeutung. Daran knüpfen die Pflichten der Ermittlungsbehörden zur Belehrung über das Schweigerecht und zur Bestellung eines Verteidigers an. Gleiches gilt für den „Nemo Tenetur“-Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen. Offensichtlich dient in der Praxis die heimliche Befragung des Beschuldigten auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden durch eine hilfsbereite Person der

Umgehung staatlicher Garantien zur Wahrung elementarer Beschuldigtenrechte. Damit kommt der Problematik eine ähnliche Bedeutung zu wie der verdeckte Einsatz von V-Leuten.

Der Verfasser stellt zunächst auf Grundlage obergerichtlicher Rechtsprechung die maßgeblichen Sachverhaltsvarianten dar, wobei er grundsätzlich zwischen sogenannten „Zweithörer-Fällen“ und „U-Haft-Fällen“ unterscheidet. Zum Einen geht es darum, dass die Ermittlungsbehörde sich einer dritten Person bedient, um eine nicht von Strafverfolgung geprägte Aussage des Beschuldigten zu erlangen. In der Untersuchungshaft wird zudem gezielt die den Freiheitsentzug verursachte Not und die vermeintliche Vertrauensstellung des Mitgefangenen ausgenutzt, um in Besitz von Informationen zu gelangen.

Die Untersuchung beschäftigt sich zentral mit der Vorschrift des § 136 StPO, die historische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit einschließlich ihrer Ausprägungen durch die Entscheidungen des BGH und des EGMR. Letztlich stellen sich die prozessualen Fragen eines Verwertungsverbotes gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO und § 136a Abs. 3 S. 2 StPO.

Die historische Darstellung des Rechts der Aussagefreiheit zeigt, wie langsam sich die Rechtsprechung von der Ansicht des Schweigens als Schuldeingeständnis verabschiedete. Letzte wichtige Änderungen am Recht der Belehrungsvorschriften gab es im Jahr 1964. Seit dem ist dazu in erheblichem Umfang obergerichtliche Rechtsprechung einschließlich des sogenannten „Hörfallenbeschluss“ des Großen Senats für Strafsachen vom 13.05.1996 festzustellen (BGHSt 42,139 = BGH NSTz 1996, 200). In diesem Beschluss hatte der BGH in aller Deutlichkeit formuliert: „Veranlassen die Ermittlungsbehörden eine Privatperson, mit einem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungstätigkeit ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch zu führen, so liegt darin kein Verstoß gegen die Vorschriften der Strafprozessordnung, der ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben könnte.“

Der „Nemo Tenetur“-Grundsatz sei mangels Zwanges nicht vernetzt. Auch die Heimlichkeit des Vorgehens sei nicht von vornherein eine Rechtsverletzung. Es bedürfe der Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Grundsatz des fairen Verfahrens einerseits und dem mit Verfassungsrang ausgestalteten Gebot der Effektivität staatlicher Rechtsverfolgung.

Das Werk befasst sich im Einzelnen mit den Grundlagen einer offenen Beschuldigtenbefragung und möglichen Verstößen gegen § 136 StPO auf Grundlage informeller Informationserhebungen der Ermittlungsbehörden. Die Gefahr der Umgehung des § 136 StPO wird umfassend erörtert.

Insbesondere wird untersucht, welche Auswirkungen derartige Ermittlungsmethoden und Täuschungen auf die Willensentschließung und Willensbetätigung eines Beschuldigten haben. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass im Rahmen einer verdeckten Befragung erlangte selbstbelastende Äußerungen des Beschuldigten einem unselbstständigen Beweisverwertungsverbot gemäß § 136a Abs. 3 S. 2 StPO analog unterliegen, wenn und soweit sie nicht durch die §§ 110a ff. StPO gestattet sind.

Zudem sieht er für den Gesetzgeber keine Möglichkeit zur Schaffung einer verfassungsrechtlich zulässigen Rechtsgrundlage zur Durchführung verdeckter Befragungen des Beschuldigten zum Zwecke informeller Informationserhebungen. Der Autor endet mit der Darstellung seiner 14 zentralen Ergebnisse und Thesen.

Das Werk ist durchgängig verständlich und nachvollziehbar formuliert. Es stellt deutlich die Bedeutung und historische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit dar. Die systematische Zuordnung und Durchdringung der durch die Rechtsprechung entschiedenen Sachverhaltsvarianten stellt für die zukünftige Rechtspraxis ein Baustein zur Sicherung eines fairen Verfahrens dar.

Ass. jur. Björn Fleck, Hannover

## Internal Investigations - Tendenzen privater Ermittlungen

**Doktorarbeit von Philipp Reeb, erschienen 2011 im Duncker & Humboldt Verlag**

Diese Arbeit setzt sich mit dem Spannungsfeld zwischen dem staatlichen Gewaltmonopol und privaten Ermittlungen auseinander. Es wird der Frage nachgegangen, inwieweit private Ermittlungen zulässig (eventuell sogar zwingend erforderlich) sind und ob privat ermittelte Beweise vor Gericht verwertet werden können.

Durch die gesetzlichen Pflichten und aufgedeckten Korruptionen der letzten Jahre sind Themen wie Compliance, Risikomanagement, Anti-Fraud-Management, Interne Revision und Überwachung der Vorstände immer mehr in den Fokus von Gesetzgebern, Aufsichtsräten und Vorständen geraten. Es geht dabei um den Schutz des Unternehmens. Ein hinreichender Tatverdacht kann zu staatlichen oder internen Ermittlungen führen. Dabei stellen sich zwei grundlegende Fragen: Inwieweit sind private Ermittlungen überhaupt erlaubt und dürfen die ggf. gefundenen Beweise vor Gericht verwertet werden?

Diese und weitere Grundfragen werden auf 196 Seiten in DIN A5 ausgeführt. Die Doktorarbeit ist gut strukturiert und damit für den Leser verständlich und nachvollziehbar. Die verschiedenen Theorien zu den einzelnen Themen werden entsprechend einer wissenschaftlichen Arbeit erklärt und gegenüber gestellt. Neben dem umfassenden Literaturverzeichnis werden vereinzelt Urteile als Quellen angegeben.

Das Buch gliedert sich in fünf Hauptteile:

- Private Ermittlungen: Systematisierung und Abgrenzung
- Die Zulässigkeit privater Ermittlungen
- Die Rechtmäßigkeit privater Ermittlungen
- Die Verwertbarkeit der Ergebnisse privater Ermittlungen
- Resümee

### I. Zum Inhalt:

Der Autor stellt fest, dass durch die deutsche Gesetzgebung Unternehmen verpflichtet sind, Compliance-Maßnahmen zu ergreifen. Das Unternehmen ist damit aufgefordert, Verdachtsfällen nachzugehen. Wie es dieses tut, ob mit eigenen Ermittlungen oder durch staatliche Ermittlungsbehörden, liegt im Ermessen der Unternehmensleitung.

Der Autor teilt die Ermittlungen in drei Kategorien auf:

- staatliche Ermittlungen durch staatliche Akteure
- staatliche Ermittlungen durch private Akteure
- private Ermittlungen durch private Akteure

Die Einstufung ist nach Ansicht des Verfassers wichtig für die erlaubten Handlungen und die spätere Beweisverwertung. Als besonders Rechtsproblematisch hebt der Autor die staatlichen Ermittlungen durch private Akteure hervor. Hier unterscheidet er, ob der private Akteur Beliehener oder Verwaltungsgehilfe ist.

Ein wesentlicher Komplex des Buches ist der Frage gewidmet, ob und wieweit private Ermittlungen rechtmäßig sind, besonders wenn bereits staatliche Ermittlungen durchgeführt werden. So kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Vorherrschaftsstellung der staatlichen Stellen bei der Strafverfolgung und Sanktionierung private Ermittlungen gesetzlich legitimiert sein müssen, wenn die staatlichen Behörden ermitteln. Dieses ist nach Ansicht des Verfassers bereits dann gegeben, wenn bei einer Straftat ein Anfangsverdacht besteht. Eine Ausnahme ist nur dann möglich, wenn private Ermittlungen durch Normen gesondert legitimiert werden.

Als Beispiel wird § 32 Abs. 1 BDSG angegeben, durch den private Ermittlungen erlaubt sind, auch wenn ein Anfangsverdacht für eine Straftat vorliegt. Fehlt eine solche Legitimation und besteht gleichzeitig der Anfangsverdacht, seien parallele Ermittlungen nicht mehr erlaubt. Mit Hilfe von Modellen werden die Ausführungen weiter untermauert. Als praktisches Beispiel wird das Geldwäschegesetz herangezogen. Hier übernehmen die Unternehmen die laufende Überwachung und werden dazu gesetzlich berechtigt und verpflichtet. Tritt das Stadium eines Verdachts ein, so muss unverzüglich die festgelegte staatliche Behörde informiert werden. Gleichzeitig darf nichts unternommen werden, was den möglichen Straftäter warnen könnte, z. B. keine Kündigung bestehender Vertragsverhältnisse. Eigene Maßnahmen sind folglich nicht erlaubt. Diese „Verstaatlichung“ privater Akteure wird kritisch beleuchtet.

Dieses wirft die Frage nach den Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auf. Dieses ist unterschiedlich geschützt, abhängig vom privaten oder staatlichen Eingriff. Es greifen entweder die Schranken des Verfassungsrechts (vertikale Ebene) oder des Zivilrechts (horizontale Ebene). Dabei dürfen die Ermittlungen die Schranken nicht überschreiten, damit die Verwertbarkeit der Beweise gewährleistet bleibt. Die Überschreitung wird durch die Güter- und Interessenabwägung festgestellt. Dieses wird anhand von Beispielen erläutert, wie dem Zugriff privater Ermittler auf den Emailverkehr von Mitarbeitern.

Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass im Strafprozess Beweise nur verwertbar sind, wenn es gesetzlich legitimiert ist. Dogmatisch betrachtet ist danach das Beweisverwertungsverbot die Regel, während die Verwertbarkeit die Ausnahme ist. Dieses hat Auswirkungen auf Beweise, die illegal von privaten Ermittlern erlangt und an die staatlichen Stellen weitergeleitet wurden. Nur wenn hypothetisch die staatliche Beweiserhebung rechtmäßig gewesen wäre, darf der Beweis verwertet werden.

## II. Fazit:

Der Autor setzt sich entsprechend seinem Ziel wissenschaftlich mit der Problemstellung auseinander. Er leitet seine Thesen nachvollziehbar und logisch aus dem Staatsrecht, den Grundrechten (Persönlichkeitsrechten) und dem Straf- und Zivilprozessrecht ab.

Rechtsanwalt Sebastian Baur, Flensburg-Handewitt

## AnwaltFormulare Strafrecht, Erläuterungen und Muster

**Breyer/Endler (Hrsg.), 3. Auflage 2013**

Seit das Internet zum Allgemeingut gehört, sind Formulare und Muster jeder Art wie Sand am Meer verfügbar. Genau in dieser Fülle liegt die Gefahr für den gedankenlosen Anwender, dem sie doch gerade Hilfestellung bieten sollen. Gut, wenn man da eine Sammlung zur Hand hat, die für Qualität bürgt und sich eine Vollständigkeit nicht anmaßt, sich vielmehr ihrer Grenzen bewusst ist und versucht, diese durch Struktur, Praxisbezug und pointierte Erläuterung auszuweiten.

Die AnwaltFormulare Strafrecht stehen hierfür seit ihrer Erstausgabe im Jahr 2006. Mit der 3. Auflage legen die Herausgeber eine den aktuellen Entwicklungen im Strafrecht folgende Neubearbeitung vor, im neuen Gewand (bedingt durch einen Verlagswechsel), aber ihren Grundsätzen treu bleibend.

Anders als der Titel vielleicht vermuten ließe, handelt es sich bei dem 1146 Seiten umfassenden Werk dabei nicht nur um eine Ansammlung von Formularen und Mustern, man hält vielmehr ein umfassendes Handbuch in der Hand, eine Arbeitshilfe, die jedem Muster umfassende rechtliche Einführungen und Erläuterungen zum Thema voranstellt.

Dabei bietet zwar der grobe Aufbau nichts Neues im Vergleich zu strafrechtlichen Handbüchern anderer Herausgeber. Er orientiert sich zweckgemäß am zeitlichen Ablauf des straf-

rechtlichen Mandats und Verfahrens, von der Mandatsübernahme über die Wiederaufnahme bis hin zu einer Darstellung spezieller Deliktsbereiche.

Eine Besonderheit bieten aber durchgehend die einzelnen Kapitel: Jedem vorangestellt ist ein „typischer Sachverhalt“, den sowohl ein theoretischer Erläuterungsteil wie auch die das Kapitel abschließenden Muster und Formulare aufgreifen. Vereinzelt Checklisten runden den Eindruck gelungener Praxisbezogenheit ab, der nochmals durch die Autorenliste verstärkt wird: 22 erfahrene Strafrechtler aus der Praxis, zumeist aus der Anwaltschaft und mit dazugehörigem Fachanwaltstitel im Strafrecht, oftmals mit zusätzlicher themenbezogener Spezialqualifikation. So erfüllt das Buch die Erwartung, dass etwa das Steuerstrafrecht von Wirtschaftsjuristen und einem Finanzwirt und Steuerberater bearbeitet wird.

Inhaltlich wurde das Werk an einigen Stellen erheblich ergänzt und aktuellen Entwicklungen im Strafrecht angepasst.

Neu sind:

- Eine umfassende Kommentierung zur Neuregelung der Verständigung im Strafverfahren durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren: Seit der Voraufgabe hat die Verständigung im Strafverfahren in dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren eine gesetzliche Regelung erfahren. Dies machte eine vollständige Neubearbeitung dieses Themas erforderlich. Es werden die maßgeblichen Neuregelungen vorgestellt und das nunmehr gesetzlich erforderliche Verfahren erläutert. Die wahre Stärke eines Handbuchs zeigt sich allerdings immer in seinen praktischen Hinweisen: Die Theorie ist wichtig, hilft aber in der Verhandlungssituation oftmals nicht weiter. Es fällt positiv auf, dass sich dem Kapitel ein doch recht langer Teil mit „Praktischen Hinweisen zur Verständigung“ anschließt, obwohl gerade in diesem Bereich wohl kaum allgemeingültige Ratschläge möglich sind.
- Ausführungen zu den außerstrafrechtlichen Folgen der Straftat: Das strafrechtliche Mandat mag für viele mit dem Urteil enden, die Beziehung zum Mandanten dauert gerade in Wirtschaftsstrafsachen oftmals an: in zivilgerichtlichen Verfahren, denen das strafrechtliche Urteil als Grundlage dient. Die entsprechend erforderliche Weitsichtigkeit mahnen die Herausgeber im Vorwort an, und versuchen mit einem eigenen neuen Kapitel über die außerstrafrechtlichen Folgen der Straftat hier Hilfestellung zu geben. Dabei wird den zivilrechtlichen Folgen leider nur knapper Raum gegeben. Sehr ausführlich dagegen ist die Darstellung über die möglichen beruflichen Folgen. Abgerundet wird das Kapitel mit einem Überblick über ausländer- und familienrechtliche Folgen.
- Ausführungen zum Verhältnis Strafverfahren und Presse: Korrespondierend mit der stetig gewachsenen Bedeutung der Medien wird dem Thema „Strafverfahren und Presse“ mit einem eigenen Kapitel breiter Raum gewährt. Dort wird nicht nur der Umgang mit der Presse im unmittelbaren Zusammenhang mit der Hauptverhandlung dargestellt (Verbot von Filmaufnahmen etc., Hausrecht), sondern auch presserechtliche und zivilrechtliche Möglichkeiten zum Schutz des Mandanten bzw. zur Abwehr persönlichkeitsbeeinträchtigender Berichterstattungen umfassend erläutert und mit Mustern ergänzt. Diesbezüglich hebt sich das Werk von vergleichbaren Werken ab.
- Eine Darstellung der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht: Bei dem etwas unscheinbaren, in der Praxis für die Breite der Strafverteidiger wohl weniger relevanten neu aufgenommenen Thema der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht zeigt sich die Stärke des Buches als praktischer Leitfaden für die strafrechtliche Anwaltstätigkeit: Weniger verfassungsrechtliche Grundfragen stehen im Mittelpunkt, als vielmehr organisatorische und praktische Hinweise, die den Leser an das heranführen, was konkret zu tun ist, wenn Mandant und Anwalt sich zur Erhebung oder jedenfalls ernsthaften Prüfung einer Verfassungsbeschwerde entschließen. Daneben ist das weitere Verfahren nach Erhebung der Beschwerde beschrieben. Für die vertiefte Auseinandersetzung schließt das Kapitel mit einer Liste ausgewählter Entscheidungen des Bundesverfassungs-

gerichts zu Verfassungsbeschwerden ab, die nicht den Ausgang des Verfahrens betrafen.

- Eigene Kapitel zur Beratung in Großverfahren, also Kapital-, Wirtschafts- und Steuerstrafsachen: Gemessen an der Zahl aktiver Strafverteidiger ist die Zahl strafrechtlicher Großverfahren überschaubar. Konsequenz: Gerade hier mangelt es oftmals an Erfahrung. Von einem guten Handbuch erwartet man dann zumindest einen ersten handfesten Überblick. Hieran wagt sich nunmehr auch das vorliegende Werk mit neuen, für ein allgemeines strafrechtliches Handbuch durchaus ausführlichen Kapiteln zum Kapital-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Besonderheiten im Verfahren, die die jeweiligen Straftaten mit sich bringen, werden herausgestellt, etwa was den Umgang mit den oftmals vielzähligen Verfahrensbeteiligten angeht. Sehr angenehm ist, dass die Darstellung der materiellen Grundlagen der jeweiligen Straftaten eher knapp gehalten ist, dafür umso mehr Raum für konkrete Verfahrensbesonderheiten und praktische Hinweise bleibt.

Neben diesen Neuerungen finden sich selbstverständlich die zu erwartenden Kapitel über die Mandatsübernahme, die Verteidigung im Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren, die Verteidigung des in Untersuchungshaft sitzenden Mandanten, Rechtsmittel, Handlungsmöglichkeiten in Strafvollstreckung und -vollzug, Hinweise zur Tätigkeit für Geschädigte und Zeugen, zum StrEG und zu weiteren besonderen Deliktsbereichen, wie etwa dem Straßenverkehrsrecht.

Alle diese Themen sind nach bereits beschriebener Konzeption aufbereitet: Darstellung eines typischen Sachverhalts und grundsätzliche Einführung in die maßgeblichen Normen, wobei der Schwerpunkt erfreulicherweise eher nicht auf einer dozierenden Erklärung materiellen Rechts liegt, sondern auf einer Darstellung taktischer, strategischer und prozessualer Möglichkeiten und Besonderheiten.

Die sich jedem Kapitel anschließende Fülle an Mustern, Formularen und Checklisten (auch solcher für ein Buch aus dem Strafrecht ungewöhnlicherer Art, etwa Muster einer vorprozessualen Abmahnung gegenüber der Presse) macht das Werk zu einem praktischen Leitfaden, der uneingeschränkt zu empfehlen ist.

Die im Vergleich zu den Voraufgaben erhebliche inhaltliche Erweiterung hat nicht geschadet, sondern wertet das Werk auf. Der für diese Erweiterung in Kauf genommene Verzicht auf das bisher enthaltene Kapitel „Kosten/RVG“ fällt deshalb nicht negativ auf.

Rechtsanwalt Detlev Stoffels, Paderborn

## **Pirmurat, Said: Legitimation der Errichtung des Obersten irakischen Strafgerichtshofes (ursprünglich irakisches Sondertribunal)**

2012, 332 Seiten, 84,90 €, ISBN 978-3-428-13953-8

Der irakisch-stämmige Autor hat dieses Werk in der Reihe „Beiträge zum Internationalen und Europäischen Strafrecht“ im Jahre 2011/2012 als Dissertation an der Georg-August-Universität in Göttingen vorgelegt. Betreut wurde er von Herrn *Professor Dr. Kai Ambos*.

Ich möchte Ihnen dieses Buch ans Herz legen. Nicht, weil es sich mit einer Thematik befasst, mit der Sie in der nächsten Zukunft erwarten müssen konfrontiert zu werden, sondern weil dieses Buch von dem Gegenstand unseres Berufes handelt, obgleich wir in unserer zivilisierten und hochkomplexen Gesellschaft, zumal, wenn wir im Wirtschaftsstrafrecht tätig sind, diese Form des strafrechtlich relevanten Handelns gar nicht (mehr) kennen. Dieses Buch handelt von dem, was Menschen einander antun können und von einer Gesellschaft am Boden, ohne ein funktionierendes Justizsystem und wie man versucht, Gerechtigkeit (wieder?) einzuführen. Wenn Sie Ihren Beruf mit Begeisterung ausführen, dann wird Sie dieses Buch

interessieren, eben weil es nicht von dem handelt, was unser täglich Brot ist. Dieses Buch ist Ihre Chance, einen Blick über den Tellerrand zu werfen.

Verwerfen Sie meine Empfehlung nicht mit der Überlegung, der Oberste Irakische Gerichtshof sei weit weg und zudem Geschichte. Jederzeit kann es notwendig werden, in einem anderen Land ein anderes Ad-hoc-Tribunal wie im Irak zu etablieren – trotz permanentem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag.

Lesen Sie das oder zumindest in dem Buch und erfahren Sie, wie die Zulässigkeit der Ad-hoc-Tribunale begründet wird (oder auch nicht), worin der Unterschied zum Internationalen Strafgerichtshof besteht und wie man ganz praktisch vorgehen kann, wenn ein Justizsystem neu aufgebaut werden muss. Lesen Sie etwas über ein System, das Alt-Bundespräsident *Richard von Weizsäcker* und Ex-Supermodel *Naomi Campbell* schon lange vor Ihnen kennen gelernt haben. *Richard von Weizsäcker*, als er im Nürnberger Kriegsverbrecherprozess seinen Vater vertrat und *Naomi Campbell*, als sie als Zeugin im Verfahren gegen den Diktator *Charles Taylor* vor dem Sierra Leone Tribunal von unserem britischen Kollegen *Courtney Griffith* als Verteidiger ebenso freundlich wie nachdrücklich befragt wurde.

Wer heutzutage als Strafverteidiger tätig ist, sollte die Ad-hoc-Tribunale kennen und den Internationalen Strafgerichtshof nicht mit dem Internationalen Gerichtshof verwechseln.

In sechs Kapiteln setzt sich der Autor systematisch mit der aus dem Titel seiner Dissertation sich ergebenden Fragestellung auseinander. Dabei lässt er den in der Thematik nicht beheimateten Leser nicht alleine, sondern führt ihn systematisch in die Problematik dieses – eines – Ad-hoc-Gerichtshofes ein.

Nachdem *Pirmurat* zunächst den historischen Hintergrund erläutert, womit die Rechtslage nach dem Sturz *Saddam Husseins* im Irak gemeint ist, insbesondere die US-Zivilverwaltung unter *Paul Bremer*, dessen legendäres „Ladies and Gentlemen: We got him!“, am 14.12.2003 die Festnahme *Saddam Husseins* bestätigte, setzt er sich rechtshistorisch mit den irakischen Sonder- und Ausnahmegerichten des vergangenen Jahrhunderts auseinander. Diese Gerichte spielten eine große Rolle im Irak und wurden erst durch die irakische Übergangsverfassung von 2004 verboten.

Es folgt die Darlegung der vom *Saddam* Regime begangenen Verbrechen gegen die einzelnen Bevölkerungsteile, insbesondere die Kurden, die Schiiten sowie gegen die religiösen Minderheiten.

Der Hauptleidtragende der Diktatur des *Saddam Hussein* war das eigene Volk. Der Autor geht davon aus, dass 6 % der Bevölkerung – wie er es formuliert – „grausam ermordet“ wurden in dem arabisch-nationalistischen Wahn der irakischen Bath-Partei/Regierung, einen arabischen Nationalstaat zu gründen.

Nicht unerwähnt lässt der Autor die von *Saddam Hussein* begangenen Verbrechen gegen die Nachbarstaaten, den Angriffskrieg gegen den Iran, die Invasion Kuwaits und die Raketenangriffe auf Israel.

Anschließend skizziert der Autor die ersten Überlegungen zur strafrechtlichen Verfolgung der Mitglieder des *Saddam* Regimes. Diese Überlegungen gehen weit zurück in die Vergangenheit, bis in das Jahr 1996, als Menschenrechtsorganisationen die Organisation *INDICT* ins Leben riefen, die sich für die Schaffung eines Ad-hoc-Strafgerichtshofes zur Verfolgung der Verbrechen des *Saddam Hussein* einsetzten. Tatsächlich auf den Weg gebracht wurde das Sondertribunal jedoch erst am 10. Dezember 2003, als *Paul Bremer* die Anordnung Nr. 48 erließ, auf dessen Grundlage der provisorische Regierungsrat am selben Tag das Statut für das Irakische Sondertribunal beschloss. Das Sondertribunal wurde außerhalb des irakischen Gerichtssystems errichtet, mit einer eigenen Verwaltung ausgestattet und eigenen Regeln unterworfen.

Wer sich mit dem Obersten Irakischen Strafgerichtshof auseinander setzt, kommt nicht umhin, die Situation, die zur Gründung dieses Ad-hoc-Gerichtshofes führte, zu beschreiben, also die Ausgangslage vor und nach den Golfkriegen und schließlich den Einmarsch der alliierten Truppen am 20. März 2003 im Irak. Dabei setzt sich *Pirmurat* kritisch mit der Rechtmäßigkeit der militärischen Intervention auseinander und stellt die unterschiedlichen Begründungsansätze vor. Im Ergebnis vertritt der Autor die Auffassung, dass insbesondere die im Zusammenhang mit dem Irak verhängten UN-Resolutionen oder auch ein Selbstverteidi-

gungsrecht der USA die Intervention nicht rechtfertigen und der Angriff auf den Irak eine nicht gerechtfertigte Verletzung des Gewaltverbotes und des Interventionsverbotes gem. Art. 2 UN-Charta darstellt und daher völkerrechtswidrig war.

Das bereits erwähnte Statut des Obersten Irakischen Strafgerichtshofes wurde nach seinem Inkrafttreten im Dezember 2003 im Oktober 2005 geändert. Der Name des Tribunals wurde in den jetzt gültigen umformuliert. Auch einige rechtliche und verfahrensrechtliche Änderungen wurden in das Statut aufgenommen. Insgesamt besteht das Statut aus 10 Teilen mit 40 Artikel. Neben dem Namen, dem Sitz des Tribunals sowie dessen strukturelle Zusammenarbeit werden in dem Statut die materielle Zuständigkeit sowie die Verbrechenstatbestände (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und spezifische Straftaten aus irakischen Gesetzen) geregelt. Ebenfalls die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit und Zurechnung, wie Verfahrens- und Beweisregeln sowie allgemeine Grundsätze des Strafrechtes, Regeln zum Ermittlungsverfahren, zur Verfolgung und zu den Rechten des Angeklagten wie Regeln über die Hauptverhandlung, Rechtsmittel und Wiederaufnahmeverfahren finden in der Verordnung ihren Niederschlag. Auch die Rechtsfolgen, die Strafen, sind dort geregelt. Dem ein oder anderen wird noch das Hinrichtungsvideo *Saddam Husseins* in Erinnerung sein. Tatsächlich lässt das Statut die Todesstrafe zu.

Mit der Überschrift „Standortbestimmung des Obersten irakischen Strafgerichtshofes bezüglich internationaler und gemischter Tribunale“ leitet der Autor im fünften Kapitel die Abgrenzung dieses Gerichtshofes zu einigen Ad-hoc-Tribunale und dem permanenten Strafgerichtshof ein. Insbesondere erwähnt er den Special Court für Sierra Leone, das Sondertribunal für den Libanon, die Sonderkammern von Ost-Timor, aber auch das Tribunal von Nürnberg und das für das ehemalige Jugoslawien.

Der Hauptteil der Dissertation beschäftigt sich mit der Behandlung der Frage der Rechtmäßigkeit der Errichtung des irakischen Sondertribunals.

Systematisch prüft der Autor die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Tribunals und beginnt demzufolge mit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes Nr. 1 aus dem Jahr 2003. Nach dem Sturz *Saddam Husseins* Regimes durch die alliierten Truppen etablierten die Besatzungsmächte eine Übergangsverwaltung. Der Zivilverwalter *Paul Bremer* seinerseits setzte die existierende irakische Verfassung außer Kraft und löste alle irakischen Institutionen auf. Für den Autor stellt sich demzufolge die Frage, ob das Besatzungsrecht eine ausreichende Legitimationsgrundlage zum Erlass dieses Gesetzes Nr. 1 sein konnte.

Im Ergebnis verneint *Pirmurat* diese Frage.

Weder der provisorische irakische Regierungsrat noch das Transitional Government besaß ausreichende Legitimation zur Errichtung des Obersten irakischen Strafgerichtshofes. Der Autor begründet dies damit, dass beide Institutionen den Bestimmungen des Besatzungsrechts unterliegen. Die Hoheitsgewalt dieser Institution wurde durch die Regierungen der alliierten Truppen jedoch nicht tatsächlich übertragen. Zudem lassen die Regelungen des Besatzungsrechts eine strafrechtliche Gesetzgebungsbefugnis nur in eng gesteckten Grenzen zu.

Nach der Haager Landkriegsordnung müssen die Gesetze, die durch die Besatzungsmacht erlassen werden, nicht nur im Interesse der Bevölkerung sein und deren Wohle dienen, sie dürfen zudem auch keinen endgültigen Charakter haben.

Im weiteren Verlauf seiner Prüfung stellt der Autor fest, dass auch die UN-Resolutionen 1483, 1500 und 1511 keine Ermächtigungsgrundlage zur Errichtung des Strafgerichtshofes liefern können. Der Gerichtshof ist zuständig für völkerrechtliche Verbrechen, die *Saddam Husseins* Regime für den Zeitraum 17. Juli 1968 bis zum 1. Mai 2003 vorgeworfen wurden. Da sowohl die Verbrechen des Völkermordes als auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen erstmals mit dem Gesetz Nr. 1 kodifiziert wurden, verstößt eine Verurteilung aus diesen Tatbeständen gegen das Rückwirkungsverbot als Bestandteil des Legalitätsprinzips.

Schließlich stellt *Pirmurat* fest, dass die tatsächlich gegen *Saddam Hussein* verhängte Todesstrafe gegen damals geltendes Recht verstieß. Denn durch die CPA-Verordnung Nummer 7 vom 9. Juni 2003 wurde die Todesstrafe de facto abgeschafft. Auch der Ausschluss einer Begnadigungsmöglichkeit durch den Staatspräsidenten stellt einen Rechtsverstoß dar, da der

Irak den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte unterzeichnet hat, der in Art. 6 Abs. 4 dieses Recht jedem zum Tode Verurteilten zugesteht.

*Pirmurat* ist es gelungen, nicht nur die Rechtsgrundlagen des Obersten irakischen Strafgerichtshofes umfassend und kritisch darzustellen und zu prüfen. Er hat diesen Gerichtshof auch in der geschichtlichen Realität seiner Tage verankert und liefert dem Leser somit ein anschauliches Bild von den damaligen politischen Verhältnissen im Irak.

# Einladung

## Wiste V-wistra-Neujahrstagung 2014

### Wirtschaftsstrafrecht jenseits von Untreue und Absprachen

17. und 18. Januar 2014 in Frankfurt am Main

Steigenberger Hotel Metropolitan, Poststraße 6, 60329 Frankfurt am Main, Tel.: 069/37 00 30

#### Freitag, 17. Januar 2014

14:45 – 15:00

##### Begrüßung

15:00 – 18:00

##### Themenblock 1: Wirtschaftsstrafrechtlich relevante Entwicklungen im strafprozessualen Beweisrecht

Moderation: RA Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim

- Vernehmung von und Durchsuchung bei Mitarbeitern und Beratern von Wirtschaftsunternehmen  
*Prof. Dr. Frank Schuster, Würzburg*
- Methoden der Beschleunigung der Beweisaufnahme in Wirtschaftsstrafverfahren  
*Vizepräsident des LG Mosbach Dr. Alexander Ganter*
- Das Beweisrecht im Wirtschaftsstrafverfahren in der Revisionsinstanz  
*OSTA Dr. Georg-Friedrich Güntge, Schleswig*

18:00 – 20:00

##### Abendessen

20:00 – 21:30

##### Dialog zu einem aktuellen steuerstrafrechtlichen Thema

Teilnehmer: *Präsident des BFH Prof. Dr. Rudolf Mellinghoff, RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke*

Moderation: *Prof. Dr. Joachim Jahn, FAZ*

#### Samstag, 18. Januar 2014

09:15 – 13:00

##### Themenblock 2: Die Sozialrechts-Akzessorietät des § 266a StGB

Moderation: *Dr. Oliver Kraft, Mönchengladbach*

- Abhängige Beschäftigung und Selbstständigkeit im Sozialrecht  
*VRiBSG Dr. Josef Berchtold, Kassel*
- Sozialrechtliches Prüfungsverfahren und Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV im Verhältnis zum Strafverfahren  
*RA Prof. Dr. Hermann Plagemann, Frankfurt*
- Aufgaben und Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit  
*Dr. Thomas Möller, Osnabrück*

13:00 – 14:00

##### Mittagsbuffet

14:00 – 17:00

##### Themenblock 3: Rechtlicher Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie des geistigen Eigentums

Moderation: *RA Dr. Markus Rübenstahl, Köln*

- Tatobjekt und Tathandlungen des § 17 UWG und verwandter Vorschriften zum Schutz von KnowHow – Überblick und aktuelle Tendenzen  
*RA Dr. Matthias Dann, Düsseldorf*
- Zivilprozessuale Aspekte des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie des geistigen Eigentums  
*RA Dr. Thorsten Vormann, Frankfurt*
- Strafprozessuale Besonderheiten des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie des geistigen Eigentums  
*StA Dr. Holger Essig, Stuttgart*

17:00-17:30

##### Zusammenfassung der Tagung