

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
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Norman Lenger
Prof. Dr. Nina Nestler
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln

Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv? 1

Rechtsanwalt Dr. Markus Rheinländer, Düsseldorf

Zur Frage nach der Möglichkeit einer strafbefreienden Zustimmung des Prinzipals bei § 299 StGB alter und neuer Fassung – zugleich Anm. zu LG Frankfurt, Beschl. v. 22.04.2015 – 5/12 Qs 1/15 11

Internationales

Rechtsanwälte Friedrich Frank und Patrick Iliev, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht 19

Veranstaltungen und politische Diskussion

Rechtsanwälte Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim, Dr. Markus Rübenstahl Mag. iur., Köln, Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe 34

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2016

Liebe Leser der WiJ,

der Bundesjustizminister wurde in der vergangenen Woche zum bestgekleideten Mann Deutschlands gekürt: Seine maßgeschneiderten Anzüge, so liest man, säßen stets perfekt, was – so versteht man – gerade für einen Bundesbeamten beachtlich sei. Ich gebe der Jury Recht. Und bin beruhigt. Denn guter Stil geht oft mit einem gewissen Maß an Telegenität einher, und Heiko Maas wird im neuen Jahr oft im Fernsehen zu sehen sein. Denn gemeinsam mit dem Finanzministerium plant sein Ressort beachtliche Neuerungen im Bereich des Strafrechts – Manches ist schon umgesetzt:

Da wäre zunächst die Einführung des sog. „Geschäftsherrenmodells“ in § 299 StGB, die die Frage aufwirft, wie weit der strafrechtliche Schutz der Dispositionsfreiheit des Unternehmens gehen darf. Reichen zivil-, insbesondere arbeitsrechtliche Instrumente nicht aus, um die Beachtung auch unternehmensinternen Rechts ausreichend zu gewährleisten? Mit Blick auf die nur geringe Zahl höchstrichterlicher Entscheidungen zum alten Tatbestand steht zu befürchten, dass auch das Geschäftsherrenmodell noch lange einer verlässlichen richterlichen Konkretisierung harren muss. Dass das Geschäftsherrenmodell – wie teilweise zu lesen ist – nicht mehr ist als ein Auffangtatbestand für Fälle, die der strafbaren Korruption nur deshalb nicht unterfallen, weil sie keinen Wettbewerbsbezug haben, lässt sich dem Tatbestand nicht ohne Weiteres entnehmen. Wenn dem so ist, fragt sich, was denn das geschützte Rechtsgut der Neuregelung ist. Über rechtsgutemanzipierte Gesetzgebung wurde auf der WisteV-wistra-Neujahrstagung leidenschaftlich diskutiert. Es bleibt der Appell, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung neuen Strafrechts den Rechtsgutsbezug im Auge behalten muss, will er sich verfassungskonform verhalten. Der neue § 299, dem sich *Kubiciel* und *Rheinländer* in dieser Ausgabe widmen, könnte ein weiteres Negativbeispiel in diesem Zusammenhang sein.

Dasselbe lässt sich gegen die im Entwurf vorliegenden Tatbestände zur Einführung eines Korruptionsstrafrechts im Gesundheitswesen einwenden. Die Initiative zur Schaffung der §§ 299a, 299b StGB-E geht auf die Entscheidung des Großen Strafsenats aus dem Jahr 2012 zurück, ausweislich derer sich Vertragsärzte mangels Tätertauglichkeit nicht wegen Vorteilsannahme oder Bestechlichkeit i. S. der §§ 331 f., 299 StGB strafbar machen können. Zum Schließen dieser Gesetzeslücke hatte der Senat damals geradezu aufgefordert. Die geplanten Tatbestände erfassen nunmehr Angehöriger aller Heilberufe; zudem soll nicht nur das „Abkaufen“ des Verschreibens z. B. bestimmter Medikamente, sondern auch von Verstößen gegen einschlägige Berufsvorschriften strafbar sein.

Und damit nicht genug: Mit dem Entwurf eines „Ersten (sic!) Finanzmarktnovellierungsgesetzes“ legt das Finanzministerium den Plan einer völligen Umgestaltung des Marktmissbrauchs- und Transparenzrechts im WpHG vor. Das Gesetz ist geprägt von Verweisungen in die Marktmissbrauchsverordnung, MaKonV und Bußgeldleitlinien der BaFin werden obsolet – es entsteht eine ganz neue Struktur. Und auch inhaltlich tut sich Einiges: Sanktionen gegen Einzelpersonen und Unternehmen sollen erheblich verschärft werden, neue Sanktionsformen eingeführt werden. Die BaFin soll strafprozessuale Befugnisse erhalten und damit nun auch offiziell eine Strafverfolgungsbehörde werden. Wie sich das mit ihrer Tätigkeit als Aufsichts- und Regulierungsbehörde und damit durchaus auch Partner der Kapitalmarktteilnehmer vertragen kann, wird sich zeigen müssen. Für den Strafrechtler besonders interessant: Bestimmte Begehungsformen des Marktmissbrauchs werden zum Verbrechen stilisiert. Das betrifft das gewerbs- bzw. bandenmäßige Handeln sowie die Begehung der Tat durch Kapitalmarktprofis wie Börsenangehörige oder BaFin-Bedienstete.

Damit nicht genug der Neuigkeiten: Am Horizont zeichnet sich schon die Überarbeitung des Abschöpfungsrechts ab.

Prosit Neujahr!

Ihr Dr. André M. Szesny, LL.M.,
Düsseldorf

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Hochstr. 54, 60313 Frankfurt a.M..

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.

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, Friedrich Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Golombek, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, Prof. Dr. Nina Nestler, 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
Impressum	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln	
Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv?	1
Rechtsanwalt Dr. Markus Rheinländer, Düsseldorf	
Zur Frage nach der Möglichkeit einer strafbefreienden Zustimmung des Prinzipals bei § 299 StGB alter und neuer Fassung – zugleich Anm. zu <i>LG Frankfurt</i> , Beschl. v. 22.04.2015 – 5/12 Qs 1/15	11
Entscheidungskommentare	16
OStA Raimund Weyand, St. Ingbert	
Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	16
Internationales	19
RAe Friedrich Frank und Patrick Iliev, Zürich	
Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	19
Veranstaltungen und politische Diskussion	29
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau	
„Die neue StPO“ – Kommissionsbericht und (nicht nur) Wirtschaftsstrafsachen, Leipzig, 3.12.2015	29
RA Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim, RA Dr. Markus Rübenstahl Mag. iur., Köln, LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau	
Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe	34
RA Jes Meyer-Lohkamp, Hamburg	
5. Herbsttagung WisteV/BLS - Tagungsbericht	37
Rezensionen	38
Dr. Christian Brandt, Konstanz	
Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum September bis Dezember 2015	38
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau	
Dennis Philipp Reschke, Untreue, Bankrott und Insolvenzverschleppung im eingetragenen Verein,	43
Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiesbaden	
Markus Füllsack/Sebastian Bürger: Praxis der Selbstanzeige,	50
RA Prof. Dr. Heiko Ahlbrecht, Düsseldorf	
Jiaru Liu: Strafbarkeit von Organmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen treuwidrigen Verhaltens in China	52

Aufsätze und Kurzbeiträge

Korruptionsstrafrecht

Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln

Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv?

Der Text beruht auf der Stellungnahme des Verf. in der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom 2.12.2015 zum Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (BT-Drs. 18/6446). Die folgenden Ausführungen sparen die Beantwortung einiger legislatorischer Einzelfragen aus (vgl. dazu Stellungnahme, III 3a, 4, 5), nehmen dafür aber die praktischen Folgen der Straftatbestände stärker in den Blick (hier IV.).

I. Kriminalpolitische Notwendigkeit

1. Strafbarkeitslücken

Patientinnen und Patienten müssen Ärzten in deutschen Arztpraxen und Krankenhäusern keine Geldgeschenke machen.¹ Ebenso wenig verbreitet ist die Korruption bei der Vergabe von Aufträgen über die Großlieferung von Medizinprodukten. Dass dem Gesundheitssektor seit Jahren negative Schlagzeilen gewidmet werden,² beruht auf anderen Formen der Korruption, die von strukturellen Besonderheiten des deutschen Gesundheitssystems begünstigt werden. So erschwert die im Regelfall fehlende Offenlegung der Behandlungskosten gegenüber dem gesetzlich versicherten Patienten die Kontrolle ärztlicher Abrechnungen und begünstigt den sog. Abrechnungsbetrug. Die Rechtsprechung tritt dieser Form der Korruption mittels einer *extensiven* Auslegung des Betrugstatbestands seit Jahren entschieden entgegen.³ Demgegenüber ist das korruptive Zusammenwirken zwischen Angehörigen von Heilberufen und anderen Akteuren des Gesundheitsmarktes nach einer bemerkenswert *restriktiven* Auslegung der §§ 299, 331 ff. StGB durch den Großen Senat des BGH nur strafbar, wenn zumindest ein Beteiligter Amtsträger i.S. der §§ 331 ff. StGB ist.⁴ Durch diese Entscheidung sind kriminalpolitisch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Strafbarkeitslücken entstanden. Diese werden im Inland⁵ und seitens der Europäischen Kommission kritisch betrachtet⁶ und sind innerhalb der Europäischen Union einmalig.

2. Strukturelle Korruptionsrisiken

Zwar ist Schätzungen, die jährlichen Kosten der Korruption beliefen sich auf „5 bis 17 Milliarden Euro“⁷, mit Vorsicht zu begegnen,⁸ da nicht klar ist, auf welche Handlungsweisen sich der schillernde Begriff „Korruption“ bezieht. Jedoch ist das Fehlen einer vollständig klaren empirischen Grundlage keine Besonderheit des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im

¹ Dazu und zum Folgenden European Commission, Study on Corruption in the Healthcare Sector, Home/2011/ISEC/PR/047-A2, 2013, passim (zu Deutschland insbes. S. 239-241).

² Duttge, in: ders. (Hrsg.) Tatort Gesundheitsmarkt, 2011, S. 3 f.

³ Dazu Kubiciel, HRRS 2015, 382 ff. (Täuschung und Irrtum); Hellmann, in: Fischer et al. (Hrsg.), Dogmatische und praktische Probleme des Schadensbegriffs im Vermögensstrafrecht, 2015, S. 245, 254 f. (Schaden).

⁴ BGHSt 57, 202 ff. Dazu etwa Kölbl, StV 2012, 592 ff. Instruktiv, auch zur gegenläufigen Rechtsprechung der BGH-Senate Rügenstahl, HRRS 2011, 324 ff.

⁵ BGHSt 57, 202, 218; Fischer, medstra 2015, 1 f. Aus kriminologischer Sicht Kölbl, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 88 ff.

⁶ Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brüssel, 3.2.2014, COM(2014) 38 Final, Annex S. 6 f.

⁷ S. den Antrag „Korruption im Gesundheitswesen effektiv bekämpfen“ der Bundestagsfraktion Die Linke, BT-Drs. 18/5452, S. 1.

⁸ Vgl. Brettel/Duttge/Schuh, JZ 2015, 929, 930; H. Schneider, HRRS 2013, 473, 478. Ebenso die Interessenvertretung der Ärzte s. Stellungnahme der Bundesärztekammer, 20.11.2015, S. 12.

Gesundheitswesen, sondern betrifft viele (auch strafrechtliche) Gesetzesvorhaben.⁹ Wegen dieser häufig anzutreffenden empirischen Unsicherheiten attestiert das BVerfG dem Gesetzgeber auch insoweit eine Einschätzungsprärogative.¹⁰

Von diesem Ermessen hat der Gesetzgeber in zulässiger Weise Gebrauch gemacht. Denn eine Risikoanalyse (risk-based approach) spricht für eine Anfälligkeit des Gesundheitsmarktes für einzelne Formen der Korruption. Als korruptionsbegünstigende Faktoren sind zu nennen: der ökonomische Druck auf Krankenhäuser und Ärzte, die Schaffung von Anreizen für Kooperationen, die Konzentration von Entscheidungsbefugnissen auf „Gatekeeper“-Gruppen (namentlich Ärzte), komplizierte gesundheitsrechtliche Normen und Verfahren, das Fehlen einer verpflichtenden Offenlegung von Zuwendungen der pharmazeutischen Industrie an Ärzte und andere Angehörige von Heilberufen und – nicht zuletzt – die große Summe des innerhalb des Gesundheitssystems umverteilten Geldes.¹¹ All dies bietet Anreize sowohl für das Entstehen wettbewerbsbeschränkender Kooperationsformen – etwa zwischen Ärzten einerseits und Krankenhäusern bzw. Laboren andererseits – als auch für die Einflussnahme auf das Ordnungs- und Zuweisungsverhalten von Ärzten.¹²

3. Folgen

Die Folge dieser Formen strukturbedingter Korruption sind Fehlallokationen von Ressourcen und eine Beeinträchtigung des Vertrauens von Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen.¹³ Mehr noch: Korruption im Gesundheitswesen schädigt nicht nur Vermögen und beeinträchtigt das Vertrauen des Patienten in die Angemessenheit seiner Behandlung. Korruption unterminiert das Gesundheitswesen als Institution – eine Institution, die von einer beinahe einzigartigen sozialen Bedeutung ist.¹⁴ Einer drohenden Erosion von Vertrauen muss der Gesetzgeber entgegenreten: Ohne soziale Akzeptanz vermag keine Institution langfristig zu existieren. Insbesondere das Gesundheitswesen wird auf ein gesichertes Vertrauenskapital angewiesen sein, wenn es in absehbarer Zeit die Folgen des demographischen Wandels zu bewältigen haben wird. Aufbau und Erhalt eines solchen Vertrauenskapitals erfordern vielfältige sozialpolitische Maßnahmen. Jedoch ist auch das Strafrecht gefordert:¹⁵ Die Erfahrungen anderer Mitgliedstaaten der EU zeigen jedenfalls, in welchem Ausmaß die Akzeptanz des Gesundheitssystems Schaden nimmt,¹⁶ wenn zentrale Akteure die für sie geltenden Normen des Gesundheitsrechts missachten, ohne dass Normverletzungen konsequent geahndet werden. Die bestehenden Strafbarkeitslücken zu schließen, ist daher kriminalpolitisch richtig.

⁹ Schröder, NZWiSt 2015, 322, 324.

¹⁰ BVerfGE 120, 224, 240; 90, 145, 172 f. Umfassend dazu *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken des Grundgesetzes, 1996, S. 173 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 10: 300 Milliarden Euro im Jahr 2012. Aktuelle Zahlen: 314, 9 Milliarden Euro im Jahr 2013, Quelle: Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 132 vom 14.04.2015, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/04/PD15_132_23611.html;jsessionid=B97B0883625CF80A0D4F0299351C495F.cae1; S. a. Kölbl, in: AG Medizinstrafrecht (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 2015, 57, 63 f.

¹² Überblick *Burkhart/Salvenmoser/Bussmann* (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität – Pharmaindustrie, 2013; *Fischer*, Indian Journal of Medical Ethics 11 (2014), 110 ff. Zu de lege lata straflosen Einweisungsvergütungen *Kölbl*, wistra 2009, 129, 132 f. Als „unstreitig“ bezeichnen *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332, 335, dass die engen Verknüpfungen und Formen der Zusammenarbeit das Risiko einer „unsachgemäßen Einflussnahme auf Beschaffungs-, Versorgungs- und Therapieentscheidungen“ schufen.

¹³ BT-Drs. 18/6446, S. 1.

¹⁴ Eindringlich *Fischer*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht, 2015, S. 163, 167 ff.

¹⁵ Diesbezüglich herrscht politische Einigkeit, vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 1; BR-Drs. 16/15 (Gesetzesantrag des Freistaates Bayern); *Bausback, Lange*, BR-Protokolle, 936. Sitzung v. 25.9.2015, S. 330 ff.; *Lange, Vogler, Luszak*, Deutscher Bundestag, Protokolle, 18. WP, 137. Sitzung v. 13.11.2015, S. 13477 ff. Die pharmazeutische Industrie begrüßt strafrechtliche Regeln mehrheitlich, dazu *Bussmann/Burkhart/Salvenmoser* (Fn. 13), S. 14. Zur Haltung der organisierten Ärzteschaft *Montgomery*, zitiert in Medical Tribune v. 26.2.2014 (abrufbar unter: <http://www.medical-tribune.de/home/news/artikeldetail/prof-montgomery-korruption-im-strafrecht-verankern.html>); s. ferner die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes vom 10.4.2015, S. 6. Kritisch hingegen die Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., s. *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis*, Stellungnahme WisteV zum Referentenentwurf, 2015. – Zustimmung aus der Literatur (chronologisch) *Kubiciel*, KPzK 5/2014, S. 3-6; *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 12; *Schröder*, NZWiSt 2015, 322, 323; *Gaede/Tsambikakis/Lindemann*, medstra 2015, 142, 144 f.; *Brettel/Duttge/Schuh*, JZ 2015, 929, 930 f. – Kritik äußern hingegen die Unternehmensverteidiger *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332, 335: Das Berufsrecht und die Selbstheilungskräfte reichten aus (zu diesem nicht überzeugenden Argument unten bei Fn. 23).

¹⁶ Nachweis oben Fn. 2.

4. Schutzrichtung der §§ 299a, 299b StGB-E

Die §§ 299a, 299b StGB-E schützen das Gesundheitswesen als Institution, indem die für die Erbringung bzw. den Austausch von Leistungen auf dem Gesundheitsmarkt grundlegenden Normen gegen eine korruptive Umgehung strafrechtlich abgesichert werden. Schutzwürdig ist der rechtlich strukturierte Ordnungsmechanismus des Gesundheitsmarkts als solcher, d.h. unabhängig davon, ob auf Teilmärkten vollständiger, regulierter oder kein Wettbewerb herrscht. Dementsprechend wenden sich die Straftatbestände sowohl gegen korruptive Handlungen, die den Wettbewerb verzerren (§§ 299a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 299b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB-E), als auch gegen den „Kauf“ heilberuflicher Entscheidungen außerhalb konkreter Wettbewerbslagen (§§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E). Die Tatvarianten haben folglich dieselbe Grundlage. Die Unterscheidung zwischen dem Schutz des Wettbewerbs als Ordnungsmechanismus einerseits und dem Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität der heilberuflichen Entscheidung¹⁷ führt folglich nicht zu systematischen Inkonsistenzen, die einen ausschließlichen Schutz des Wettbewerbs als vorzugswürdig erscheinen ließen.¹⁸ Vielmehr spiegeln die beiden Tatvarianten in idealerweise den deutschen Gesundheitsmarkt, der teils wettbewerblich, teils nicht wettbewerblich strukturiert ist.

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

1. Verhältnismäßigkeit und mögliche Alternativen zum Strafrecht

Aufgrund der sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung des Gesundheitswesens stellt dessen Schutz einen „wichtigen Gemeinschaftsbelang“¹⁹ bzw. ein „wichtiges Anliegen der Gemeinschaft“²⁰ im Sinne des BVerfG und damit ein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel dar. Alternativen, die vergleichbar effektiv sind und in weniger schwerwiegender Weise in die Berufsausübungsfreiheit eingreifen, existieren nicht. Auf die Selbstheilungskräfte des Gesundheitsmarktes zu vertrauen und diese mit Bußgeldvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts zu unterstützen,²¹ ist weder aussichtsreich noch angemessen.²² Die Selbstheilungskräfte des Gesundheitsmarktes haben sich in der Vergangenheit als recht schwach erwiesen. Soll eine nachhaltige Entfaltung dieser Selbstheilungskräfte ausgelöst werden, bedarf es eines spürbaren Impulses von Seiten des Staates. Die Einführung von Bußgeldregelungen stellt nach hiesiger Einschätzung keinen wirksamen Impuls dar, da von Bußgeldern des Ordnungswidrigkeitenrechts eine deutlich geringere tatsächliche und symbolische Wirkung ausgeht als von Straftatbeständen. Im Übrigen wäre es jenen Ärzten, die zugleich Amtsträger sind, nicht zu erklären, dass sie Straftatbeständen (§§ 331, 332 StGB) und nicht nur dem öffentlichen Disziplinarrecht unterworfen sind.

2. Der Adressatenkreis und das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG

Die §§ 299a, 299b StGB-E schützen die Institution Gesundheitswesen nicht flächendeckend, sondern haben einen in personeller und sachlicher Hinsicht eingeschränkten Anwendungsbereich. Was den Adressatenkreis betrifft, so gelten die Tatbestände nicht nur für jene niedergelassenen Vertragsärzte, die im Zentrum der rechtspolitischen Debatte standen, sondern für sämtliche Angehörige eines Heilberufes, dessen Ausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Die Tatbestände erfassen folglich auch Personen, die einen Gesundheitsfachberuf ausüben, namentlich Gesundheits- und Krankenpfleger, Logopäden und Ergotherapeuten.²³ Teile der Literatur und Interessenvertreter kritisieren diese Weite.²⁴ Tatsächlich nehmen Angehörige nicht-akademischer Heilberufe keine Ärzten, Zahnärzten oder Apothekern vergleichbare Funktion bei der Verteilung von Ressourcen im Gesundheitswe-

¹⁷ BT-Drs. 18/6446, S. 15.

¹⁸ So aber Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 2.

¹⁹ BVerfGE 90, 145, 172 f., 184.

²⁰ Ebd.

²¹ S. aber Geiger, NK 2013, 136, 145 f.; Krüger, StraFo 2012, 308, 316; Lindemann, in: ders./Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 9, 35; Ulsenheimer, Festschrift für Steinhilper, 2013, S. 225, 236.

²² Näher Cosak, ZIS 2013, 226, 229, 231; Köbel, in: Duttge (Fn. 2), S. 87 ff.; Kubiciel, KPzK 5/2014, S. 4 f.; Murmann, in: Duttge (Fn. 2), S. 114.

²³ Ramb/Reich, CB 2015, 72, 74.

²⁴ Krit. Brettel/Duttge/Schuh, JZ 2015, 929, 934; Frister, in: AG Medizinstrafrecht (Fn. 11), 75, 80 f.; Gae-de/Lindemann/Tsambikakis, medstra 2015, 142, 148 f.; Schröder, NZWiSt 2015, 361, 363; Stellungnahme der Bundesärztekammer, 20.11.2015, S. 12; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 9.

sen ein.²⁵ Indes schützen die Tatbestände, wie gesehen, nicht das Vermögen (der Patienten, der Solidargemeinschaft oder der Wettbewerber), sondern die den Ordnungsmechanismus des Gesundheitsmarktes konstituierenden gesundheitsrechtlichen Regeln. Wer gegen die auf dem Gesundheitsmarkt geltenden Ordnungsregeln verstößt, schädigt eine Institution.²⁶ Diese verdient Schutz auch gegenüber korruptiven Handlungen von Personen, die in geringerem Umfang Gesundheitsleistungen abnehmen bzw. verordnen.²⁷ Vor diesem Hintergrund ist die Wahl eines weiten Adressatenkreises in verfassungsrechtlich haltbarer Weise begründbar.

Ein anderer – ebenfalls verfassungsrechtlich relevanter – Vorwurf lautet, § 299a StGB-E sei ein Sondertatbestand, der Angehörige von Heilberufen gegenüber Angehörigen anderer freier Berufe ungerechtfertigt diskriminiere, weil auf letztere weder § 299 StGB noch ein Sondertatbestand Anwendung finde.²⁸ Auch diese Kritik ist nicht stichhaltig. Architekten oder Rechtsanwälte operieren nicht in Strukturen mit einer derart großen sozialen Bedeutung und hohen Korruptionsanfälligkeit wie die von den §§ 299a, 299b StGB-E erfassten Personen.²⁹ Insofern ist die vom Gesetzgeber getroffene Auswahl nicht willkürlich, sondern im Gegenteil wohl begründet.

Schließlich geht auch der Vorwurf fehl, die §§ 299a, 299b StGB-E seien keine Korruptionsdelikte, sondern „Professionsdelikte“³⁰. Zwar adressieren die Tatbestände die Angehörigen einer Profession, jedoch kriminalisieren sie typisches Korruptionsunrecht.³¹ Sie schirmen den gesundheitsrechtlichen Steuerungs-, Verteilungs- und Ordnungsmechanismus gegen unlautere Verzerrungen ab bzw. schützen den vom Gesundheitsrecht strukturierten Markt für Gesundheitsdienstleistungen vor der Umgehung der diesen Markt konstituierenden Regeln. Der Schutz einer Institution vor der korruptiven Außerkraftsetzung ihrer grundlegenden Regeln ist das gemeinsame – und (verfassungsrechtlich wie strafrechtstheoretisch) zulässige³² – Ziel aller Korruptionstatbestände.³³ Entscheidend für den Korruptionsbegriff ist demnach die Einbindung des korruptiv Beeinflussten in eine Organisation bzw. Institution. Ob man sich den Bestochenen als „Diener zweier Herren“ vorstellen kann, ist hingegen von geringerer Erklärungskraft. Aussagekräftig ist dieses Bild nämlich nur für die Bestechung von Angestellten oder Beauftragten i.S.d § 299 StGB. Amtsträger oder Mandatsträger dienen hingegen keinem personifizierten „Herrn“, sondern dem Staat bzw. dem Souverän. Gleichwohl sind Amts- und Mandatsträger in Institutionen eingebunden, deren Regeln nicht korruptiv umgangen werden dürfen. Folglich handelt es sich bei den §§ 331 ff., 108e StGB anerkanntermaßen um Korruptions- und nicht um Professionsdelikte. Nicht anders verhält es sich bei den §§ 299a, 299b StGB.

Angesichts dessen ist der personelle Zuschnitt der Tatbestände hinreichend begründet. Den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen verlässt der Gesetzgeber schon aus diesem Grund nicht. Überdies hat das BVerfG in der Inzest-Entscheidung (und damit in Bezug auf einen weitaus problematischeren Tatbestand) einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG mit dem Einwand zurückgewiesen, der Gesetzgeber habe „in weitem Umfang die Befugnis zu differenzierter Tatbestandsgestaltung“³⁴.

3. Die Tathandlungsbeschreibungen und das Bestimmtheitsgebot

a) Akzessorietät als Bestimmtheitsproblem?

Der gegen den Referentenentwurf geltend gemachte Einwand, der Tatbestand sei un- bzw. unterbestimmt,³⁵ trifft den Regierungsentwurf nicht.³⁶ Die Vorschriften kriminalisieren den

²⁵ Brettel/Duttge/Suhr, JZ 2015, 929, 934; Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11, 15; Steenbreker, MedR 2015, 660, 662.

²⁶ Eindringlich Fischer, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 163, 167 ff.

²⁷ Kubiciel, KPzK 5/2014, S. 11 f.; ders., MedR 2016, 1 ff. Es kommt hinzu, dass zunehmend ärztliche Aufgaben an nicht-ärztliche Heilberufgruppen übertragen werden, zutr. Pragal/Handel, medstra 2015, 337, 339.

²⁸ S. aber H. Schneider, HRRS 2013, 473, 478; Kölbel (Fn. 11), 67.

²⁹ Zu letzterem Cosak, ZIS 2013, 226, 229; Duttge, in: ders. (Fn. 2.), S. 3, 9, 11; Murmann, in: Duttge (a.a.O.), S. 113.

³⁰ Saliger, Festschrift für Kargl, 2015, S. 493, 503.

³¹ Dazu Kubiciel, MedR 2016, 1 ff.

³² Zum Institutionenschutz durch das Strafrecht Kubiciel, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen. Strukturen und Motive, 2015, S. 158, 168 ff.

³³ Eser/Kubiciel, Institutions Against Corruption, 2005, S. 20 f. Enger Saliger (Fn. 30), der darauf abstellt, dass der Bestochene ein „Diener zweier Herren“ sei.

³⁴ BVerfGE 120, 224, 253.

³⁵ Ähnlich in Bezug auf den Gesetzesantrag Bayerns Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11, 14.

Tausch von einem – weit zu verstehenden – Vorteil und der unlauteren Bevorzugung im ausländischen oder inländischen Wettbewerb bzw. einer Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit.

Der Begriff „unlautere Bevorzugung“ ist dem § 299 StGB entlehnt und dort Gegenstand einer Vielzahl von Urteilen gewesen, welche die Operationalisier- und Konkretisierbarkeit dieses Begriffs zeigen.³⁷ Zugleich ist damit gewährleistet, dass Kooperationen, die gesundheitsrechtlich erlaubt sind, keine strafbare Bevorzugung sein können. Was im Sozialrecht erlaubt ist,³⁸ wird auch künftig nicht strafbar sein. Damit ist die Widerspruchsfreiheit des Rechts gewährleistet, was für die verfassungsrechtlich garantierte Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Folgen wichtig ist.

Auch im Übrigen ist gegen die Verwendung eines normativen Tatbestandsmerkmals verfassungsrechtlich nichts zu erinnern. Denn ein Straftatbestand kann der Vielgestaltigkeit des Lebens nur annäherungsweise Herr werden; Straftatbestände müssten „zwangsläufig“ abstrakt sein, betont das BVerfG in seiner Untreue-Entscheidung.³⁹ Selbst die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe „bis hin zu Generalklauseln“ sei im Strafrecht nicht von vornherein ausgeschlossen. Der Gesetzgeber, heißt es weiter, könne Tatbestände auch so ausgestalten, dass zu ihrer Auslegung auf außerstrafrechtliche Vorschriften zurückgegriffen werden müsse. Was der Gesetzgeber selbst regeln müsse und was der Interpretation überlassen werden könne, ließe sich nicht allgemein sagen, sondern sei im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden.

Der Gesetzgeber kann in den §§ 299a, 299b StGB-E ebenso wenig wie in anderen Korruptionsvorschriften exakt auflisten, wann ein Tausch von Vorteil und Bevorzugung strafbar ist. Er muss vielmehr über das Tatbestandsmerkmal „unlauter“ gesundheitsrechtliche Vorschriften in Bezug nehmen. Die Straftatbestände sind mithin akzessorisch. Dies ist keine – strafrechtsdogmatisch anstößige oder gar verfassungsrechtliche relevante – Besonderheit, sondern die Regel: Auch die §§ 108e, 331 ff. StGB und viele andere Straftatbestände nehmen auf außerstrafrechtliche Primärnormen Bezug, ohne dass dies (verfassungsrechtlich) problematisch wäre.⁴⁰

b) Rechtsungleichheit durch lokal verschiedenartige Normen?

Besonders deutlich wird die Akzessorietät der Tatbestände durch das Abstellen auf die Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung. Hier ist es offensichtlich, dass die Strafvorschriften durch den Rückgriff auf gesundheitsrechtliche Normen konkretisiert werden müssen. Dies meint nicht nur staatliche (Gesetzes-)Normen, sondern – wie die Gesetzesbegründung hervorhebt – „insbesondere“ auch die verbindlichen Berufsordnungen der Heilberufskammern.⁴¹ Dagegen wird eingewandt, die Berufsordnungen seien regional unterschiedlich und bildeten einen „Flickenteppich“ von Regeln, die von „typischerweise rechtsunkundigen Normadressaten“ nicht zu überblicken seien.⁴² Indes ist dies im Kernstrafrecht nicht unüblich. So sanktioniert nicht nur das Umweltstrafrecht die Einhaltung von verwaltungsrechtlichen Pflichten, die nicht nur regional, sondern lokal unterschiedlich sein können.⁴³ Auch die Amtsträgerbestechungsdelikte der §§ 331 ff. StGB werden, von Bundesland zu Bundesland, Stadt zu Stadt, ja von Behörde zu Behörde durchaus unterschiedlich gehandhabt: Was in einem Bundesland eine noch genehmigungsfähige Nebentätigkeit ist, kann in einem anderen bereits untersagt und ggfs. nach §§ 331 ff. StGB

³⁶ Gaede, medstra 2015, 263, 266; Schröder, NZWiSt 2015, 312, 330 ff. A.A. Brettel/Duttge/Schuhr, JZ 2015, 929, 931 f.; Stellungnahme der Bundesärztekammer, 20.11.2015, S. 9 ff.; Forschende Pharma-Unternehmen, Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 5 f. S. auch Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 9.

³⁷ So auch Die forschenden Pharma-Unternehmen (vfa), Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 5.

³⁸ Schneider/Ebermann, HRRS 2013, 219, 224.

³⁹ Dazu und zum Folgenden BVerfGE 126, 170, 198.

⁴⁰ Am Beispiel des § 108e StGB Kubiciel/Hoven, NK 2014, 393, 343 f. Am Beispiel der Amtsträgerbestechungsdelikte T. Zimmermann, ZStW 124 (2012), 1023 ff. Tatbestandsübergreifend Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 78 ff., 267 ff.

⁴¹ Dazu und zum Folgenden BT-Drs. 18/6446, S. 21.

⁴² Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195, 197; Gaede, medstra 2015, 263, 266; Pragal/Handel, NZWiSt 2015, 337, 342; Taschke/Zapf, medstra 2015, 332, 336. Ebenso: Die forschenden Pharma-Unternehmen (vfa), Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 6; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 8. Diff. Schroeder, NZWiSt 2015, 321, 327 ff.

⁴³ Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, Rn. 80 ff. sowie (zur fehlenden Berechtigung der Kritik daran) Rn. 133 ff.

strafbar sein. Und der Beamte der Universität zu Köln mag Essenseinladungen annehmen, die einem Bediensteten der Fachhochschule Köln untersagt sind. All dies zeigt: Unter Straandrohung gestellt wird kein (wie auch immer zu bestimmender) bundeseinheitlicher Mindeststandard⁴⁴, sondern die für den Einzelnen konkret geltende Norm. Dass dem Einzelnen die Pflicht auferlegt wird, sich über die in seinem Kammerbezirk geltenden Regeln zu informieren, ist die Kehrseite seiner Freiheit zur Berufsausübung und damit grundsätzlich hinnehmbar. Auch Pharmaunternehmen, die mit Ärzten und Angehörigen anderer Heilberufe Geschäftsbeziehungen eingehen, ist es zumutbar, sich über die jeweils geltende Rechtslage zu informieren: Derlei ist für Unternehmen – zumal solchen, die auf Auslandsmärkten tätig sind – eine alltägliche Übung⁴⁵.

c) Die in Bezug genommenen Normen bzw. Pflichten

aa) Schwieriger zu beurteilen ist, welche der „vor Ort“ geltenden Regeln die Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung ausgestalten. Die Frage, die die Bezugnahme auf die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit in den Tatbestandsalternativen §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E aufwirft, lautet: Unabhängigkeit wovon?

Legt man die oben beschriebene Zweckrichtung der Vorschriften zugrunde, kann nur die Unabhängigkeit der Heilentscheidung von *dominierenden* ökonomischen Erwägungen gemeint sein. Inwieweit Ärzte und andere von den Straftatbeständen erfasste Berufsträger ihre heilberuflichen Entscheidungen an ökonomischen Eigeninteressen orientieren dürfen, bestimmt eine Vielzahl gesundheitsrechtlicher Normen. Relevant für die Konkretisierung der §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E sind daher sämtliche Vorschriften, die angeben, inwieweit sich ein Angehöriger eines Heilberufs bei seinen Entscheidungen von ökonomischen Interessen leiten lassen darf. Tatbestandlich kann, wiederum anders gewendet, nur die Verletzung gesundheitsmarktbezogener Pflichten sein.⁴⁶ Damit ist ein klares Kriterium für die Unterscheidung zwischen irrelevanten und strafatbestandsrelevanten Pflichten gefunden.

bb) Zu finden sind diese Pflichten teils in formellen, staatlichen Normen des Gesundheitsrechts, die wiederum von nicht-staatlichen Normen der Berufskammern konkretisiert werden. Teils finden sich entsprechende Vorgaben nur in Richtlinien von Kammern oder Verbänden. Auch die zuletzt genannten Normen können zur Bestimmung bzw. Konkretisierung der Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen herangezogen werden, wenn sich aus ihnen Vorgaben für die Grenze zwischen einem zulässigen und einem unzulässigen Einfluss ökonomischer Erwägungen auf eine heilberufliche Entscheidung ableiten lassen. Dieses Vorgehen ist nicht ungewöhnlich: Informelle, nicht-staatliche Regeln der ärztlichen Heilkunst werden ohne Weiteres zur Konkretisierung der Fahrlässigkeitstatbestände (§§ 222, 229 StGB) herangezogen; Compliance-Richtlinien in Krankenhäusern, Behörden und Unternehmen konkretisieren die §§ 331 ff. StGB bzw. dienen zur Bestimmung des Lauterkeitsmaßstabes des § 299 StGB oder werden bei der Interpretation des § 266 StGB herangezogen. Angesichts dessen kann es für Ärzte und Angehörige anderer Heilberufe nicht unzumutbar sein, sich über die für sie geltenden Verhaltensstandards zu informieren. Amtsträger oder Mitarbeiter von Unternehmen müssen dies jedenfalls schon jetzt tun. Dem Bestimmtheitsgebot ist in all diesen Fällen genüge getan.

cc) Eine verfassungsgemäße Anwendung der Straftatbestände ist selbst dann möglich, wenn eine Sachfrage allgemein oder von einer Kammer offen gelassen worden ist. In einem solchen Fall muss der Gesetzesinterpret einen objektiven Verhaltensmaßstab eines durchschnittlichen Angehörigen der Berufsgruppe durch Heranziehung vergleichbarer Regelungen in anderen Bezirken oder Sachgebieten oder durch den Rückgriff auf die tatsächlich anerkannten Usancen einer Berufsgruppe ermitteln. Dies verhindert, dass Angehörige eines Heilberufes nur deshalb straffrei bleiben, weil ihre Kammer (bewusst oder unbewusst) keine Vorgaben für die Sicherung der Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung macht, obwohl das in Rede stehende Problem keine abseitige Einzelerscheinung ist.

⁴⁴ Dies für §§ 299a, 299b StGB vorschlagend *Gaede*, medstra 2015, 263, 266.

⁴⁵ Dass Unternehmen und ihre Vertreter mangels Rechtskenntnis unvermeidbar über den Inhalt des Rechts irren könnten (*Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332, 336), dürfte ein Ausnahmefall bleiben.

⁴⁶ Näher dazu *Kubiciel*, KPzK 5/2014, S. 9 ff. Dem in der Sache folgend BR-Drs. 16/15, S. 22; *Ramb/Reich*, CB 2015, 72, 76. AA: *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 328.

Bei einer solchen Konkretisierung des Verhaltensmaßstabes muss die Frage leitend sein, ob die konkrete heilberufliche Entscheidung noch in hinreichendem Maße vom Patienteninteresse getragen war oder umgekehrt von einem ökonomischen Interesse dominiert würde. Auch eine solche Ermittlung eines ungeschriebenen Verhaltensmaßstabes ist keine Besonderheit der §§ 299a, 299b StGB, sondern tägliche Praxis bei der Auslegung von Fahrlässigkeitstatbeständen oder – um nur ein weiteres Beispiel zu nennen – bei der Anwendung des § 266 StGB i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG. Letzterer hebt auf die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ ab und ist dennoch nicht stärker bestimmt als die Formel von der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit.

Wenn sich für einzelne Kooperationsformen noch keine klaren Grenzen zwischen legaler und korruptiver Zusammenarbeit ziehen lassen,⁴⁷ ist dem Interesse der Adressaten der Straftatbestände an einer vorhersehbaren Rechtsanwendung angemessen Rechnung zu tragen. Dies kann dadurch geschehen, dass – wie bei § 266 StGB – nur Entscheidungen kriminalisiert werden, die objektiv unvertretbar sind.⁴⁸ Hier und nur hier kann es allein um die strafrechtliche Garantie eines Mindeststandards gehen.⁴⁹

dd) Insgesamt erweist sich, dass die Straftatbestände keine verfassungsrechtlich relevanten Bestimmtheitsprobleme aufwerfen.

III. Ausgestaltung der Straftatbestände

1. Lozierung der Tatbestände

Wer die bestehenden Strafbarkeitslücken schließen will, steht vor drei Regelungsalternativen. Wie sich zeigen wird, hat der Regierungsentwurf die beste Alternative gewählt.

a) Sozialgesetzbuch?

Zu Recht nicht mehr weiter verfolgt worden ist der Ansatz, einen Straftatbestand im SGB V zu schaffen.⁵⁰ Eine solche Regelung klammert von vornherein sämtliche Sachverhalte aus, die sich auf die Behandlung privat versicherter Patienten beziehen.⁵¹ Zudem weist eine Regelung außerhalb des Strafrechts eine suboptimale kommunikative Wirkung aus, wird Normadressaten und Gesellschaft doch signalisiert, dass diese Form von Korruption weniger schwerwiegend ist als die vom Strafgesetzbuch erfassten Formen.⁵² Dass nun im StGB Tatbestände geschaffen werden, die speziell auf Angehörige von Heilberufen zugeschnitten sind, setzt ein der Problematik angemessenes Signal.⁵³

b) 30. Abschnitt des Strafgesetzbuchs?

Der *Deutsche Richterbund*⁵⁴ ist der Ansicht, die Einordnung der Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen im 30. Abschnitt über die Amtsträgerdelikte (§§ 331 ff. StGB) trüge „der Bedeutung ethisch angemessenen Verhaltens von Angehörigen der Heilberufe“ besser Rechnung als die für den 26. Abschnitt vorgesehenen Regelungen. Dies geht jedoch zu weit und an der Sache vorbei: Das Strafrecht darf „ethisch angemessenes Verhalten“ (was immer darunter zu verstehen ist) nicht ohne weiteres erzwingen,⁵⁵ sondern bedarf eines konkreten Bezugspunkts. Ein solcher kann aus den Funktionen der Berufsgruppen abgeleitet werden. Die Korruptionsverbote sichern dann nicht ethisch-moralische Standards, sondern die Funktionsbedingung der Institution, in der die jeweiligen Berufsträger tätig sind. Aus diesem Blickwinkel wird deutlicher, weshalb Ärzte und andere Angehörige von Heilberufen nicht per se mit Amtsträgern verglichen werden können: An-

⁴⁷ Dazu *Brettel/Duttge/Suhr*, JZ 2015, 929, 932.

⁴⁸ So für § 266 StGB *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353, 360. Vgl. auch *Brettel/Duttge/Suhr*, JZ 2015, 929, 932.

⁴⁹ *Gaede*, medstra 2015, 263, 266, nimmt dies generell an.

⁵⁰ BT-Drs. 17/14184. Dazu etwa *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2013, Rn. 324.

⁵¹ Vgl. *H. Schneider*, HRRS 2013, 473, 476.

⁵² *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 13. Ebenso *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 322 f.

⁵³ Bei zwei von der Europäischen Kommission organisierten Tagungen am 19. und 20. November 2015 zur Korruption im Gesundheitswesen, auf denen der Verf. referierte, fand dieser Ansatz großes Interesse bei Vertretern einzelner Mitgliedstaaten (u.a. Frankreich) und der Eastern Partnership States (u.a. Aserbaidschan und Georgien). Nähere Informationen zu der Veranstaltung demnächst unter: European Commission, Migration Home and Affairs, Anti-corruption Experience Sharing Programme, unter: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/experience-sharing-programme/index_en.htm.

⁵⁴ Stellungnahme Nr. 22/15, S. 2.

⁵⁵ Insoweit übereinstimmend Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 2.

ders als Amtsträger repräsentieren sie nicht den Staat, sind nicht ausschließlich gemeinwohlgebunden, sondern dürfen durchaus wirtschaftlich eigennützig handeln⁵⁶, haben also keine mit einem Amtsträger vergleichbare generelle Loyalitäts- und Integritätspflichten. Angehörige von Heilberufen sind lediglich für die Beachtung jener Regeln und Verfahren verantwortlich, mittels derer Leistungen im Gesundheitswesen verordnet und ausgetauscht werden. Daher ist der 30. Abschnitt des StGB („Straftaten im Amt“) kein angemessenes Umfeld für Straftatbestände, die diese Regeln und Verfahren gegen korruptive Umgehung absichern.⁵⁷

c) 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches

Der angemessene Ort ist folglich der 26. Abschnitt über die „Straftaten gegen den Wettbewerb“. Dass der Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt nicht „frei“ ist,⁵⁸ steht dem nicht entgegen, zumal auch andere regulierte Wirtschaftsbereiche in den Anwendungsbereich der §§ 298 ff. StGB einbezogen sind. Auf allen Märkten wird der Wettbewerb nicht als Idealtyp, sondern in seiner konkreten, d.h. rechtlich ausgeformten Gestalt geschützt.

Innerhalb dieses Abschnitts bieten sich zwei kriminalpolitische Optionen an: Zunächst ließe sich der Adressatenkreis des § 299 StGB dadurch erweitern,⁵⁹ dass neben Vertragsärzten und anderen Heilberuflern sämtliche Angehörige freier Berufe und selbstständige Unternehmer erfasst würden. Diese Lösung trüge zwar dem Charakter des § 299 StGB als wettbewerbs-schützendem Tatbestand Rechnung. Indes hätte diese Lösung auch Angehörige von freien Berufen kriminalisiert, die von weit geringerer sozialer und wirtschaftlicher Bedeutung sind als die Heilberufe. Da zudem der zu erwartende Widerstand diese Option als politisch wenig attraktiv erscheinen lässt, ist die Einführung besonderer Straftatbestände der angemessene Weg.⁶⁰

2. Tathandlungen

a) Grundstruktur

§ 299a StGB pönalisiert die (passive) Bestechlichkeit des Angehörigen eines „Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.“ Die spiegelbildlich formulierte Schwesternorm § 299b StGB wendet sich gegen die (aktive) Bestechung. Beide Tatbestände unterscheiden mehrere Arten heilberuflichen Handelns und kriminalisieren diese in unterschiedlichem Ausmaß.⁶¹ § 299a Abs. 1 StGB und § 299b Abs. 1 StGB beziehen sich auf die Bestechlichkeit bzw. Bestechung im Zusammenhang mit der Verordnung und Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten sowie im Zusammenhang mit der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial. Für strafbar erklärt werden zwei Formen der korruptiven Beeinflussung dieser heilberuflichen Entscheidungen: zum einen der Austausch von Vorteil und unlauterer Bevorzugung im Wettbewerb (Abs. 1 Nr. 1), zum anderen der Tausch von Vorteil und Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit (Abs. 1 Nr. 2). Die genannten Tatbestände wenden sich mithin gegen eine *unmittelbare* korruptive Beeinflussung des Verhältnisses zwischen dem Angehörigen eines Heilberufs und seinen Patienten: Die Korruption soll sich unmittelbar auf eine Verordnung, Medikamentenabgabe oder Überweisung niederschlagen und damit nicht nur die Regeln des Gesundheitssystems verletzen, sondern auch die Rechtssphäre des Patienten tangieren.

b) Zu §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E

Der Unterschied zwischen den Tatvarianten Nr. 1 und Nr. 2 besteht darin, dass die erstere eine Wettbewerbslage verlangt, die in letzterer fehlen kann. Damit erhalten die Tatvarianten

⁵⁶ Brettel/Duttge/Schuhr, JZ 2015, 929, 931.

⁵⁷ Wie hier Duttge (Fn. 2), S. 9. A.A.: Dannecker, ZRP 2013, 37, 41 f.; Brettel/Duttge/Schuhr, JZ 2015, 929, 934 f.; Schröder, NZWiSt 2015, 361, 363 f., die eine Regelung im Umfeld der §§ 331 ff. StGB befürworten und auf § 352 StGB verweisen, der – auch – Nicht-Amtsträger erfasst. Dabei handelt es sich aber um eine punktuelle Ausnahme und damit nicht um eine tragfähige Grundlage für die Aufnahme weiterer Tatbestände in den 30. Abschnitt, die Nicht-Amtsträger adressieren.

⁵⁸ So aber Brettel/Duttge/Schuhr, JZ 2015, 929, 934 f.

⁵⁹ Dafür H. Schneider, Rechtsgutachten zum Referentenentwurf vom Mai 2015, S. 30, abrufbar unter: krim.jura.uni-leipzig.de/resources/Gutachten_Schneider_299a-StGB.pdf.

⁶⁰ Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11, 13 f.; Gaede/Tsambikakis/Lindemann, medstra 2015, 142, 146.

⁶¹ Dazu und zum Folgenden Kubiciel, MedR 2016, 1 ff.

der Nr. 2 einen eigenständigen, auch praktisch relevanten Anwendungsbereich.⁶² Er erfasst korruptive Handlungen im Vor- oder Umfeld eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses sowie Handlungen auf monopolisierten oder stark regulierten Märkten. Weil das Gesundheitswesen und das Vertrauen der Patienten auch Schutz verdienen,⁶³ wo (noch) kein Wettbewerb besteht, ist die Kriminalisierung angemessen.⁶⁴

c) Zu §§ 299a Abs. 2 Nr. 2, 299b Abs. 2 StGB-E

Die §§ 299a Abs. 2 und 299b Abs. 2 StGB-E pönalisieren die Bestechlichkeit bzw. Bestechung beim Bezug von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln bzw. Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind. Die Korruption erreicht hier noch nicht die Rechtssphäre konkreter Patienten, tangiert aber jene Regeln des Gesundheitssystems, die den Bezug von Arzneimitteln und dergleichen steuern. Zudem wird die Gefahr geschaffen, dass die Konsequenzen der korruptiv verzerrten Bezugsentscheidung alsbald konkrete Patienten erreichen. Bei diesen Vorfeldtatbeständen liegt die Tathandlung im Tausch eines Vorteils gegen eine Verletzung der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“.

3. Unrechtsvereinbarung

„Kernbestandteil“⁶⁵ der Korruptionsvorschriften im engeren Sinne ist die Unrechtsvereinbarung. Sie findet sich als Tatbestandsvoraussetzung sowohl in den §§ 332, 334 StGB sowie im § 299 StGB, der als Vorbild der §§ 299a, 299b StGB-E fungiert. Auch in – fast – allen Varianten der §§ 299a, 299b StGB-E ist die Unrechtsvereinbarung enthalten. Sie fehlt – was bislang weitestgehend übersehen wurde⁶⁶ – jedoch im Regierungsentwurf zu § 299a Abs. 2 StGB-E (vgl. das Fehlen von „als Gegenleistung“ in der Tathandlungsumschreibung). Nach Auskunft des BMJV an den Verf. vom 30.9.2015 handelte es sich dabei um ein Redaktionsversehen.⁶⁷ Wird das Redaktionsversehen korrigiert, sind in allen Tathandlungsvarianten nur solche Vorteilsgewährungen tatbestandsmäßig, die „als Gegenleistung“ für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit gefordert, versprochen, angenommen oder gewährt werden. Nicht erfasst werden hingegen Fälle, in denen keine solche Verbindung von Vorteil und Bevorzugung vereinbart wird, sondern mit der Vorteilsgewährung nur ein allgemeines Wohlwollen geschaffen werden soll. Dieser Umstand ist im Gesetzgebungsverfahren von der Partei „Die Linke“ kritisiert worden.⁶⁸ Dies zu Unrecht. Denn anders als im öffentlichen Sektor ist die „Klimapflege“ in der Privatwirtschaft nicht grundsätzlich strafwürdig. Auswüchsen kann gesundheits- und standesrechtlich begegnet werden, eine Ausdehnung der Straftatbestände erschiene hingegen unverhältnismäßig. Daher ist die Forderung nach Streichung des Erfordernisses einer Unrechtsvereinbarung zurückzuweisen.

IV. Würdigung und Ausblick

1. Gesamtwürdigung

Sowohl die kriminalpolitische Notwendigkeit (I.) als auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit (II.) der Straftatbestände kann nach den vorstehenden Ausführungen bejaht werden. Auch gegen die Umsetzung bestehen keine durchgreifenden Bedenken (III.).

2. Folgen für Verbände, Kammern, Krankenhäuser und die Pharmaindustrie

Da der politische Wille zur Umsetzung des Gesetzesvorhaben vorhanden ist, ist davon auszugehen, dass die Straftatbestände weitgehend in jener Form in Kraft treten werden, die ihnen der Regierungsentwurf verliehen hat. Die neuen §§ 299a, 299b StGB-E werden dann zu *den* zentralen Strafvorschriften avancieren, an denen sich sämtliche Formen von Koopera-

⁶² Krit. hingegen *Gaede/Tsambikakis/Lindemann*, *medstra* 2015, 142, 153; *Pragal/Handel*, *NZWiSt* 2015, 342.

⁶³ Dazu oben I. 4.

⁶⁴ *Schröder*, *NZWiSt* 2015, 321, 325.

⁶⁵ Treffend *Luczak*, BT-Protokolle (Fn. 15), S. 13480.

⁶⁶ Vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, *JZ* 2015, 929 ff.; *Gaede*, *medstra* 2015, 263 f.; *Taschke/Zapf*, *medstra* 2015, 332 ff. Anders der Ende November erschienene Beitrag von *Pragal/Handel*, *medstra* 2015, 337, 342 sowie die ebenfalls Ende November erschienene Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, 40/2015, S. 8.

⁶⁷ Zu weiteren Redaktionsversehen vgl. *meine* die Stellungnahme für den BT-Rechtsausschuss.

⁶⁸ S. aber *Vogler*, BT-Protokolle (Fn. 15), S. 13478.

tionen zwischen den verschiedenen Akteuren auf dem Gesundheitsmarkt werden messen lassen müssen. Zugleich verschärfen sie über die Bußgeld- und Verfallvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts (§§ 29a, 30, 130 OWiG) das Haftungsregime für Krankenhaus- bzw. Pharmakonzerne und andere auf dem Gesundheitsmarkt agierende juristische Personen.⁶⁹

Weil die geplanten Vorschriften ebenso wenig wie andere Korruptionstatbestände ein als korruptiv erachtetes Verhalten abschließend definieren können, müssen sie auf gesundheitsrechtliche Primärnormen zurückgreifen. Dass diese Primärnormen (auch) von Kammern und Verbänden geschaffen werden, stellt – anders als verbreitet behauptet wird – eher eine Chance als ein Risiko dar. Denn gerade wegen dieser Akzessorietät können die Kammern und Verbände den Anwendungsbereich der Straftatbestände mitgestalten, indem sie Berufsausübungsregeln spezifizieren und Best-Practices für nicht-korruptive Kooperationen, Marketingmodelle und dergleichen erarbeiten. Auch Pharmaunternehmen und Krankenhauskonzerne sollten ihre Compliance-Maßnahmen überprüfen und ggfs. anpassen. Der Ball wird also in das Feld des Gesundheitsmarktes zurückgespielt. Die wichtigste Wirkung des Gesetzes besteht folglich darin, Ärztekammern und andere Verbände sowie die pharmazeutische Industrie zur Präzisierung ihrer Regeln und Empfehlungen für legale Kooperationsformen zu motivieren. Die §§ 299a, 299b StGB-E erzwingen auf diese Weise die Entfaltung von Selbstheilungskräften, ohne die sich ein Klima von Legalität und Integrität nicht durchsetzen lässt.⁷⁰ Das Gesetz ist mithin ein Beispiel für eine staatliche Top-down-Regulierung, die Impulse bei Kammern, Verbänden und Unternehmen auslösen und mittels dieser Intermediäre die einzelnen Berufsträger erreichen kann (was einem „Topping from the bottom“-Approach entspricht). Gerade die Berufsverbände und -kammern, die zu Recht ihre institutionelle und rechtliche Autonomie betonen, können nun zeigen, dass sie der – mit jeder Autonomie einhergehenden – Verantwortung zum Wohle ihrer Mitglieder und der Allgemeinheit gerecht werden.

3. Folgen für einzelne Angehörige von Heilberufen und die anwaltliche Beratung

Ärzte und Angehörige von Heilberufen stehen vor dramatisch veränderten Spielregeln. Mussten sie bislang selbst bei eindeutig korruptiven Handlungsweisen keine strafrechtlichen Folgen fürchten (wenn sie nicht in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB gelangten), können ihre Kooperationen untereinander oder solche mit der pharmazeutischen Industrie schon bald in das Visier von Staatsanwälten geraten. Strafbarkeitsrisiken drohen jedoch nur jenen, die am Rand existierender Regeln operieren oder neuartige Kooperationsmodelle ausprobieren. Lassen sie sich von ihren Kammern oder externen Juristen beraten, sind auch diese Risiken beherrschbar.

Um sich gegen strafrechtliche Risiken abzusichern, ist die Schaffung von Transparenz gegenüber Kammern und unter Umständen auch eine eingehendere (korruptionsstraf- und gesundheitsrechtliche) Prüfung anzuraten. Dabei kann durchaus mehrschrittig vorgegangen werden. Zunächst sollte ein geplantes Kooperationsmodell der zuständigen Kammer angezeigt und um Beurteilung der Zulässigkeit gebeten werden. Die Auskunft dient nicht nur der eigenen rechtlichen Orientierung, sondern kann im Fall staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen von entscheidender Bedeutung sein: Denn selbst wenn die Staatsanwaltschaft zu einer von der Einschätzung der Berufskammer abweichenden Bewertung der Kooperation gelangen sollte, könnte dem Beschuldigten ein unvermeidbarer Verbotsirrtum nach § 17 StGB attestiert werden.

Ist das Ergebnis der Kammer nicht eindeutig oder sieht sich diese zu einer Einschätzung (wegen der rechtlichen Komplexität der Frage) außer Stande, sollte ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben werden. Dabei sind die für die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums geltenden Grundsätze der Rechtsprechung zu beachten.⁷¹ Insbesondere muss der Gutachter unabhängig in dem Sinne sein, dass das Ergebnis seiner Prüfung eigene Interessen weder positiv noch negativ berührt. Daher sollte die strafrechtliche Bewertung nicht von demselben Rechtsanwalt vorgenommen werden, der die gewünschte Kooperation gesellschafts-

⁶⁹ Damit ist der Forderung der Partei „Die Linke“ nach einer „Unternehmenshaftung“ (BT-Drs. 18/5452, S. 2), bereits nach der lex lata genüge getan. Zur weitergehenden Diskussion um die Einführung eines „echten“ Unternehmensstrafrechts s. etwas die Aufsätze und Papiere auf der Projektseite: verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de.

⁷⁰ Kubiciel, ZStW 120 (2008), 429, 435 ff.

⁷¹ Allgayer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 17 StGB Rn. 16-18.

rechtlich ausgestaltet. Darüber hinaus muss die um Rat gefragte Person oder Sozietät über eine hinreichende Expertise verfügen. Eine solche Expertise ist auf dem neuen und schwierigen Terrain der §§ 299a, 299b StGB-E nicht leicht zu finden, verzahnt die Begutachtung doch komplexe korruptionsstraf- und gesundheitsrechtliche Fragestellungen. Schließlich müssen dem Gutachter sämtliche Informationen zur Verfügung stehen. Intransparente Nebenabreden können das Ergebnis der Begutachtung verzerren und die strafrechtliche Wirksamkeit aufheben. Zudem bieten unaufgedeckte (Neben-)Absprachen einen gut greifbaren Anknüpfungspunkt für staatsanwaltschaftliche Ermittlungen.

Hat die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, wird es in rechtlicher Hinsicht vor allem darauf ankommen, wie nahe die gewählte Kooperationsform jenen Formen der Zusammenarbeit kommt, die das Gesundheitsrecht (im weitesten Sinne) ausdrücklich anerkennt. Lässt sich die verbleibende „Lücke“ mit gesundheitspolitisch anerkannten Argumenten füllen, lässt sich also zeigen, dass die Kooperation nicht nur Eigeninteressen dient, sondern auch gesundheitspolitisch sinnvoll ist, könnte eine Einstufung als strafbar vermieden werden. Hilfreich kann dabei die oben (II. 2. c, cc) gezeigte Parallele zur Untreuedogmatik sein. Danach kann ein Verhalten in einem vom Gesundheitsrecht nicht eindeutig geregelten Bereich nur dann strafbar sein, wenn es vor dem Hintergrund der Maximen des Gesundheitsrechts eindeutig unvertretbar und evident strafwürdig ist. In anderen Fällen sollte das Strafrecht schweigen.

Korruptionsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Markus Rheinländer, Düsseldorf

Zur Frage nach der Möglichkeit einer strafbefreienden Zustimmung des Prinzipals bei § 299 StGB alter und neuer Fassung – zugleich Anm. zu *LG Frankfurt*, *Beschl. v. 22.04.2015 – 5/12 Qs 1/15*

I.

Die zu besprechende Entscheidung des *LG Frankfurt* verhält sich zunächst und unmittelbar zur Vorschrift des § 299 StGB in der bis zum 25.11.2015 geltenden „alten“ Fassung. Daher hat die Rezension auch am „alten“ Recht anzusetzen: „Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, [...] wird [...] bestraft“, so der Wortlaut des § 299 Abs. 1 StGB a.F. Eine korrespondierende Strafdrohung galt nach § 299 Abs. 2 StGB a.F. für den Vorteilsgeber.

Der Beschluss *des LG Frankfurt* vom 22. April 2015 trifft zunächst eine Entscheidung, die längst überfällig war und im Ergebnis wenig überrascht: Nimmt der Gesellschafter/Geschäftsführer einer Ein-Mann-GmbH, so die *Kammer*, einen versprochenen Vorteil an, um dem Vorteilsgeber sodann einen Auftrag zu erteilen, liege hierin keine Bestechlichkeit im Sinne des § 299 StGB [a.F.]. Als Alleingesellschafter sei der Vorteilsnehmer zugleich Betriebsinhaber und Vorteilsgewährungen an Betriebsinhaber seien durch § 299 StGB [a.F.] [...] ausdrücklich nicht unter Strafe gestellt. Dieses Resultat entspricht einem in der Praxis verbreiteten Verständnis.

Neu und wegweisend ist dagegen die gerichtliche Begründung: Die *Kammer* setzt sich intensiv mit den durch § 299 StGB a.F. geschützten Rechtsgütern auseinander und bietet nicht nur Anlass, die bisherige Antwort auf die Frage nach der Bedeutung einer Zustimmung des

Betriebsinhabers zu Vorteilsannahmen durch Angestellte/Beauftragte zu überdenken, sondern stellt sie sogar konkret in den Raum.

Bislang waren sich Rechtsprechung und das weit überwiegende Schrifttum einig, dass eine Zustimmung des Prinzipals zu entsprechenden Vorteilsgewährungen an Angestellte / Beauftragte oder Dritte dem Sachverhalt nicht seine strafrechtliche Relevanz nehmen könne¹. Aber diese Auffassung scheint – gerade mit Blick auf den Beschluss des *LG Frankfurt* vom 22. April 2015 – 5/12 Qs 1/15 – zumindest fragwürdig.

II.

Dabei können Rechtsprechung und herrschende Meinung für sich zunächst zwei – vordergründig plausibel erscheinende – Argumente in Anspruch nehmen:

1.

So kommt, wie die gesetzlichen Regelungen der Amtskorruption in den §§ 331ff. StGB zeigen, eine die Strafbarkeit ausschließende Zustimmung dort nicht in Betracht, wo der Vorteilsempfänger - bzw. genauer: der Partner der Unrechtsvereinbarung – sich aufgrund des Vorteils pflichtwidrig verhält oder eine solche Pflichtverletzung zumindest in Aussicht stellt. Diese Unterscheidung findet sich in den Regeln der Amtskorruption wieder. Soweit dort eine Genehmigungsmöglichkeit nur für die Fälle der bloßen Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 3 StGB) bzw. –gewährung (§ 333 Abs. 3 StGB) vorgesehen ist, nicht aber für jene der Bestechung bzw. Bestechlichkeit (§§ 332, 334 StGB), kommt zum Ausdruck, dass Vorteile für pflichtwidriges Verhalten nicht durch Genehmigung legalisiert werden könnten².

Da aber § 299 StGB a.F. mit Bestechung/Bestechlichkeit überschrieben war (und ist) und die Vorschrift die Absicht zu unlauterer Bevorzugung im Wettbewerb verlangte, bestand insofern eine systematische Parallele zu den Delikten der – nicht genehmigungsfähigen – Bestechung im Amt (§§ 332, 334 StGB), sodass auch bei § 299 StGB a.F. eine Zustimmung die Strafbarkeit nicht sollte beseitigen können. Die vordergründige Annahme jener mutmaßlichen Strukturgleichheit bleibt jedoch den Nachweis schuldig, ob die gesetzliche Systematik bzw. das jeweils geschützte Rechtsgut eine solche Übertragung überhaupt nahelegte bzw. zuließ.

2.

Vereinzelt Versuchen im Schrifttum, die Frage einer „Genehmigungsfähigkeit“ von Zuwendungen im (bloßen) Anwendungsbereich des § 299 StGB a.F. erneut aufzuwerfen, wurde entgegen gehalten, dass § 299 StGB a.F. den freien (fairen) Wettbewerb schütze und dieses überindividuelle Rechtsgut nicht zur Disposition einzelner Teilnehmer am Wirtschaftsleben stehe³. D.h. dort, wo die Regeln des freien (fairen) Wettbewerbs verletzt waren, könne der Zustimmung eines Geschäftsinhabers zu Zuwendungen von Externen an seine Angestellten oder Beauftragten keinerlei strafbefreiende Wirkung zukommen.

Die bislang kaum zufriedenstellend beantwortete Frage aber lautet, ob denn in jenen Fällen das Rechtsgut des freien und fairen Wettbewerbs überhaupt beeinträchtigt war, was wie-

¹ RG v. 14.5.1914 – III 140/14, *RGSt* 48, 291 (Korkengeld-Fall); *Heger* in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 299, Rn. 5; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299 Rn. 23.

² Dieser Grundsatz scheint prima vista durch § 299 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 Ziff. 2 StGB n.F. durchbrochen worden zu sein; denn dort ist die Einwilligung in pflichtwidrige Handlungen ausdrücklich vorgesehen. Allerdings entfaltet eine Einwilligung ihre Wirksamkeit grundsätzlich nur, wenn sie im Zeitpunkt der Vornahme der „Tat handlung“ vorgelegen hat. Hat aber dort der dispositionsbefugte Unternehmer spätestens im Zeitpunkt der Handlung seine (wirksame) Zustimmung zur Vornahme der jeweiligen Handlung erteilt, wird man schwerlich noch von einer Pflichtverletzung mit Einwilligung sprechen können, denn tatsächlich hat die erteilte Einwilligung bereits die entgegenstehende Pflicht suspendiert. Anerkannt ist dieser „Mechanismus“ etwa auch bei § 266 StGB im Rahmen der Zustimmung des Treugebers zu Handlungen des Trenehmers, die ohne (gesonderte) Zustimmung pflichtwidrig wären. Auch hier beseitigt die Zustimmung bereits die ansonsten bestehende Pflichtenbindung. Dies bedeutet, dass entgegen erstem Anschein auch § 299 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 Ziff. 2 StGB n.F. den Grundsatz „keine rechtliche beachtliche Zustimmung bei Pflichtverstoß“ nicht durchbricht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Unternehmer und Treugeber regelmäßig in – wenn auch möglicherweise nur begrenztem Umfang – über den Pflichtenkanon von Mitarbeitern disponieren können. Bei öffentlich-rechtlichen Pflichten, wie sie der Bestechung und Bestechlichkeit im Amt zugrunde liegen, gilt dies dagegen freilich nicht. Eine Einwilligung wird nie zu einem Tatbestandsausschluss führen können, wenn die Pflicht, die durch die Handlung verletzt wird, nicht zur Disposition des Einwilligenden steht.

³ RG v. 14.5.1914 – III 140/14, *RGSt* 48, 291.

derum zu der Notwendigkeit überleitet, sich mit dem Schutzgut des freien und fairen Wettbewerbs gerade im spezifischen Sinne des § 299 StGB a.F. en detail auseinanderzusetzen.

Bis heute ist in der Kommentarliteratur zu lesen, dass sich die „unlautere Bevorzugung [...] im Wettbewerb“ bereits aus dem Nexus zwischen Vorteilsversprechen bzw. –gewährung auf der einen und dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen auf der anderen Seite ergebe⁴. Weiter erfährt man, dass der freie und faire Wettbewerb, wie er durch § 299 StGB a.F. geschützt wurde, jedenfalls nicht vollständig deckungsgleich sei mit dem „lauteren Wettbewerb“ im Sinne des UWG⁵. Was aber genau hinter dem mutmaßlichen Schutzgut des (freien und fairen) Wettbewerbs im spezifischen Sinne des § 299 StGB a.F. gestanden hat, blieb nur zu oft im Dunklen⁶.

3.

Die Entscheidung des *LG Frankfurt* bringt Licht. Denn sie nimmt zu den von § 299 StGB a.F. geschützten Rechtsgütern Stellung. Zustimmung findet dabei zunächst ihr methodischer Ansatz: So trägt die *Kammer* nicht etwa Gedanken zum mutmaßlich geschützten Rechtsgut von außen an die Vorschrift heran, sondern ermittelt quasi von innen heraus, welcher Rechtsgüterschutz durch den Wortlaut der Norm und ihre gesetzliche Systematik vermittelt wird.

a)

Ausgangspunkt der gerichtlichen Überlegungen ist dabei der Umstand, dass ausweislich des klaren Wortlauts der Norm sog. „Unrechtsvereinbarungen“ mit dem Betriebsinhaber selber auf der Grundlage des bis zum 25.11.2015 geltenden Rechts grundsätzlich keine Strafbarkeit wegen Bestechung/Bestechlichkeit im Sinne von § 299 StGB a.F. auslösen konnten.

Vor dem Hintergrund dieser – bewussten – legislatorischen Entscheidung „sucht“ die *Kammer* jene von § 299 StGB a.F. geschützten Rechtsgüter. So wird der Norm ein abstrakter Schutz von Vermögensinteressen des Prinzipals attestiert, der hier allerdings nicht weiter betrachtet werden soll.

Soweit § 299 StGB das Vermögen des Prinzipals schützte, handelte es sich um ein höchstpersönliches und zugleich disponibles Rechtsgut. Da der Vermögensinhaber berechtigt ist, dieses Rechtsgut preiszugeben bzw. auf den strafgesetzlichen Schutz zu verzichten, steht diese Schutzrichtung des Tatbestandes der Relevanz einer Zustimmung nicht entgegen.

Als – soweit ersichtlich – erste Entscheidung unternimmt die *Kammer* den überzeugenden Versuch, den von § 299 StGB a.F. geschützten fairen und freien Wettbewerb gerade im Kontext dieser Norm zu definieren, um sodann zu zeigen, dass jener strafgesetzlich geschützte Wettbewerb von dem verfahrensgegenständlichen Verhalten nicht tangiert wird.

„Der Schutz des fairen Wettbewerbs“, so die *Kammer*, „wie ihn der Gesetzgeber hier gewähren wollte, indem er den Geschäftsinhaber aus dem Anwendungsbereich der Norm aufgenommen hat, beschreibt den Unwert korruptiven Handelns als wettbewerbswidrige / marktregelwidrige Beeinflussung der innerbetrieblichen Willensbildung eines Marktteilnehmers [gerade] dadurch, dass den entscheidungsbefugten bzw. entscheidungsbeeinflussenden Mitarbeitern Vorteile versprochen bzw., gewährt werden. Der Betriebsinhaber wird durch das Korumpieren des Angestellten/Beauftragten nicht nur vermögensbezogen, sondern zudem in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit getroffen. Gerade (auch) in diesem Sinne zählt der Betriebsinhaber zum geschützten Personenkreis von § 299 StGB, so dass er nicht zugleich Täter sein kann [...]“.

Neben einem abstrakten Vermögensschutz vermittelte § 299 StGB a.F. dem Geschäftsherrn daher den Schutz seiner (!) Entscheidungsfreiheit, genauer: der validen Grundlagen seiner Entscheidung, soweit diese ansonsten durch sachfremde - weil an (persönlichen) Vorteils-

⁴ Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299 Rn. 16.

⁵ Heine/Eisele in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 299 Rn. 19; Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299 Rn. 16.

⁶ Der Autor hatte bereits in seinem Beitrag WiJ 3. Ausgabe 2014, S. 144 dargelegt, dass auch ein Abgleich mit dem aktuellen Verständnis des gewerblichen Lauterkeitsrechts dazu führen muss, bestimmte Fälle einer willensmangelfreien Zustimmung des Prinzipals als beachtlich für die Strafbarkeit im Sinne von § 299 StGB anzusehen.

erwartungen ausgerichtet – Erwägungen seiner Angestellten/Beauftragten beeinflusst würde. Der Wettbewerbsschutz, den § 299 StGB a.F. hiernach vermittelte, war daher gerade nicht jener abstrakte und überindividuelle im Sinne des UWG, sondern im Gegenteil ein höchstpersönlicher, nämlich der Schutz der Integrität der Willensbildung des jeweiligen Geschäftsinhabers. Der Wettbewerbsbezug jener Willensbildungsintegrität besteht in ihrer Restriktion auf den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb.

Soweit die Vorschrift zum einem das Vermögen des Geschäftsherrn schützte zum anderen aber auch die Integrität seiner Willensbildung, wurden insoweit nicht nur höchstpersönliche, sondern darüber hinaus auch disponible Rechtsgüter geschützt, so dass hinsichtlich beider Schutzrichtungen ein tatbestandsausschließender Rechtsgutsverzicht denkbar ist.

Das klassische noch vom *Reichsgericht* [Korkengeld-Entscheidung] herangezogene Argument, der von der Vorschrift geschützte Wettbewerb stehe als überindividuelles Rechtsgut nicht zur Disposition des Geschäftsinhabers, hat daher heute keine uneingeschränkte Geltung mehr.

b)

Doch um die Frage nach der Möglichkeit eines Tatbestandsausschlusses durch Zustimmung des Betriebsinhabers beantworten zu können, bedarf es streng genommen nicht einmal der Konstruktion eines – möglichen – Rechtsgutsverzichts.

Geht man nämlich der hier aufgeworfenen Frage nach, ob und inwieweit eine Zustimmung des Geschäftsinhabers zur Gewährung von Vorteilen an die eigenen Angestellten/Beauftragten durch Externe der Tat ihr Unrechtsprofil nimmt, gelangt man mit Blick auf das Schutzgut der Integrität der Willensbildung nicht einmal zu der Frage, ob dieses Schutzgut zur Disposition des Geschäftsherrn steht.

Denn das Schutzgut der "Integrität der Willensbildung" dürfte nach den Ausführungen der *Kammer* (nur) dann beeinträchtigt bzw. verletzt sein, wenn der Prinzipal im Rahmen seiner Entscheidungen über den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen nicht weiß, dass seine Angestellten oder Beauftragten, die ihm etwa den Bezug bestimmter Waren nahegelegt oder sogar die Entscheidung zugunsten des Bezugs bestimmter Waren getroffen haben, vom potentiellen Lieferanten Vorteile für sich oder für Dritte erhalten haben oder erhalten werden. Teilt aber der Angestellte dem Betriebsinhaber dagegen mit, dass ihm der Lieferant im Rahmen der Preisverhandlungen einen bestimmten Vorteil in Aussicht gestellt hat, kann der Geschäftsinhaber in Kenntnis dieses Umstandes seine verantwortliche Entscheidung über den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen treffen; er wird bei der Auftragsvergabe berücksichtigen, dass der verhandelte Preis möglicherweise (zumindest) um den Wert des dem Angestellten versprochenen Vorteils überhöht ist. Die Grundlagen der Willensbildung des Prinzipals sind hier nicht beeinträchtigt. Sie sind es aber dann, wenn der Geschäftsinhaber – wie das *Landgericht* herausstellt – in Unkenntnis der beabsichtigten Vorteilsgewährung an seinen Angestellten entscheidet, denn anders als der Vertragspartner, der seine Kalkulation natürlich nicht offen zu legen braucht, schuldet der Angestellte / Beauftragte dem Prinzipal Loyalität. Diese Überlegungen zeigen, dass die Integrität der Willensbildung bei Kenntnis aller ihm von seinen Angestellten oder Beauftragten zu offenbaren Umständen des Einzelfalls nicht verletzt ist.

Streng genommen setzte jene – trotz Vorteilszuwendung an einen Angestellten – fortbestehende Integrität der Willensbildung nicht einmal eine erteilte oder geäußerte Zustimmung des Geschäftsinhabers voraus. Die – gegenüber dem Angestellten / Beauftragten bzw. gegenüber dem Vertragspartner erteilte – Zustimmung stellt allerdings sicher, dass auch die anderen Beteiligten Kenntnis von der fehlenden Rechtsgutsbeeinträchtigung haben. Auf diese Weise würden asymmetrische Konstellationen vermieden.

Stimmte also der Geschäftsinhaber willensmangelfrei einer Vorteilsgewährung an Angestellte / Beauftragte zu, so verlor die Handlung ihre strafrechtliche Relevanz nach § 299 StGB a.F. Eine das tatbestandlich umschriebene Unrecht konstituierende Rechtsgutsverletzung fehlte.

4.

Eine weitere Frage betrifft die Praxisrelevanz vorstehender Überlegungen. Denn die moderne Wirtschaft kennt eben nicht nur kleine, inhabergeführte Unternehmen. Welche Auswir-

kungen aber ergeben sich für verschachtelte Konzernstrukturen, für börsennotierte Aktiengesellschaften, für mehrgliedrige GmbHs etc.? Diesen juristischen Gebilden ist eigen, dass der oder die Geschäftsinhaber oftmals an Entscheidungen im operativen Geschäft des jeweiligen Unternehmens nicht beteiligt sind. Sie haben vielfach nicht einmal das Recht dazu.

§ 299 StGB a.F. schützte nach Auffassung des *LG Frankfurt* die Integrität der Willensbildung des Betriebsinhabers. Dabei geht die in ihrer Grundstruktur über 100 Jahre alte Vorschrift davon aus, es sei der Betriebsinhaber, dessen Willensbildungsintegrität im Interesse verantwortlichen wirtschaftlichen Handelns zu schützen sei. Der Betriebsinhaber wurde gleichzeitig als ranghöchster Entscheider in seinem Betrieb begriffen. Dieses Konzept wird modernen Gegebenheiten aber nicht mehr ansatzweise gerecht.

Kann der Vorstand einer AG oder die Geschäftsführung einer GmbH regelmäßig eine bestimmte Verwendung von Mitteln des Unternehmens durch Mitarbeiter unterer Hierarchieebenen legalisieren, ist eine derartige Zustimmung prinzipiell auch auf der Grundlage der vorstehenden Gedanken nicht geeignet, einen dem § 299 StGB a.F. unterfallenden Zuwendungssachverhalt zu legalisieren. Denn ebenso wenig wie der Vorstand einer AG sind die Fremdgeschäftsführer einer GmbH Betriebsinhaber⁷; vielmehr handelte es sich auch bei ihnen um Angestellte oder Beauftragte⁸. Hieran ist nicht zu rütteln. Dies hat aber nicht zwangsläufig zu bedeuten, dass es stets einer Hauptversammlung oder eines Gesellschafterbeschlusses bedurft hätte, um die legalisierende Wirkung einer Zustimmung zu erzielen. Vielmehr steht es dem oder den Betriebsinhabern frei, die Befugnis zur Erteilung etwaiger Zustimmungen für „Vorteilempfänger“ unterhalb der Geschäftsführungsebene auf Vorstand und Geschäftsführung zu delegieren. Mit Blick auf etwaige Vorteile zugunsten von Mitgliedern des Vorstandes / der Geschäftsführung selbst mag eine Delegation der entsprechenden Befugnis an den / einen Aufsichtsrat erfolgen. Selbstverständlich hätten Betrags- oder Wertgrenzen eingezogen werden können.

III.

Interessanterweise dürften die Argumentation des *LG Frankfurt* und damit auch die sich hieraus ergebenden Konsequenzen wohl auch die erst jüngst zum 26.11.2015 in Kraft getretene Fassung des § 299 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 StGB n.F. betreffen. Denn während die jeweiligen Ziffern 2 der Absätze 1 und 2 des § 299 StGB n.F. mit Aufnahme des sog. „Geschäftsherrenmodells“ ein „untreueähnliches“ Novum in der Gesetzesgenese darstellen, übernehmen die Ziffern 1 und 2 in – wenngleich geringfügig modernisierter Fassung – die bisherigen Inhalte der § 299 Abs. 1 und 2 StGB a.F. unter Einschluss des früheren Absatzes 3. Auch in den aktuellen Vorschriften setzten die Tatbestände daher weiterhin die Absicht [...um, zu ...] voraus, „den Vorteilsgeber im (in- oder ausländischen) Wettbewerb unlauter zu bevorzugen.“ Ferner sind auch im neuen Recht sog. „Unrechtsvereinbarungen“ mit Unternehmensinhabern [früher: Betriebsinhabern] nicht strafbewehrt. Die Parameter, auf denen das *LG Frankfurt* seine Normauslegung betrieb, entsprechen mithin auch jenen des neuen Rechts.

Die Aufnahme des sog. „Geschäftsherrenmodells“ in den neu eingefügten § 299 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 Ziff. 2 StGB n.F. ändert an der Interpretation der durch Bestechung beabsichtigten Wettbewerbsverzerrungen im Sinne der jeweiligen Ziffern 1 in den Absätzen 1 und 2 zunächst nichts. Darüber hinaus sehen die Neuregelungen in den jeweiligen Ziffern 2 ausdrücklich die Möglichkeit einer die Strafbarkeit beseitigenden Einwilligung⁹ vor – allerdings

⁷ Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn man – in Anlehnung an das „handelsrechtliche“ Verständnis – die juristische Person selber (AG oder GmbH) als Inhaberin den Betriebes versteht. Unter dieser Voraussetzung wären die Organe der jur. Person letztlich die „Sprachrohre“ der Betriebsinhaber. Entsprechende Ansätze wurden zwar vertreten, haben sich aber nicht durchsetzen können. Im Übrigen zeigt die Entscheidung des *LG Frankfurt*, dass die *Kammer* den Alleingesellschafter und nicht etwa die von ihm zu unterscheidende GmbH als Betriebsinhaber ansieht.

⁸ Vgl. nur *Fischer*, StGB, § 299 Rnm. 8a und 10a.

⁹ Die dogmatische Einordnung jener ausdrücklich zugelassenen Einwilligung ist dabei keineswegs offensichtlich. Die strafrechtliche Dogmatik kennt prinzipiell das tatbestandsausschließende Einverständnis und davon zu unterscheiden die erst die Rechtswidrigkeit beseitigende Einwilligung. Während letztere zu ihrer Wirksamkeit der Willensmangelfreiheit bedarf, kann dagegen auch ein willensmangelbehaftetes Einverständnis prinzipiell die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen. Bei der Untreue etwa ist allerdings anerkannt, dass sich dort eine Zustimmung des Treugebers zwar rechtsdogmatisch als Einverständnis darstellt, zur Wirksamkeit jedoch der Willensmangelfreiheit bedarf. Es erscheint nicht fernliegend, die zur Untreue entwickelten Kriterien auch auf § 299 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 Ziff. 2 StGB anzuwenden.

bereits durch das Unternehmen¹⁰ und nicht erst durch den Betriebsinhaber. Schon aus diesem Grunde braucht sich die hier diskutierte Frage nach einer möglichen strafbefreienden Zustimmung nicht auf die jeweiligen Ziffern 2 zu erstrecken, da diese Frage in den dortigen Zusammenhängen klar beantwortet ist.

Zur Frage nach einem möglichen tatbestandsausschließenden Einverständnis bei der Bestechung / Bestechlichkeit in Wettbewerbssituationen, wie sie aktuell in § 299 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 StGB n.F. geregelt sind, kann daher vorbehaltlos auf die Entscheidung des *LG Frankfurt* und die sich aus ihr ergebenden Konsequenzen verwiesen werden.

Aus der Genese des aktuellen § 299 StGB n.F. geht allerdings deutlich hervor, dass dem Gesetzgeber ein durch § 299 StGB n.F. vermittelter Wettbewerbsschutz vorschwebte, der weit über die Grenzen jenes „Wettbewerbspartikels“ hinausgeht, dessen Schutz § 299 StGB a.F. nach der Lesart des *AG Frankfurt* vermittelt. Dieses Problem ist dabei jedoch kein spezifisches des neuen Rechts, sondern betraf im selben Umfang bereits die bis zum 25.11.2015 geltende Fassung des § 299 StGB (a.F.).

IV.

Die Auslegung des § 299 StGB a.F. durch das *LG Frankfurt* ist methodisch korrekt und führt zu rechtsdogmatisch und rechtssystematisch korrekten Resultaten. Die entgegenstehende herrschende Auffassung eines umfassenden Wettbewerbsschutzes darf zwar ein gesetzgeberisches Telos für sich in Anspruch nehmen, mehr allerdings auch nicht. Ihre Schwächen zeigen sich nicht nur in ihrer fehlenden Implementierung in die gesetzliche Unrechtsbeschreibung sondern auch in der – letztlich daraus folgenden – Unmöglichkeit, das durch § 299 StGB a.F. und § 299 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 StGB n.F. geschützte Rechtsgut des fairen Wettbewerbs auch nur annähernd nachvollziehbar zu definieren.

Dem *LG Frankfurt* ist nicht nur wegen der Klarheit seiner Argumentation beizupflichten, sondern auch insbesondere deswegen, weil die *Kammer* die Reichweite und Interpretation der Norm nicht von einem extern und politisch definierten Telos hergeleitet, sondern vielmehr aus dem Gesetzeswortlaut heraus nachvollzogen hat, welcher Schutz tatsächlich vermittelt wird. Für etwaige, politisch gewollte Änderungen des Anwendungsbereichs der Norm wäre der Gesetzgeber zuständig, der diese Vorstellung zwar ersichtlich hatte, sie aber mit § 299 StGB (n.F.) erneut nicht realisieren können.

¹⁰ Unternehmen im Sinne der Neuregelung ist nicht der Betriebsinhaber im Sinne des „alten“ Rechts. Bei juristischen Personen, ist Unternehmen die juristische Person selbst, während die Gesellschafter Betriebsinhaber sind.

Entscheidungskommentare

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Geschäftsführergehalt als Verfallsgegenstand bei Insolvenzstraftaten - § 111b StPO, § 266 StGB

Gewinnausschüttungen an Gesellschafter-Geschäftsführer trotz Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit sind als Untreuehandlungen zu werten. Insoweit kann ein strafprozessualer Arrest angeordnet werden.

Dies gilt auch, wenn Geschäftsführergehälter nur deshalb gezahlt werden können, weil die Geschäftsführer Betrugshandlungen zum Nachteil ihrer Geschäftspartner begehen

Aus der Tat erlangt sind in diesem Fall die Bruttogehälter ohne Berücksichtigung von Kapitalertrag- und Lohnsteuer

LG Stuttgart, Beschl. v. 26.1.2015 – 6 KLS 34 Js 2588/10, ZInsO 2015, 2286

2. Arrestaufhebung bei Insolvenzverfahren - § 111d StPO

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Angeklagten steht der Aufrechterhaltung des dinglichen Arrests gem. § 111d StPO, 73 Abs. 1, 73a StGB entgegen.

Der dingliche Arrest darf nur dann aufrechterhalten bleiben, wenn dringende Gründe dafür vorliegen, dass im Urteil der Verfall von Wertersatz angeordnet werden wird, oder das Gericht die Feststellung treffen wird, dass diese Anordnung nur deshalb unterbleibt, weil Ansprüche Verletzter dem entgegenstehen.

LG Frankfurt/Main, Beschl. v. 13.2.2015 - 5-12 KLS 7230 Js 230789/14 (10/14), ZInsO 2015, 1630

3. Aufhebung eines strafprozessualen Arrest wegen Nichtförderung des Verfahrens - § 111b StPO

Auch wenn die Rückgewinnungshilfe zugunsten geschädigter Opfer von Straftaten erfolgt, handelt es sich bei der vorläufigen Sicherungsmaßnahme gem. § 111b Abs. 5 StPO gleichwohl um einen staatlichen Eingriff, der sich wie jeder andere am Prinzip der Angemessenheit messen lassen muss. Die Nichtförderung eines Ermittlungsverfahrens kann daher dazu führen, dass die Aufrechterhaltung eines dinglichen Arrestes aufzuheben ist.

OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2015 – 1 Ws 426/15, BeckRS 2015, 15798

4. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf den strafprozessualen dinglichen Arrest - § 111b StPO

Der zur Rückgewinnungshilfe angeordnete und vollzogene strafprozessuale dingliche Arrest ist mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners nicht notwendig aufzuheben, wenn die Straftatgeschädigten vor der Eröffnung noch keine insolvenzfesten Pfandrechte erworben haben.

OLG Hamm, Beschl. v. 28. 7. 2015 - 1 Ws 102/15, ZInsO 2015, 2097

Zu der Entscheidung des LG Frankfurt/Main vgl. die umfassende Anmerkung von Bittmann, ZInsO 2015, 1633. Zu der auch sonst höchst aktuellen Problematik des Spannungsverhältnisses zwischen Arrest und Insolvenz siehe weiter die ausführlichen Literatur- und Rechtsprechungshinweise in Wij 2015, 82, und Wij 2015, 248.

II. Materielles Strafrecht

1. Betrug - § 263 StGB

Betrug durch Unterlassen durch einen Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter kann einen Betrug zum Nachteil des Fiskus begehen, wenn er bei Beantragung seiner Vergütung gegenüber dem Insolvenzgericht Erhöhungstatbestände geltend macht, dabei aber pflichtwidrig verschweigt, dass er zuvor in diesem Zusammenhang externe Unternehmen bzw. freie Mitarbeiter beauftragt und aus dem Schuldnervermögen entlohnt hat.

Beurteilt der Verwalter die Rechtslage in Bezug auf die ihm zustehende Vergütung abweichend von der Rechtsprechung, täuscht er nicht i.S.d. § 263 StGB, wenn er unter Darlegung seiner Rechtsauffassung Vergütungsansprüche geltend macht.

Über einen Umstand, der allen Beteiligten bekannt gewesen ist, und der von den Parteien ausdrücklich oder konkludent zur Geschäfts- bzw. Arbeitsgrundlage gemacht wurde, kann nicht i.S.d. § 263 StGB getäuscht werden.

Bei gegenüber einer arbeitsteiligen Organisation aufklärungspflichtigen Garanten kann derjenige, welcher einen Repräsentanten pflichtgemäß aufklärt, i.d.R. darauf vertrauen, dass dieser sein Wissen an den Verfügenden weitergibt. Es fehlt in diesem Fall am Täuschungsvorsatz.

LG Aurich, Beschl. v. 27. 7. 2015 - 15 KLs 1000 Js 17239/10 (3/14), ZInsO 2015, 1809.

Zu der Entscheidung vgl. die kritische Anmerkung von Weyand, ZInsO 2015, 1843.

2. Untreue - § 266 StGB

Untreue bei Zuwendungen an öffentlich Bedienstete

Der Zweck einer AG ist nicht auf kurzfristige Gewinnmaximierung beschränkt, sondern schließt die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer, der Kunden und Lieferanten und der Öffentlichkeit ein.

Es ist mit den Verhaltenspflichten des Vorstands einer AG vereinbar, wenn er unentgeltliche Zuwendungen mit dem Ziel vornimmt, die soziale Akzeptanz der AG und dadurch indirekt ihr wirtschaftliches Fortkommen zu verbessern.

Die Entscheidung darüber liegt im Leitungsermessen des Vorstands. Sie ist in der Regel dann nicht zu beanstanden, wenn die Zuwendung innerbetrieblich offengelegt wird, vom Unternehmensgegenstand gedeckt ist und ihr Umfang der Wirtschafts- und Ertragslage des Unternehmens entspricht.

OLG Düsseldorf, Beschl. vom 29.04.2015 - III-1 Ws 429/14, ZInsO 2015, 2221

Die bemerkenswerte Einblicke in regionale Besonderheiten und örtliche Verflechtungen bietende Entscheidung beschäftigt sich über den hier angesprochenen Untreueaspekt hinausgehend auch mit Fragen der Vorteilsgewährung bzw. der Vorteilsannahme (§§ 331, 333 StGB). Sie hat bereits erhebliche Kritik erfahren, vgl. Jahn, JuS 2015, 850, und Meyer-Lohkamp, jurisPR-StrafR 16/2015 Anm. 2, der im Zusammenhang mit den Ausführungen des Senats zu den Korruptionstatbeständen zurückhaltend – aber völlig zu Recht – ausführt, „dass eine Strafbarkeit auch hier hätte rechtsfehlerfrei bejaht werden können“.

3. Bankrott - § 283 StGB

Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen

Die Zahlungsunfähigkeit kann durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden.

Auch hohe Zahlungseingänge sind nicht geeignet, die Indizwirkung festgestellter wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen zu entkräften, sofern es sich hierbei um betrügerisch erwirkte Vorauszahlungen geschädigter Kunden handelt. Insoweit bestehen bereits mit der Zahlung fällige Rückzahlungsansprüche (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 31 BGB) in entsprechender Höhe.

Zur Feststellung der Überschuldung einer GmbH bedarf es stets eines Überschuldungsstatus in Form einer Vermögensbilanz, die über die "wahren Werte" des Gesellschaftsvermögens Auskunft gibt.

BGH, Beschl. v. 23.7.2015 – 3 StR 518/14, ZInsO 2015, 2021

III. Nebenstrafrecht

Falsche Angaben bei Bestellung zum Geschäftsführer - § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG

Taugliche Tathandlungen im Sinne des § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG sind nur falsche und unvollständige Angaben in einer Versicherung nach §§ 8 Abs. 3 Satz 1, 39 Abs. 3 Satz 1 oder 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, in der gegenüber dem Registergericht zu versichern ist, dass keine Umstände vorliegen, die nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG der Bestellung zum Geschäftsführer entgegenstehen, außerdem falsche Angaben in einer vom Registergericht erforderten ergänzenden Versicherung.

Andere falsche oder unvollständige Angaben, die in der Versicherung enthalten sind - hier betreffend eine Vorstrafe wegen Untreue -, unterliegen nicht dem Strafschutz der Norm.

KG, Urt. v. 8.4.2015 - (1) 121 Ss 25/14 (7/14), wistra 2015, 401 = ZWH 2015, 274 = GmbHR 2015, 868

Zu der Entscheidung vgl. die Anmerkungen von Bittmann, ZWH 2015, 273, ders., GmbHR 2015, 869

IV. Weitere Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträge/Beitragsvorenthaltung als Schutzgesetz - § 823 Abs. 2 BGB, § 266a Abs. 2 StGB

Bei dem durch das 2. WiKG vom 23. Juli 2004 neu eingeführten § 266a Abs. 2 StGB, der zusätzlich die Strafbarkeit von nicht abgeführten Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung durch den Arbeitgeber vorsieht, handelt es sich - ebenso wie bei § 266 Abs. 1 StGB - um ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.

Saarländisches OLG, Urt. v. 27.5.2015 – 1 U 89/14, ZWH 2015, 322 = ZInsO 2015, 2244

Der Schutzgesetzcharakter des § 266a Abs. 1 StGB wird bereits seit geraumer Zeit bejaht, vgl. etwa BGH, Urt. v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, ZInsO 2005, 650 m.w.

Internationales

Schweiz

Rechtsanwälte Friedrich Frank und Patrick Iliev, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

In gesetzgeberischer Hinsicht stand das Jahr 2015 für die Schweiz unter einem internationalen Stern. So hat der Bundesrat dem Parlament nicht nur die Rechtsgrundlagen für den automatischen Informationsaustausch (AIA) unterbreitet, sondern es sind im Rahmen der Umsetzung des ersten Teils der Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) am 1. Juli 2015 die Änderungen des schweizerischen Gesellschaftsrechts in Kraft getreten. Zu Beginn des Jahres 2016 sollen nun auch die schweizerischen Geldwäschereibestimmungen an die internationalen Standards zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung angepasst werden. Über die bevorstehenden Änderungen wurde bereits im letzten schweizerischen Länderbericht informiert.¹ Inzwischen wurden die neuen Gesetzesbestimmungen auf Verordnungsstufe konkretisiert. Diese Ausführungsbestimmungen werden eine Vielzahl von neuen Pflichten für in der Schweiz tätige Finanzintermediäre (und neu auch für Händler) mit sich bringen. Aber auch im innerschweizerischen Bereich wurde mit der vom Parlament in Auftrag gegebenen Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) ein wichtiges gesetzgeberisches Projekt in die Wege geleitet. Zuletzt gibt es bereits Änderungen beim neu geschaffenen, aber noch nicht in Kraft gesetzten Strafregistergesetz sowie bei der Neufassung des Wortlauts der Privatbestechung. Während beim Strafregistergesetz umstritten ist, ob dieses auch strafbare Unternehmen erfassen soll oder nicht, gehen bei der Privatbestechung die Meinungen zwischen Stände- und Nationalrat auseinander, ob diese ein Antragsdelikt bleiben oder aber zum Officialdelikt werden soll.

¹ Vgl. Frank/Kummer/Weilenmann, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2015, S. 161ff. mit weiteren Hinweisen (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/354-laenderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

Die im vorliegenden Länderbericht erwähnten Entscheide thematisieren einerseits die Unzulänglichkeiten des in die Jahre geratenen VStrR und stützen damit das vorerwähnte, sinnvolle Projekt der Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts. Andererseits werden zwei Entscheide besprochen, welche im Zusammenhang mit dem Verkauf von Bankkundendaten stehen und damit auch für den deutschen Leser von besonderem Interesse sind: zum einen ein Urteil des Bundesgerichts, in welchem das Gericht eine Strafbarkeit des Verkaufs von Kundendaten als wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 StGB) bejaht und eine Einziehbarkeit des aus dem Verkauf resultierenden Erlöses auch dann für möglich hält, wenn der ursprüngliche Vermögensinhaber nicht rechtskräftig verurteilt wurde. Zum anderen das erstinstanzliche, noch nicht rechtskräftige Urteil des Bundesstrafgerichts in der sog. „Swiss-leaks“-Affäre der HSBC-Bank. Wie schon in mehreren Länderberichten dargestellt², beschäftigen sich die hiesigen Gerichte regelmässig mit dem Diebstahl und Verkauf von Bankkundendaten schweizerischer Banken an ausländische Steuerbehörden. Mit den vorgenannten Urteilen bestätigt sich einmal mehr, dass solche Verhaltensweisen aus Sicht der Justiz strafbar sind und streng sanktioniert werden, da sie gesamtschweizerische Interessen tangieren.

II. Neue wirtschaftsrechtliche Gesetzesvorhaben

1. Ausführungsbestimmungen zum revidierten Geldwäschereigesetz

Am 1. Januar 2016 tritt im Rahmen der Umsetzung des zweiten Teils der Empfehlungen der GAFI das revidierte Geldwäschereigesetz (GwG) in Kraft. Aus diesem Grund mussten die dazugehörigen Verordnungen, welche die Pflichten der Finanzintermediäre und der Händler im Einzelnen regeln, angepasst werden. So veröffentlichte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 23. Juni 2015 ihre totalrevidierte Geldwäschereiverordnung (GwV-FINMA)³, während der Bundesrat seine neue Geldwäschereiverordnung (GwV) am 11. November 2015 verabschiedete.⁴ Aber auch die Schweizerische Bankiervereinigung (Swiss-Banking) hat inzwischen ihre Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16) an die neuen gesetzlichen Vorgaben angepasst.⁵ Dasselbe gilt in Bezug auf die Reglemente der Selbstregulierungsorganisationen⁶, welchen sich Finanzintermediäre anschliessen müssen, die nicht der direkten Aufsicht der FINMA unterstehen. Im Folgenden wird ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen gegeben, welche künftig von Finanzintermediären und Händlern in der Schweiz zu beachten sind.

a) GwV-FINMA

Die Geldwäschereiverordnung der FINMA legt fest, wie Finanzintermediäre im Sinne des GwG, also Personen, welche berufsmässig mit fremden Vermögenswerten arbeiten⁷, ihre Pflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung umsetzen müssen.

Finanzintermediäre waren bereits nach geltendem Recht gehalten, bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen. Allerdings konnten sie sich bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer operativ tätigen juristischen Person oder Personengesellschaft bisher grundsätzlich damit begnügen, die Firma und die Domiziladresse zu dokumentieren. Neuerdings müssen in jedem Fall zusätzlich auch die sog. Kontrollinhaber festgestellt werden. Dabei handelt es sich um diejenigen natürlichen Personen, welche direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmenanteils an der juristischen Person oder der Personengesellschaft beteiligt sind. Für den Fall, dass diese Personen das Unter-

² Vgl. etwa *Frank/Weber*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2014, S. 25f. (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/241-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

³ Medienmitteilung der FINMA mit Links zur GwV-FINMA sowie dem Anhörungsbericht und den Stellungnahmen, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2015/06/mm-gwv-finma-20150623/> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

⁴ Medienmitteilung des Bundesrates mit Links zur GwV sowie dem Erläuterungs- und Anhörungsbericht, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-59396.html> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

⁵ Abrufbar unter: http://shop.sba.ch/1000020_d.pdf (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

⁶ Vgl. dazu beispielsweise das Reglement des Vereins zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF), abrufbar unter: https://www.vqf.ch/images/400.1.2_SRO_Reglement.pdf (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

⁷ Vgl. dazu auch Art. 2 GwG.

nehmen nicht kontrollieren, sind diejenigen Personen als Kontrollinhaber zu erfassen, welche das Unternehmen auf andere Weise kontrollieren. Können solche Personen nicht festgestellt werden, sieht das Gesetz vor, dass die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs zu dokumentieren ist. Wenn bekannt ist oder konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die operativ tätige juristische Person oder Personengesellschaft die Vermögenswerte für einen Dritten hält, muss der Finanzintermediär neben dem Kontrollinhaber neu auch den an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten feststellen. Die Bestimmungen zur Feststellung des Kontrollinhabers gelten grundsätzlich nur für Geschäftsbeziehungen, welche nach dem 1. Januar 2016 neu eingegangen werden. Auf Geschäftsbeziehungen, welche an diesem Datum bereits bestehen, sind sie erst dann anwendbar, wenn im Verlauf der Geschäftsbeziehung eine erneute Identifizierung der Vertragspartei oder des wirtschaftlich Berechtigten erforderlich wird (Art. 78 Abs. 3 GwV-FINMA).

Gemäß Art. 4 Abs. 2 GwG muss der Finanzintermediär die wirtschaftlich berechtigte Person auch feststellen, wenn er eine Geschäftsbeziehung mit einer (nicht operativ tätigen) Sitzgesellschaft aufnimmt. Während es nach heutiger Praxis noch möglich ist, eine operativ tätige juristische Person als wirtschaftlich berechtigte Person zu erfassen⁸, wird künftig auch bei Sitzgesellschaften eine natürliche Person als wirtschaftlich berechtigte Person festzustellen sein. Bei Stiftungen, Trusts und anderen Vermögenseinheiten muss der Finanzintermediär neben den bisherigen Angaben neu auch die Trustees und die namentlich bestimmten Begünstigten erfassen. Nur falls keine Begünstigten namentlich bestimmt sind, ist wie bisher der nach Kategorien gegliederte Kreis von Personen, die als Begünstigte in Frage kommen, festzustellen (Art. 64 GwV-FINMA).

In Art. 25 Abs. 2 GwV-FINMA wird neu vorgesehen, dass der Finanzintermediär eine schriftliche Analyse über Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken, denen er ausgesetzt ist, erstellen muss. Diese Analyse soll ihm dazu dienen, Massnahmen zur Steuerung und Begrenzung der Risiken zu implementieren. Für nicht prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre gilt die Pflicht zur Erstellung einer Risikoanalyse indes nur, wenn sie mehr als 20 Personen im finanzintermediären Bereich beschäftigen (Art. 75 GwV-FINMA). Die Risikoanalyse ist durch die Geldwäschereifachstelle oder eine andere unabhängige Stelle des Finanzintermediärs vorzubereiten und anschliessend durch den Verwaltungsrat oder das oberste Geschäftsführungsorgan zu verabschieden sowie periodisch zu aktualisieren.

Schliesslich müssen Finanzintermediäre auch unter dem revidierten Recht interne Weisungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung erlassen. Diese Weisungen haben neu auch die betriebsinterne Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen der Geldwäschereifachstelle und anderen mit der Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten beauftragten Geschäftseinheiten zu regeln (Art. 26 Abs. 2 lit. k GwV-FINMA). Wie bis anhin gilt die Pflicht zum Erlass von internen Weisungen allerdings nur für diejenigen Finanzintermediäre, welche mehr als zehn Personen im finanzintermediären Bereich beschäftigen.

b) GwV

Die Geldwäschereiverordnung des Bundesrates regelt zunächst die Anforderungen an die berufsmässige Ausübung der Tätigkeit als Finanzintermediär und übernimmt die bisher bestehende „Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation“ (VBF). Dabei wurden die Bestimmungen der VBF insbesondere in redaktioneller Hinsicht überarbeitet, während ihr materieller Gehalt im Wesentlichen unangetastet blieb. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass künftig nicht mehr der Wohnsitz oder Sitz des Finanzintermediärs für die Unterstellung unter das GwG massgeblich sein wird, sondern die berufsmässige Ausübung der Tätigkeit in der Schweiz (Art. 2 Abs. 1 lit. a GwV). Damit muss bei Finanzintermediären mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland jeweils abgeklärt werden, ob ihre Handlungen in der Schweiz als berufsmässige finanzintermediäre Tätigkeit zu qualifizieren sind.⁹

⁸ Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI vom 13. Dezember 2013, S. 620 (abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/605.pdf>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

⁹ Erläuterungsbericht zur GwV – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11. November 2015, S. 3ff. (abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/41723.pdf>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

Des Weiteren wurde mit der vorliegenden Revision der Anwendungsbereich des GwG auf Händler erweitert, das heisst auf Personen, die für sich oder im Auftrag und auf Rechnung Dritter gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld von mehr als CHF 100'000.-- entgegennehmen.¹⁰ Folglich galt es auch die neuen Sorgfalts- und Meldepflichten für Händler zu konkretisieren. Aus Gründen der Transparenz entschied man sich, die nähere Umschreibung der Sorgfalts- und Meldepflichten der Händler ebenfalls in der GwV (Art. 17ff.) festzuhalten. Die grundlegendste Pflicht der Händler, nämlich diejenige zur Identifikation ihrer Vertragspartei, entspricht im Wesentlichen der Identifikationspflicht der Finanzintermediäre. So ist beim Vertragsabschluss der Vorname und Name, die Adresse, das Geburtsdatum und die Staatsangehörigkeit der Vertragspartei anhand eines amtlichen Ausweises zu identifizieren. Weiter haben die Händler durch entsprechende Nachfrage die am Bargeld zur Tilgung der Kaufpreiszahlung und nach Abwicklung des Kaufgeschäfts am Kaufgegenstand wirtschaftlich berechnete Person abzuklären. Ist die Vertragspartei nicht die wirtschaftlich berechnete Person, hat der Händler eine schriftliche Erklärung darüber einzuholen, wer die wirtschaftlich berechnete Person oder – bei einem Erwerb auf Rechnung einer nichtkotierten, operativ tätigen juristischen Person oder Personengesellschaft – der Kontrollinhaber ist. Zusätzliche Abklärungen der Hintergründe und des Zwecks des Geschäfts werden verlangt, wenn das Geschäft „im Kontext der jeweiligen Umstände“ ungewöhnlich erscheint oder Anhaltspunkte für Geldwäscherei vorliegen, namentlich wenn die Person überwiegend mit Banknoten mit kleinem Nennwert bezahlt oder keine bzw. ungenügende Angaben zu ihrer Identifizierung macht. Solche Anhaltspunkte verpflichten die Händler jedoch nicht, umgehend eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) zu erstatten. Die Mitteilung hat vielmehr erst dann zu erfolgen, wenn sich der Anfangsverdacht trotz entsprechender Abklärungen nicht ausräumen lässt. Die Einhaltung dieser Sorgfalts- und Meldepflichten haben die Händler fortlaufend zu dokumentieren und durch eine besonders zu beauftragende Revisionsstelle prüfen zu lassen. Nicht an die Sorgfalts- und Meldepflichten gebunden sind die Händler jedoch dann, wenn sie Kaufpreiszahlungen ihrer Kunden von mehr als CHF 100'000.-- über einen Finanzintermediär abwickeln.¹¹ Denn in diesem Fall obliegen dem Letztgenannten die vorerwähnten Pflichten.

c) VSB 16

Aufgrund der neuen Geldwäschereibestimmungen erfuhren auch die in der Schweiz bedeutsamen Ständeregeln der SwissBanking, welche schon seit 1977 die Pflichten der Banken bei der Kundenidentifikation sowie bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person regeln¹², gewichtige Änderungen. Neben formellen Anpassungen wurde in materielle Hinsicht insbesondere das Konzept des Kontrollinhabers bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person von operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften in die neue VSB übernommen. Entsprechend dem GwG sieht die VSB 16 eine Abklärungskaskade vor und regelt zunächst, dass ein Kontrollinhaber dann schriftlich festzustellen ist, wenn er eine Stimm- oder Kapitalbeteiligung von 25 Prozent oder mehr besitzt. Bestehen keine Kontrollinhaber dieser Art, sind diejenigen natürlichen Personen festzustellen, die auf andere erkennbare Weise die Kontrolle über die Gesellschaft ausüben. Sind auch solche Personen nicht eruierbar, ist an deren Stelle ersatzweise die geschäftsführende Person festzustellen (Art. 20 VSB 16). Für die Feststellung des Kontrollinhabers besteht jedoch eine Vielzahl von Ausnahmen (Art. 22ff. VSB 16). Insbesondere haben börsennotierte Gesellschaften keine Erklärung über die Kontrollinhaber abzugeben.

Mit der Einführung des Konzepts des Kontrollinhabers musste zugleich ein entsprechendes Musterformular (Formular K) in die VSB 16 aufgenommen werden, mit welchem die notwendigen Angaben (Name, Vorname und effektive Wohnsitzadresse) des Vertragspartners zu erfassen sind. Ebenso neu in der VSB 16 aufgeführt ist das Formular S, mit welchem die erforderlichen Angaben zu Stiftungen und ähnlichen Konstrukten, das heisst Personenverbindungen und Vermögenseinheiten, an denen keine wirtschaftliche Berechnung bestimmter Personen besteht, erfasst werden müssen (Art. 40 VSB 16). Das Formular T, welches

¹⁰ Vgl. dazu bereits *Frank/Kummer/Weilenmann*, a.a.O., S. 163f. mit weiteren Hinweisen.

¹¹ Erläuterungsbericht zur GwV – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 11. November 2015, S. 9ff. (abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/41723.pdf>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

¹² <http://www.swissbanking.org/home/dossiers-link/geldwaeschereibekämpfung.htm> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

bisher für Stiftungen und Trusts vorgesehen war, ist künftig ausschliesslich für Trusts zu verwenden (Art. 41 VSB 16).¹³

d) Würdigung

Mit den bevorstehenden Änderungen stellen sich sowohl für Finanzintermediäre als auch im Bereich des Handelsverkehrs neue Herausforderungen. Insbesondere ist im Geschäftsalltag der betroffenen Personen mit einem erheblichen organisatorischen Mehraufwand zu rechnen. Dieser Aufwand darf aber nicht gescheut werden, zumal der Tatbestand der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} StGB sehr weit gefasst ist, indem er die blossе Vornahme einer Handlung, die *geeignet* ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung verbrecherischer Vermögenswerte zu vereiteln, unter Strafe stellt. Eine (bewusste) Nichtbeachtung der Sorgfalts- und Meldepflichten durch einen Finanzintermediär oder einen Händler könnte deshalb als Geldwäschereihandlung (oder zumindest als Gehilfenschaft zu einer solchen) qualifiziert werden.¹⁴ Zudem macht sich diejenige Person, die berufsmässig mit fremden Vermögenswerten zu tun hat und es dabei unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften im Sinne von Art. 305^{ter} StGB strafbar. Nicht ausser Acht zu lassen ist schließlich auch die zunehmend strenge Aufsicht und Missbilligung des Umgangs mit deliktischen Vermögenswerten durch die Öffentlichkeit. Kaum ein Finanz- oder Handelsunternehmen wird es sich deshalb leisten können, die neuen Geldwäschereibestimmungen zu ignorieren und an allfälligen früheren Geschäftspraktiken festzuhalten. Dies gilt um so mehr, als in Zukunft die Zusammenarbeit zwischen den Behörden der einzelnen Länder und damit die Transparenz in Bezug auf die Herkunft von Vermögenswerten noch weiter zunehmen wird.

2. Revision des Steuerstrafrechts sistiert

Während im internationalen Bereich das Ende des Schweizer Bankgeheimnisses aufgrund des geplanten AIA mit den entsprechenden Vertragsstaaten absehbar ist¹⁵, bleibt das Bankgeheimnis im innerschweizerischen Bereich (vorerst) bestehen. Am 4. November 2015 hat der Bundesrat beschlossen, die geplante Revision des Steuerstrafrechts¹⁶ einstweilen zurückzustellen. Das Ziel der Revision war die Sicherstellung einer rechtsgleichen, effizienten und effektiven Aufklärung von Steuerstraftaten unter gleichzeitiger Vermeidung einer Überbestrafung.¹⁷ Dieses Ziel sollte insbesondere durch die Aufhebung der doppelten Bestrafung (eines Verhaltens als Steuerhinterziehung und als Steuerbetrug) sowie der Einführung von einheitlichen Verfahrensbestimmungen erreicht werden. Gleichzeitig sollten den Steuerbehörden erweiterte Untersuchungsmittel im Strafverfahren zugestanden werden, hauptsächlich in Form eines erleichterten Zugangs zu Bankkundendaten. Dieses Vorhaben führte zur Lancierung der Volksinitiative „Ja zum Schutz der Privatsphäre“, welche die Auskunftspflichten Dritter einschränken und das inländische Bankgeheimnis in der Bundesverfassung festschreiben will. Da zudem bereits die Vernehmlassung zur geplanten Revision kontrovers ausgefallen war, schätzte der Bundesrat die gegenwärtigen Erfolgchancen der Revision als gering ein und sistierte diese bis auf Weiteres.¹⁸

¹³ Vgl. zum Ganzen das Mediengespräch der SwissBanking zur VSB 16 vom 24. Juli 2015, abrufbar unter: http://www.swissbanking.org/20150701-3610-pra-mediengespraech_vsb_16-fha.pdf (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

¹⁴ Das schweizerische Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahre 2010 (BGE 136 IV 188 = Pra. 2011 Nr. 79) ausdrücklich festgehalten, dass sich ein Finanzintermediär der Geldwäscherei durch Unterlassen schuldig machen kann, weil ihm gestützt auf die im GWG festgeschriebenen Pflichten eine Garantienstellung zukommt (vgl. dazu auch *Frank/Isenring/Götze/Wehrenberg*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2012, S. 56f., abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/58-laenderbericht-schweiz>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

¹⁵ Vgl. dazu bereits *Frank/Kummer/Weilenmann*, a.a.O., S. 164f. mit weiteren Hinweisen.

¹⁶ Vgl. dazu bereits *Frank/Murmann*, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2015, S. 51f. mit weiteren Hinweisen (abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/320-laenderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

¹⁷ Ergebnisbericht über das Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom Mai 2014, S. 8 (abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35516.pdf>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

¹⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. November 2015, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=59336> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

3. Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Bereits am 10. Dezember 2014 wurde im Nationalrat die Motion „Für ein modernes Verwaltungsstrafrecht“ eingereicht. Diese Motion verlangt eine Totalrevision des VStrR, welches materielle Strafbestimmungen enthält und in verfahrensrechtlicher Hinsicht anstelle der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) zur Anwendung gelangt, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen gesetzlich einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist.¹⁹ Der Grund für die Revision liegt darin, dass das aus dem Jahre 1974 stammende VStrR nicht mehr zeitgemäß ist, was in der Praxis regelmässig zu Missständen führt. Das Gesetz bildet einerseits die Grundlage für teilweise hochkomplexe Verfahren, so beispielsweise im Mehrwertsteuer-, Zoll- oder Finanzmarktrecht, und enthält dennoch lediglich rund 90 Verfahrensbestimmungen (während die StPO etwa 450 Bestimmungen aufweist). Andererseits sieht das VStrR Bußen in Höhe von bis zu mehreren Millionen Franken und teilweise sogar Haftstrafen (etwa in Art. 14 VStrR) vor, weshalb ein „rechtsstaatlich einwandfreier und gleichzeitig verfahrensökonomischer Rahmen“ garantiert sein muss. Aus diesem Grund sollen insbesondere die Verteidigungsrechte (z.B. der Anwalt der ersten Stunde) ausgebaut und die Regelungen der Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben (Art. 6 VStrR²⁰) und des Strafbescheidverfahrens überarbeitet werden. Ebenso sollen die im Gesetz genannten Grenzbeträge, beispielsweise der für das abgekürzte Verfahren derzeit massgebliche Höchstbetrag von CHF 2'000.--, den heutigen Verhältnissen angepasst und erhöht werden.²¹

Die Motion wurde vom Nationalrat am 20. März 2015 und vom Ständerat am 24. September 2015 auf Empfehlung des Bundesrates angenommen. Während zunächst unklar war, ob das VStrR totalrevidiert oder durch Übernahme der entsprechenden Straftatbestände in das StGB sowie der wesentlichen Verfahrensbestimmungen in die StPO aufgehoben werden sollte, sprach sich der Bundesrat für die Beibehaltung des Verwaltungsstrafrechts in einem eigenen Erlass aus.²² In der Folge wurde vom Parlament eine Totalrevision des VStrR in Auftrag gegeben.²³

4. Reform Strafregistergesetz

Seit vielen Jahren arbeitet der Gesetzgeber an einer Neuschaffung des Strafregisterrechts, welches zahlreiche Neuerungen beinhalten soll. Beispielsweise sollen künftig mehr Behörden Zugang zu Daten im Strafregister erhalten. Gleichzeitig wird der Datenschutz verbessert, indem Privatpersonen Auskunft über sie betreffende Abfragen von Behörden verlangen können. Ein wesentlicher Grundpfeiler der Totalrevision war es zudem, nach dem Kernstrafrecht gemäss Art. 102 StGB (nicht aber nach dem Verwaltungsstrafrecht) verurteilte Unternehmen im neu zu schaffenden Strafregistergesetz registrieren zu können. Insbesondere sollte hiermit eine korrekte Strafzumessung bei Wiederholungstaten ermöglicht werden.²⁴

Der Ständerat hat ein solches Strafregister für Unternehmen auf Empfehlung seiner Rechtskommission abgelehnt.²⁵ Der Hauptgrund für die Ablehnung war die Tatsache, dass es nur sehr wenige Urteile gibt, die eine Eintragung zur Folge hätten – seit Schaffung des Unternehmensstrafrechts im Jahre 2003 nur derer zwei. Auch die Rechtskommission des Nationalrats hat sich nun gegen ein Unternehmensstrafregister ausgesprochen.²⁶

¹⁹ Vgl. zur Anwendbarkeit strafprozessualer Regelungen im Verwaltungsstrafverfahren auch *Eicker/Achermann/Lehner*, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2013, S. 1450ff.

²⁰ Dazu ausführlich *Eicker/Frank/Achermann*, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, 2012, S. 49ff.

²¹ Vgl. zum Ganzen: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20144122 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015). Zur Anpassung des zulässigen Höchstbetrages im abgekürzten Verfahren bereits *Frank*, Zur Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2012, S. 1279.

²² http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4920/479545/d_s_4920_479545_479588.htm (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

²³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. November 2015, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=59336> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

²⁴ Vgl. die Botschaft zum Strafregistergesetz vom 20. Juni 2014, S. 5713ff. (abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/5713.pdf>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

²⁵ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20140053 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

²⁶ Medienmitteilung der Rechtskommission des Nationalrats vom 12. November 2015, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/mm/2015/Seiten/mm-rk-n-2015-11-13.aspx> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

5. Privatbestechung – keine amtliche Verfolgung

Wie bereits im letzten Länderbericht dargestellt, soll die Korruptionsbekämpfung in der Schweiz weiter verbessert werden. Dabei soll die Privatbestechung gemäss Art. 4a des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) in das Strafgesetzbuch überführt und von Amtes wegen verfolgt werden. Hiergegen sprach sich indes der Ständerat aus, welcher insbesondere bei Bagatelldelikten und wie bisher eine Verfolgung von der Stellung eines Strafantrages abhängig machen will.²⁷

Um die mit dieser Unterscheidung einhergehende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, fordert die Rechtskommission des Nationalrates nun, dass die Privatbestechung in sämtlichen Fällen von Amtes wegen verfolgt wird, weswegen sie als Officialdelikt auszugestalten sei. Leichte Fälle könnten bereits über Art. 52 StGB von der Strafverfolgung ausgenommen werden.²⁸

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheidung des Bundesgerichts 6B_508/2014 vom 25. Februar 2015 = BGE 141 IV 155 (Wirtschaftlicher Nachrichtendienst, Einziehung)²⁹

a) Sachverhalt

Die schweizerische Bundesanwaltschaft führte gegen A und den aus Österreich stammenden X ein Ermittlungsverfahren wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB), unbefugter Datenbeschaffung (Art. 143 StGB), Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) sowie weiterer Delikte. Dabei warf sie A vor, er habe sich während seiner Tätigkeit als Angestellter einer Bank eine Vielzahl von Daten deutscher Kunden der Bank sowie bankinterne Unterlagen beschafft und diese X übergeben. X wurde zur Last gelegt, er habe die Kundendaten gegen ein Entgelt von EUR 2,5 Mio. deutschen Steuerbehörden übergeben.

A wurde vom Bundesstrafgericht wegen der genannten Delikte im Jahre 2011 in einem abgekürzten Verfahren zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten rechtskräftig verurteilt. Das Gericht erkannte auf der Grundlage eines von A unrechtmässig erlangten Vermögensvorteils von rund CHF 390'000.-- gestützt auf Art. 71 Abs. 1 und Abs. 2 StGB auf eine reduzierte staatliche Ersatzforderung von CHF 180'000.--.³⁰

X beging im September 2010 in der Untersuchungshaft Suizid, weswegen das Verfahren gegen ihn eingestellt wurde. Die Bundesanwaltschaft ordnete indes die Einziehung von Bargeld, einer Armbanduhr sowie von Vermögenswerten auf Konten von X bei verschiedenen Banken in Deutschland, Österreich und Tschechien an. Gegen diese Einziehungsverfügung erhoben die angehörigen Erben von X Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts. Sie beantragten, auf die Einziehung sei zu verzichten.

Das Bundesstrafgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, wies sie aber in Bezug auf die Einziehung auf einzelnen Konten als unbegründet ab. Hiergegen gelangten die Erben an das Bundesgericht.

b) Urteil

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist, auch aufgrund eines verwertbaren Geständnisses von X, bewiesen, dass der Verstorbene die Bankdaten an deutsche Behörden verkauft hatte, weswegen X den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, strafbar gemäß Art. 273 Abs. 2 StGB, erfüllt habe. Den von den Erben erhobenen Einwand, dass das Verhalten des X nicht dem schweizerischen Strafrecht unterfalle, ließ das Gericht nicht gelten. Selbst wenn die Handlungen ausschliesslich im Ausland ausgeführt worden sein sollten, handle es sich beim inkriminierten Verhalten um ein Delikt gegen den Staat, weswegen eine schweizerische Strafhoheit bestehe und schweizerisches Strafrecht zur Anwendung gelange.

²⁷ Frank/Kummer/Weilenmann, a.a.O., S. 165.

²⁸ Medienmitteilung der Rechtskommission des Nationalrats vom 26. Juni 2015, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/mm/2015/Seiten/mm-rk-n-2015-06-26.aspx> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

²⁹ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150225_6B_508-2014.html (zuletzt besucht am 13. Januar 2016).

³⁰ Vgl. dazu bereits Frank/Isenring/Götze/Wehrenberg, a.a.O., S. 58f.

Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass die Einziehung von Vermögenswerten in Form der Ausgleichseinziehung auch dann möglich ist, wenn der Täter gestorben ist, mithin mangels Schuld oder aufgrund Vorversterbens nicht (mehr) bestraft werden kann. Dies begründet das Gericht mit zwei Argumente: zum einen sei die Einziehung ausweislich des Wortlauts von Art. 69 StGB unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person. Zum anderen dürfe sich kriminelles Verhalten nicht lohnen, auch nicht für die Erben.

c) Bemerkung

Mit dem Urteil des Bundesgerichts steht nun unzweifelhaft fest, dass die Übergabe von Kundendaten einer schweizerischen Bank an eine ausländische Behörde sämtliche Voraussetzungen des Art. 273 Abs. 2 StGB („*wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht*“) erfüllt. Da dies so auch von der Strafrechtswissenschaft vertreten wurde, erstaunt das nicht übermässig.

Das gilt nicht für den Einziehungsentscheid. Insbesondere das Abstellen auf den Wortlaut von Art. 69 StGB („*ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person*“) erscheint nicht unproblematisch, findet dieser vorliegend doch keine direkte Anwendung. Gegen eine solche Begründung der Ausgleichseinziehung könnte denn auch sprechen, dass die Sicherungseinziehung des Art. 69 StGB eben nur für Tatinstrumente und Tatprodukte, mithin für gefährliche Gegenstände, welche durch eine Straftat hervorgebracht wurden, gilt, nicht aber für den Deliktserlös selbst.

2. Entscheidung des Bundesgerichts 6B_600/2015 vom 10. September 2015 (Verwaltungsstrafrecht)³¹

a) Sachverhalt

Die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV) bestrafte X mit Strafbescheid wegen Zoll- und Mehrwertsteuerhinterziehung mit einer Buße von CHF 3'600.--. Der Strafbescheid erwuchs in Rechtskraft. Die EZV forderte X hiernach mehrfach erfolglos zur Bezahlung der Buße auf. Die von der EZV eingeleitete Betreibung endete mit einem Verlustschein. Daraufhin beantragte die EZV beim Strafgericht Basel-Stadt gestützt auf Art. 91 VStrR die Umwandlung der Buße in eine Ersatzfreiheitsstrafe gemäss Art. 10 VStrR.

Das Strafgericht Basel-Stadt verfügte hierauf die Herabsetzung der gegen X ausgefallten Buße auf CHF 1'920.-- und erlaubte diesem, die Buße in 24 monatlichen Raten von CHF 80.-- zu bezahlen. Im Falle einer schuldhaften Nichtbezahlung sprach das Gericht eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen aus. Gegen diese Verfügung erhob die EZV Beschwerde, welche vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt abgewiesen wurde. Dabei argumentierte die Instanz damit, dass der starre Art. 10 VStrR („*Im Falle der Umwandlung werden 30 Franken einem Tag Haft oder Einschliessung gleichgesetzt [...]*“) nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches nicht mehr anwendbar sei, sich die Bußenumwandlung mithin nach Art. 333 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 35 und 36 StGB zu richten habe. Diese hätten als neues Recht Vorrang vor Art. 10 VStrR. Hiergegen gelangte die EZV, welche Art. 10 VStrR und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen vorliegend für massgebend hielt, an das Bundesgericht.

b) Urteil

Das Bundesgericht hieß die Beschwerde der EZV gut und wies und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Dabei habe diese bei der Umwandlung von Buße in Ersatzfreiheitsstrafe nach Art. 10 VStrR zu verfahren. Dass der Gesetzgeber Art. 10 VStrR in Art. 333 Abs. 3 StGB nicht ausdrücklich vorbehalte, bedeute nach Ansicht des Gerichts nicht, dass die verwaltungsstrafrechtliche Umwandlungsbestimmung keine Geltung mehr haben solle. Vielmehr stelle sich dies als gesetzgeberisches Versehen dar. Im Übrigen sei Art. 10 VStrR auch bei der Umwandlung von verwaltungsstrafrechtlichen Geldstrafen (die, anders als die Bussen, nicht aus Übertretungen, sondern aus Vergehen resultieren) anwendbar, der dort befindliche Begriff der „Buße“ umfasse somit auch die Geldstrafe.

³¹ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150910_6B_600-2015.html (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

c) Bemerkung

Für das Verwaltungsstrafrecht ist der Entscheid von nicht unerheblicher Bedeutung. Zum einen zeigt er, dass dieses Rechtsgebiet in wesentlichen Teilen veraltet ist. Denn die im Kernstrafrecht (StGB) seit dem Jahre 2007 verankerte Abkehr von einem starren Umwandlungsschlüssel müsste eigentlich auch für das Verwaltungsstrafrecht gelten. Wie *Achermann* zutreffend aufzeigt, verpasste der Gesetzgeber indes eine Streichung von Art. 10 VStrR, obwohl die verwaltungsstrafrechtliche Regelung vor 2007 mit jener des Strafrechts in Einklang stand.³² Das Verwaltungsstrafrecht bedarf somit einer zeitnahen Revision, welche – wie oben unter II. 3. aufgezeigt – vom Parlament bereits in Auftrag gegeben wurde.

Zum anderen – und insbesondere – hielt das Bundesgericht nun erstmals fest, dass der im VStrR verankerte Begriff der „Buße“ auch die Geldstrafe mitumfasse. Sollte dies, was so vom Gericht jedenfalls nicht ausdrücklich festgestellt wurde, nicht nur für Art. 10 VStrR gelten, hätte dies auf zahlreiche andere Normen des Allgemeinen Teils des VStrR und andere verwaltungsstrafrechtlich relevante Nebengesetze gravierende Auswirkungen. Denn dann stünde beispielsweise fest, dass die in Art. 7 VStrR (sowie in Art. 100 des Mehrwertsteuergesetzes [MWSTG] und Art. 125 des Zollgesetzes [ZG])³³ vorgesehene Solidarhaftung des Unternehmens auch bei Vergehen und nicht nur bei Übertretungen in Betracht käme oder dass auch bei Geldstrafen von der vereinfachten, alleine schuldabhängigen Strafzumessung des Art. 8 VStrR Gebrauch gemacht werden könnte.³⁴ Beides ist wohl nicht im Sinne des Gesetzgebers.

3. Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 27. November 2015³⁵ in der sog. „Swissleaks-Affäre“ (wirtschaftlicher Nachrichtendienst)

a) Sachverhalt

Der französisch-italienische Doppelbürger Hervé Falciani war als Informatiker bei der britischen Grossbank HSBC angestellt. Im Rahmen seines Auftrags, die Kundendatenbank neu aufzusetzen, entwendete er im Oktober 2006 in der Genfer Niederlassung der Bank eine Vielzahl von Bankkundendaten (insgesamt 67 Gigabyte). Im Februar 2008 reiste Falciani in den Libanon und bot in Beirut unter anderem der Filialleiterin der Bank Audi Bankdaten zu einem Preis zwischen USD 100'000.-- und 150'000.-- an. Die Filialleiterin lehnte das Angebot jedoch ab und informierte die Schweizerische Bankiervereinigung. Auch einen anderen Abnehmer für die Daten fand Falciani nicht. Im Mai 2008 eröffnete die Schweizerische Bundesanwaltschaft ein Strafverfahren gegen Falciani. Noch während der laufenden Ermittlungen der Schweizer Behörden kontaktierte er die Geheimdienste diverser europäischer Länder. Kurz vor Weihnachten 2008 wurde Falciani verhaftet und von der Bundesanwaltschaft einvernommen. Im Anschluss an die Einvernahme wurde er jedoch wieder entlassen und floh nach Frankreich, wo er die Daten den französischen Steuerbehörden übergab. Die Daten gelangten schließlich über Frankreich an sieben weitere Staaten, die damit fast eine Milliarde Franken an Steuern nachfordern konnten.

Die Daten gelangten aber auch an die Öffentlichkeit, weshalb in der Folge unter dem Stichwort „Swissleaks“ mehrere Artikel zu den Machenschaften der HSBC-Kunden erschienen. Falciani selbst präsentierte sich in der Öffentlichkeit als Whistleblower und „Kreuzritter gegen Steuerhinterziehung“. Die Bundesanwaltschaft warf ihm hingegen Geldgier vor und erhob Anklage wegen unbefugter Datenbeschaffung (Art. 143 StGB), wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB), Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) und Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG). Das Gerichtsverfahren am Bundesstrafgericht in Bellinzona wurde zunächst auf den 12. Oktober 2015 angesetzt.

³² *Achermann*, Zu den Unzulänglichkeiten des in die Jahre geratenen Verwaltungsstrafgesetzbuches (VStrR), in: dRSK, publiziert am 30. November 2015, Rz. 9ff.

³³ Vgl. zu Art. 7 VStrR (und den vergleichbaren Regelungen in Art. 100 MWSTG und Art. 125 ZG) *Eicker/Frank/Achermann*, a.a.O., S. 62ff.

³⁴ In diesem Sinne *Achermann*, a.a.O., Rz. 22.

³⁵ Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Ebenso liegt die schriftliche Urteilsbegründung im jetzigen Zeitpunkt noch nicht vor, weshalb der Entscheid nicht im Internet abrufbar ist. Die vorliegende Urteilsbesprechung beruht daher auf entsprechenden Medienberichten.

Da Falciani nicht erschien, fand die Hauptverhandlung ab dem 2. November 2011 in seiner Abwesenheit statt.³⁶

b) Urteil

Gegenstand der Hauptverhandlung war insbesondere die Frage, ob Falciani als „ehrenhafter Whistleblower“ oder aber als „gewissenloser Datendieb“ zu betrachten sei. Das Bundesstrafgericht folgte der Argumentation der Bundesanwaltschaft und sprach Falciani des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes in neun Fällen schuldig, unter anderem wegen Datenlieferungen an den Bundesnachrichtendienst in Deutschland sowie die Steuerbehörden in Grossbritannien. Nicht abschliessend geklärt werden konnte allerdings die Frage, ob Falciani für die Übergabe der gestohlenen Kundendaten Geld entgegengenommen hatte.³⁷ Von den Vorwürfen der Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses sowie der Verletzung des Bankgeheimnisses sprach das Gericht Falciani frei, da sich die entsprechenden Sachverhalte vor Juli 2008 abgespielt hatten und damit verjährt waren. Auch vom Vorwurf der unbefugten Datenbeschaffung wurde Falciani freigesprochen, weil ihm nicht nachgewiesen werden konnte, dass er die vom Gesetz verlangten besonderen Schutzmaßnahmen umgangen hatte. Die Nichtbefolgung interner Weisungen genüge für eine Annahme einer solchen Umgehung jedenfalls nicht. Insgesamt lastete das Gericht Falciani ein schweres Verschulden an. So habe er den Finanzplatz Schweiz gefährdet und die Unabhängigkeit der Schweiz aufs Spiel gesetzt, indem er die Daten ausländischen Stellen angeboten habe, namentlich in Frankreich, Grossbritannien und Deutschland. Folglich wurde Falciani zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt, womit das Bundesstrafgericht ein Jahr unter dem Antrag der Bundesanwaltschaft blieb (während die Verteidigung eine bedingte Freiheitsstrafe von maximal zwei Jahren gefordert hatte).³⁸

c) Bemerkung

Der Wortlaut von Art. 273 StGB lautet zwar dahingehend, dass sich des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes strafbar macht, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle, einer ausländischen Organisation oder einer privaten Unternehmung zugänglich macht bzw. wer ein solches Geheimnis auskundschaftet, um es einem der genannten ausländischen Empfänger zugänglich zu machen. Mithin wird für die Erfüllung des Tatbestands nicht vorausgesetzt, dass es tatsächlich zu einem Geschäftsabschluss oder einer Zahlung für die Lieferung der Informationen kommt. Insofern scheint die Verurteilung von Falciani wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes in strafrechtlicher Hinsicht vertretbar, auch wenn im gerichtlichen Verfahren nicht restlos geklärt werden konnte, ob Falciani für die Übergabe der gestohlenen Kundendaten entlohnt worden war. Mit dem Urteil wurde einmal mehr bestätigt, dass das Anbieten von schweizerischen Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen an ausländische Stellen oder Organisationen nach wie vor strafbar ist, egal welche Motive dahinter stehen.

Das Urteil des Bundesstrafgerichts erstaunt allerdings in Bezug auf die ausgesprochene Strafe, die für Schweizer Verhältnisse eher hoch ausgefallen ist. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es in mehreren Anklagepunkten zu einem Freispruch kam. Da der Grundtatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes eine Freiheitsstrafe von drei Jahren vorsieht und nur in einem „schweren Fall“ eine höhere Strafe möglich ist, muss das Bundesstrafgericht vorliegend einen solchen angenommen haben. Ein schwerer Fall liegt nach Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Verrat private Geheimnisse betrifft, deren Bewahrung wegen ihrer grossen Bedeutung auch im staatlichen Interesse liegt und deren Verletzung die nationale Sicherheit in beträchtlichem Masse (zumindest abstrakt) gefährdet.³⁹ Der Falciani von Seiten des Gerichts gemachte Vorwurf, er habe den Finanzplatz Schweiz gefährdet und die Unabhängigkeit der Schweiz aufs Spiel gesetzt, bestätigt die An-

³⁶ Onlinebericht Tagesanzeiger vom 2. November 2015 (Im Prozess gegen Hervé Falciani fehlen die Hauptdarsteller), abrufbar unter: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/im-prozess-gegen-herve-falciani-fehlen-die-hauptdarsteller/story/19837032> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

³⁷ Onlinebericht Neue Zürcher Zeitung vom 27. November 2015 (Hervé Falciani zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt), abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/schweiz/herve-falciani-zu-fuenf-jahren-freiheitsstrafe-verurteilt-1.18653900> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

³⁸ Onlinebericht Cash vom 27. November 2015 (HSBC-Datendieb Falciani zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt), abrufbar unter: http://www.cash.ch/news/alle/hsbcdatendieb_falciani_zu_fuenf_jahren_freiheitsstrafe_verurteilt-3395103-448 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015).

³⁹ BGE 111 IV 74 = Pra. 1985 Nr. 133.

nahme eines schweren Falls. Dies deckt denn auch mit der vor etwas mehr als zwei Jahren entwickelten Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts, dass Verkäufe von sog. Steuer-CDs mit illegal erworbenen Bankkundendaten nicht mehr im abgekürzten Verfahren abgeurteilt und mit teilbedingten Freiheitsstrafen, die bis zu einer Strafhöhe von drei Jahren ausgesprochen werden können, sanktioniert werden sollen.⁴⁰

⁴⁰ Vgl. dazu den Onlinebericht Neue Zürcher Zeitung vom 22. August 2013 (Keine abgekürzten Verfahren mehr in Fällen um Steuer-CD), abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/schweiz/keine-abgekuerzten-verfahren-mehr-in-faellen-um-steuer-cd-1.18137362> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2015). Im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens nach Art. 358 ff. StPO findet kein eigentliches Gerichtsverfahren mehr statt, sondern das Gericht prüft lediglich summarisch den von der Staatsanwaltschaft (oft zusammen mit der beschuldigten Person) erarbeiteten Urteilsvorschlag auf dessen Angemessenheit hin und erhebt ihn bei gegebenen Voraussetzungen zum gerichtlichen Urteil.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Strafprozessrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

„Die neue StPO“ – Kommissionsbericht und (nicht nur) Wirtschaftsstrafsachen Leipzig, 3.12.2015

I. Einstimmung

3 Juristen – 4 Meinungen. Eine Professorin, ein Ministerialdirigent, ein Richter, ein Staatsanwalt, ein Verteidiger: Was soll das schon „bringen“, wenn diese Fünf miteinander, selbst unter der besonnenen Regie des Berliner Rechtsanwalts *Alexander Sättele*, über den am 13.10.2015 veröffentlichten Bericht der vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Experten-Kommission diskutieren? Eine ganze Menge – jedenfalls sehr „WisteV-like“, zumindest im Sächsischen Advent an der Leipziger Universität! Waren die in Verbindung mit der Dependance von BGH und GBA stehenden Leipziger Veranstaltungen, diesmal gemeinsam mit dem Deutschen Zentrum für Wirtschaftsstrafrecht (DZWist) durchgeführt, in den letzten Jahren meist sogar überbucht, so zogen ihr in diesem Jahr eine bemerkenswerte Anzahl von Berufsjuristen den Weihnachtsmarkt und die Weihnachtsfeier vor: selbst schuld, sie verpassten ein Highlight! Ein extra aus ca. 400 km Entfernung Angereister verabschiedete sich mit den Worten, dass sich jeder Kilometer gelohnt habe.

In der Tat: Zahlreiche neugierige Studenten und Referendare beiderlei Geschlechts traten an die Stelle der Profis – und trugen zu einer Diskussion in bei solcher Gelegenheit selten gesehener Tiefe bei: Jeder Vortragende stellte sich in bewundernswerter Weise auf den Nachwuchs ein. Dazu war es nötig, sich sowohl der Basics als auch der Systematik zu versichern, bevor man zu den Änderungsvorschlägen Stellung nehmen konnte. Das gelang den Vortragenden bestens. Spontan mischte sich eine Vorlesung StPO mit der Auseinandersetzung über in Zusammenhänge eingebettete Details und ihre mögliche Fortentwicklung. Allen Anwesenden eröffnete sich so ein beinahe sinnlich fassbarer, jedenfalls klarer, unverschlei-erter und sehr verständlicher Blick auf die Problemfelder. Lösungsmöglichkeiten wurden ebenso begreiflich wie ihre Grenzen. Das Erstaunlichste: Über Berufsgruppen hinweg! Niemand verzog sich in das Schneckenhaus seiner persönlichen Interessen: Wissenschaft, Praxis und Ministeriale im wechselseitigen Verständnis für die jeweiligen Aufgaben und Funktionen rangen um der Sache Bestes! Charakterisiert dieses Niveau den Gesetzgebungsprozess: Chapeau – und danke, wenn es auch im politischen Teil des Verfahrens so bleiben sollte!

II. Das die Diskussion befeuernde Grußwort, RiBGH Prof. Dr. Mosbacher, Karlsruhe/Leipzig und „Die umstrittene Inbegriffsrüge“, Bundesanwalt Prof. Dr. Schneider, Leipzig

RiBGH Prof. Dr. *Mosbacher* beschränkte sich nicht auf sein Grußwort. Er schlug sogleich Pflöcke in die Diskussion, spießte konflikträchtige Folgen des Vorschlags der Kommission zur Schaffung der Pflicht des Vorsitzenden, den Inhalt im Selbstleseverfahren eingeführter Urkunden mündlich in der Hauptverhandlung vorzutragen, auf und zeigte sich als Befürworter der Einführung zumindest teilweiser Videographierung der Hauptverhandlung, einem Prüfauftrag der Kommission. Als ad-hoc Korreferent stellte er in Absprache mit Bundesanwalt Prof. Dr. *Schneider* im Rahmen von dessen Vortrag einen selbstformulierten Gesetzesvorschlag zu einerseits möglicher, andererseits aber nur begrenzter und damit auf Handhabbarkeit zielender revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit vor. Erfolgreich soll sie danach dann sein, wenn die Videoaufnahme eindeutige Abweichungen der Urteilsfeststellungen in schwerwiegendem Maße dokumentiere. Die Einigkeit der beiden Vertreter der Bundes-Justiz beschränkte sich in diesem Punkt darauf, dass dies eine erhebliche Durchbrechung des bisher bis auf wenige Ausnahmen geltenden Rekonstruktionsverbots der Hauptverhandlung darstellen würde. Während *Mosbacher* davor warnte, sich Neuem zu verschließen, zeigte *Schneider* den mit der möglichen Änderung verbundenen Strukturwandel in mehrfacher Hinsicht auf.

Beginnen würde dies bereits mit der Aufnahme selbst. Insbesondere nicht Kamera-Gewöhnte verhielten sich nicht so unbefangen wie sonst. Stünden die Aufzeichnungen dem Gericht vor der Urteilsberatung zur Verfügung, so müsse dies auch für Staatsanwaltschaft und Verteidigung vor den Plädoyers gelten. Und auch für die Rechtsmittel-, insbesondere für die Revisionsbegründung. Das Vorhandensein einer als authentisch geltenden Aufzeichnung der Hauptverhandlung würde eine Sogwirkung entfalten, welche jegliche Beschränkung auf Teile des gerichtlichen Geschehens binnen Kurzem als illusorisch erscheinen ließe und zudem den Zweck des Unmittelbarkeitsprinzips ad absurdum führe: maßgeblich sei nicht mehr all das, was das Gericht wahrnehme, miterlebe auch jenseits vielleicht wohlformulierter oder gedrehter Worte – Gesten, Reaktionen, zuweilen unwillkürliche, die Stimmung, das „Klima“ – sondern nur noch das, was die Kamera einfange, letztlich der von der Situation unabhängige, allem übrigen entkleidete rein rationale Sinngehalt gesprochener Worte – unabhängig von deren aus dem Zusammenhang abzuleitender Überzeugungskraft. Nicht mehr, was der erkennende Richter aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpfe, sondern eine reduktionistische Scheinrationalität, nicht das, wovon der Tatrichter überzeugt sei, sondern wovon er nach Auffassung des Revisionsgerichts hätte überzeugt sein müssen, fände dessen Gnade.

Angesichts dieser prozessrechtsimmanenten Argumentation traten die von *Schneider* ebenfalls herausgestellten nicht in den Griff zu bekommenden praktischen Schwierigkeiten schon beinahe in den Hintergrund: Aufgrund der sachlich unumgänglichen Notwendigkeit, auch Negativ- und solche Tatsachen in der Revisionsbegründung vorzutragen, welche geeignet sein könnten, ihrer Begründetheit den Boden zu entziehen, müssten bereits die Verteidiger im Revisionsverfahren nach monate- oder jahrelanger Hauptverhandlung wochenlang „fernsehen“, gefolgt von der Tatstaatsanwaltschaft zwecks Fertigung der Gegenerklärung, der Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht vor deren Stellungnahme und Antragstellung, und schließlich dem Revisionsgericht selbst. Dies sei für Verteidiger nur bei Angeklagten realistisch, bei denen es nicht auf das Geld ankomme, und führe zu einer zeitlichen Ausdehnung des Revisionsverfahrens, welche alle bisherigen Fristen sprengte und mit dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen auch dann nicht vereinbar wäre, wenn der personelle Mehrbedarf wider Erwarten gedeckt werden würde. Sehr menschlich legte der Bundesanwalt den Wandel seiner Auffassung dar: in seiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim GBA habe er noch forsch dem Fortschritt das Wort geredet – bis er sich nunmehr davon überzeugt habe, dass es nur ein scheinbarer wäre. Unter Hinweis auf die Notwendigkeit, Fehlurteile im möglichen Umfang zu vermeiden, erntete *Schneider* heftigen Widerspruch aus dem Publikum, ohne dass allerdings ein Weg zur Lösung der von ihm aufgezeigten Probleme sichtbar geworden wäre. Schließlich erwies sich *Schneider* allerdings doch nicht als Apologet der Versteinerung. Der Gegenauffassung kam er mit dem Vorschlag entgegen, Tonaufnahmen wichtiger Vernehmungen zuzulassen, weil die bloße Audio-Aufzeichnung die Befangenheit weniger beeinträchtige. Ließen sich damit aber die beschriebenen Pro-

bleme umschiffen? Oder doch nur mindern? Vielleicht jedoch in einem Maße, das die Vorteile an Beweissicherheit die Inkaufnahme der Nachteile dann rechtfertigen würde.

III. Die Referate

1. „Überblick über die Vorstellungen der StPO-Kommission“, Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Dr. Korte, Berlin

Das planmäßig erste Referat hielt Ministerialdirigent Dr. Korte, unter dessen Verantwortung der Kommissionsbericht im BMJV in einen Gesetzesentwurf münden wird. Nachdem er die Zusammensetzung der Kommission vorgestellt und dargestellt hatte, dass das BMJV sich an der Arbeit der Kommission beteiligt hätte, ohne allerdings über ein Stimmrecht zu verfügen, gewichtete er die Ergebnisse auch danach, mit welcher Mehrheit sie zustande kamen. Insbesondere bei sehr knappen Abstimmungen liege es nahe, sehr genau zu prüfen, inwieweit der Kommission gefolgt werden könne. Aufgeteilt auf die Verfahrensabschnitte ging Dr. Korte anschließend auf einen Teil der Vorschläge näher ein.

Bemerkenswert war dabei, dass er nicht nur Änderungsvorschläge erwähnte, sondern auch ausdrücklich betonte, dass manche Regelungen auf den Prüfstand gestellt worden wären, sich jedoch gezeigt hätte, dass das geltende Recht angemessenere Regelungen enthalte als es bei Verwirklichung erwogener Änderungen der Fall wäre. Der Kommissionsbericht bestätigte insbesondere manche Regel für die Zeit ab Eröffnung des Hauptverfahrens, so die Besetzung der Strafkammern, die Annahmeerufung, die Sprungrevision, die Beschränkung des Wahlrechtsmittels auf das JGG, die Revisionsbegründungsfrist, die amtswegige Prüfungspflicht der Sachurteilsvoraussetzungen auch im Revisionsverfahren sowie dessen Maß an Schriftlichkeit und Begründungspflicht, aber auch das Recht der Wiederaufnahme.

Die in den letzten Jahren ausgeweiteten Richtervorbehalte sollen bis auf die eng begrenzte Ausnahme der Blutprobenentnahme erhalten bleiben. Aber auch insoweit soll die Zuständigkeit des Richters nicht schlicht entfallen, sondern durch eine Regelzuständigkeit des Staatsanwalts ersetzt werden. Da dieser aber ebenso wie *de lege lata* der Richter ausschließlich auf eine einzige Erkenntnisquelle zurückgreifen kann, nämlich den (fern-)mündlichen Bericht des kontrollierenden Polizeibeamten, sprechen gegen eine solche Umgestaltung dieselben Argumente wie gegen das geltende Recht: Ein Gewinn an Rechtstaatlichkeit lässt sich damit trotz Entfallens eines (überflüssigen) bürokratischen Schritts nicht erreichen, sondern nur eine Vermehrung der Zahl unausgeschlafener Staatsanwälte – oder glaubt jemand an das Wunder des Erfüllens des zusätzlichen Personalbedarfs durch die Länder? Bleiben soll auch der Richtervorbehalt für Obduktionen – und das, obwohl sich nur Stimmen finden, welche sich angesichts einer anzunehmenden erheblichen Dunkelziffer für eine Ausweitung ihrer Anzahl aussprechen, es keine (erkennbar) missbräuchlichen staatsanwalt-schaftlichen Anträge gibt, sondern vielmehr die Überlastung der Ermittlungsrichter zu Verzögerungen führt, die angesichts der Flüchtigkeit mancher Beweise durchaus die Gefahr ihres Verlusts bergen.

2. „Verteidigerrechte im Ermittlungsverfahren“, Frau Prof. Dr. Beckemper, Leipzig

Frau Prof. Dr. Beckemper befasste sich anschließend mit einigen möglichen Neuerungen für die Verteidigung. Dabei beeindruckte insbesondere ihre schwerpunktmäßige Problematikisierung des Rechts auf Pflichtverteidigung bei Freiheitsentziehung. Seit der Novelle 2009 markiert § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO den Beginn der Untersuchungshaft als Zeitpunkt einsetzen der Pflichtverteidigung. Das bedeutet, dass die Zeit davor nicht darunter fällt. Das wird von den Strafverteidigern insbesondere für die Phase nach vorläufiger Festnahme heftig kritisiert. Die Referentin anerkannte die Berechtigung dieser Kritik: plötzlicher Freiheitsentzug stehe zumindest in einem Spannungsverhältnis zum notwendigen kühlen Ventilieren der Verteidigungsmöglichkeiten und damit deren optimaler Gestaltung. Sowohl bei der ersten Vernehmung, regelmäßig durch geschulte Polizeibeamte, als auch bei der Vorführung vor den (Ermittlungs-)Richter bestehe daher die Gefahr vermeidbarer Selbstbelastung und unpräziser, die Glaubwürdigkeit beeinträchtigender Aussagen.

Sie blieb dabei jedoch nicht etwa stehen, sondern schlüpfte aus der Rolle der reinen Wissenschaftlerin zusätzlich in die ergänzende einer Praktikerin. Dabei konstatierte sie, durchaus

noch ganz Wissenschaftlerin, ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an optimaler Verteidigung und dem Beschleunigungsgrundsatz. Die Vorführung vor den Richter müsse schon aus verfassungsrechtlichen Gründen schnellstmöglich vonstatten gehen. Sie verzögere sich bereits heute aufgrund der gebotenen Anhörung, ggf. Überprüfung daraus gewonnener Erkenntnisse und der Kenntnisnahme der polizeilichen Ermittlungsergebnisse seitens der allein antragsberechtigten Staatsanwaltschaft, der unumgänglichen Lektüre der Akten seitens des Ermittlungsrichters vor Beginn der Vorführung und der Klärung etwaiger sich ihm stellender Fragen. Würde sich in der Zwischenzeit zwar wohl noch Gelegenheit für die Bestellung eines Pflichtverteidigers bieten, so ließe sich aber dessen sachgerechte Verteidigungsfähigkeit nicht auch noch gewährleisten. Der Beschuldigte habe ein Recht auf einen Verteidiger seiner Wahl. Ob dieser jedoch gerade Zeit habe, sich ihm in der kurzen Zeit vor der Vorführung zu widmen, sei alles andere als sicher. Gerade in komplexen Fällen sei es zudem mit bloßer Kontaktaufnahme nicht getan, sondern die Sach- und Beweislage müsse intensiv erörtert, ggf. überprüft werden. Gelegenheit biete sich dazu jedoch nicht binnen des kurzen und nicht zur Disposition des Beschuldigten stehenden Zeitfensters. Mit erkennbarem Unbehagen zog sie aus den Umständen die Konsequenz, dass die geltende Regelung beizubehalten sei, weil und solange sich keine Lösung der mit einer Vorverlagerung der Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers verbundenen Probleme abzeichne.

3. „Änderungen im Beweisantragsrecht“, Bundesanwalt Prof. Dr. Schneider, Leipzig

Bevor Bundesanwalt Prof. Dr. *Schneider* zu seinen bereits dargestellten Ausführungen zur Videographierung in der Hauptverhandlung und den damit zusammenhängenden Problemen der Inbegriffsrüge ansetzte, wandte er sich dem Thema Präklusion von Beweisanträgen zu. Sehr eindrucksvoll erwies er sich als rechtstaatlicher Verteidiger der Notwendigkeit eines Beweisantragsrechts als Ergänzung der Pflicht zur Amtsaufklärung, § 244 Abs. 2 StPO. Er wandte sich sowohl gegen die Bestimmung eines Zeitpunktes, bis zu dem Beweisanträge nur gestellt werden dürften, als auch gegen die vom 1. Strafsenat des BGH entwickelte Lösung, nach der das Gericht in exceptionellen Fällen eine Frist mit der Folge setzen dürfe, deren Überschreitung als Indiz für Prozessverschleppung wirke. Mit Nachdruck sprach er sich für eine Regelung aus, die allgemein und nicht nur für bestimmte Fälle gelte. Als sachgerecht betrachtet er im Einklang mit der Kommission den Zeitpunkt des Abschlusses der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme. Das verlangt natürlich ein den Verfahrensstoff verlässlich beherrschendes Gericht, denn nur dann lässt sich das Beweisprogramm sachgerecht voraussehen. In Anlehnung an eine vom 5. Strafsenat mit Unterstützung der Bundesanwaltschaft schon vor längerer Zeit entwickelte und von der Kommission aufgenommene Rechtsprechung sprach er sich für die Möglichkeit aus, dass das Gericht nach dem genannten Zeitpunkt eine Frist zum Stellen ergänzender Beweisanträge setzen dürfe, dies allerdings lediglich (wie bei Hilfsbeweisanträgen) zur Folge haben solle, danach ohne genügende Entschuldigung gestellte Anträge erst in den Urteilsgründen bescheiden zu müssen, regelmäßig also ihre Zurückweisung zu begründen. Die Reaktion überraschte: es blieb jeglicher Widerspruch aus! Ersichtlich ist dieser Weg auch aus wissenschaftlicher und der Sicht der Verteidigung konsensfähig: der Bundesgesetzgeber muss diese Steilvorlage also nur noch verwandeln und dabei nicht einmal mehr einen Torhüter überwinden!

4. „Transfer im Ermittlungsverfahren erhobener Beweise in die Hauptverhandlung“, Rechtsanwalt Prof. Dr. König, Berlin

Im Abschlussreferat widmete sich Rechtsanwalt Prof. Dr. *König* Fragen des Beweistransfers aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung. Er zeigte den geringen gesetzgeberischen Spielraum für eine Ausdehnung auf. Das Konfrontationsrecht des Beschuldigten verlange nach der Möglichkeit, einem Zeugen Fragen stellen zu dürfen. Aus Sorge vor Beweismittelverlust oder der Warnfunktion gegenüber einem über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens noch gar nicht in Kenntnis gesetzten Beschuldigten verzichte aber die Justiz bereits heute häufig auf die Beteiligung der Verteidigung bei richterlichen Vernehmungen. Das werde bei der Möglichkeit des Transfers polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Vernehmungen in die Hauptverhandlung nicht anders sein, erzwingen damit aber die Vernehmung des Zeugen vor dem erkennenden Gericht, jedenfalls auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten. Hinzu komme, dass Verteidiger durchaus nicht immer Zeit hätten, die Gelegenheit der Beteiligung an Vernehmungen wahrzunehmen. Zusätzliche Aufgaben im Ermittlungsverfahren stießen überdies an wirtschaftliche Grenzen.

In Anerkennung dieser einschränkenden Umstände assoziierte Bundesanwalt Prof. Dr. *Schneider* spontan eine Variante: Nicht konsentierter Transfer nur dann, wenn der Verteidiger bei der Vernehmung (oder einer anderen Maßnahme, z.B. Augenschein) im Ermittlungsverfahren tatsächlich anwesend war. Aufstöhnend kommentierte Rechtsanwalt *Sättele* dies mit der Unverständnis ausdrückenden Bemerkung, warum denn die Verteidigung jede Verbesserung solle „erkaufen“ müssen.

Ein weiterer Schwerpunkt des letzten Vortrags knüpfte an den im Grußwort von RiBGH Prof. Dr. *Mosbacher* abgelehnten Vorschlag der Kommission an, zukünftig den (wie bei Erörterungen gemäß §§ 202a und 212 StPO) „wesentlichen Inhalt“ im Selbstleseverfahren eingeführter Urkunden mündlich in der Hauptverhandlung vorstellen zu müssen. Rechtsanwalt Prof. Dr. *König* stellte sich hingegen auch insoweit hinter die Kommission. Er blieb dabei jedoch nicht stehen, sondern interpretierte ihn sehr extensiv. Dem von der Kommission mit 11:10 Stimmen angenommenen, in der knappen Begründung aber nicht weiter problematisierten Vorschlag einer schlichten Pflicht zur Mitteilung legte er, wohl aufgrund der Beschränkung auf die „Wesentlichkeit“ ihres Inhalts, das Verständnis bei, damit habe der Vorsitzende zugleich die aus der Sicht des Gerichts bejahte Beweisbedeutung insbesondere des verlaublichen Teils des Urkundeninhalts zu dokumentieren.

Setzte sich die so ausgelegte Regelung durch, so wäre die Verteidigung einem seit langem verfolgten Ziel einen Schritt näher gekommen, die Sichtweise des Gerichts bereits vor Abschluss der Beweisaufnahme zu erfahren, um darauf noch vor Urteilsverkündung reagieren zu können. Zulässig ist dies bereits heute und nicht erst seit dem Verständigungsgesetz, nur erzwingbar ist es nicht. Das Spannungsverhältnis zum Verbot vorweggenommener Beweiswürdigung ist nicht zu übersehen. Auf Widerspruch stieß *König* aber vor allem aufgrund der Unklarheiten, ob und in welchem Maße Angeklagter und Verteidiger darauf vertrauen dürften, dass nicht vorgetragene Inhalte selbstgelesener Urkunden keinen Eingang in die Urteilsfindung, jedenfalls nicht in einer den Angeklagten belastenden Art finden würden. Diese Erwägung spricht nun allerdings nicht nur gegen die erweiternde Interpretation *Königs*, sondern gegen den Kommissionsvorschlag als solchen. *Mosbacher* nannte ihn den einzigen von ihm als abwegig empfundenen und fragte, wie denn der wesentliche Inhalt einer jeden der in einem oder mehreren Stehordnern abhefteten Rechnungen mit einem immer gleichen steuerrelevanten Fehler bestimmt werden sollte: mit dem Betrag? Das stelle das Selbstleseverfahren insgesamt in Frage. Wiewohl in der heftigen Diskussion die Skepsis gegen diesen Vorschlag der Kommission zu überwiegen schien, waren sich alle, die sich zu Wort meldeten einig, dass Bemühungen gerechtfertigt wären, Missbräuche des Selbstleseverfahrens (z.B.: „sämtliche in der Anklageschrift aufgeführten Urkunden oder in den Ordnern 1 – x abgehefteten Schriftstücke“) zukünftig abzustellen.

IV. Fazit

Ein Fazit zu ziehen war und ist nicht schwer: Der Kommission ist es bemerkenswerterweise gelungen, eine erstaunliche Anzahl weitgehend konsentierter Vorschläge zu formulieren. Die Leipziger Diskussion führte insoweit lediglich zu mancher Notwendigkeit, sie im Detail noch weiterzuentwickeln und präziser zu fassen – eine Aufgabe, der sich das BMJV sowieso bereits stellt, dafür jedoch manch wertvolle Anregung erhielt. Der Konsens betrifft v.a. punktuelle Verbesserungen. Deutlich wurde hingegen im Blick auf Vorschläge, deren Realisierung spürbare Eingriffe in die Systematik der StPO zur Folge hätte, dass das geltende Recht manchem der vorgetragenen Ansinnen deutlich besser gerecht wird als es einzelne in der Praxis aufgetretene Unstimmigkeiten vermuten lassen – und dass Novellierungsvorschläge zuweilen mit noch größeren Nachteilen verbunden sein könnten. Das spricht nicht generell gegen tiefergehende Eingriffe in das geltende Strafprozessrecht, wohl aber für ein duales Vorgehen beim Umgang mit den (positiven = ändernden wie negativen = Änderung ablehnenden) Kommissionsvorschlägen: Die punktuellen Verbesserungen sollten schnellstmöglich Eingang in das Bundesgesetzblatt finden. Demgegenüber bedarf es der Vermeidung von Schnellschüssen mit systematischer Wirkung – insoweit ist noch intensiveres Prüfen, Nachdenken und Differenzieren erforderlich.

Beides hat die DZWiSt/WisteV-Veranstaltung in überzeugender Klarheit verdeutlicht. Wer dabei war, konnte sich bei Speis und Trank, aber auch nachwirkend, sowohl am Tiefgang der Referate und ihrer Diskussion als auch an einer berufsübergreifenden Übereinstimmung in wesentlichen kleineren und weiterreichenden Aspekten erfreuen. Herzlichen Dank allen genannten Aktiven und dem aufmerksamen Publikum.

Sportstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim, Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl Mag. iur., Köln, Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe¹

I. Allgemeines

1. Der Gesetzentwurf wirft mehr Fragen auf als dass er Antworten bereithielte. Das dürfte vorrangig darauf zurückzuführen sein, dass das BMJV (ebenso wie bereits beim Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen) darauf verzichtete, den Bedarf für eine Regelung mehr als nur gefühlsmäßig darzulegen. Es fehlen sowohl rechtstatsächliche Grundlagen als auch aufgezeigte Regelungslücken. § 265c StGB-E erhebt die Beihilfe zum (Wett-)Betrug unter bestimmten Umständen zu einem eigenen Tatbestand. Angesichts einer Akzessorietät, welche sich nicht auf die (genaue) Höhe des Schadens beziehen muss, wird nicht deutlich, ob die neue Vorschrift mehr als nur symbolisch über die bisherige Rechtslage hinausgeht. Handelt es sich insoweit im Kern wohl noch um eine bloße rechtstechnische Umgestaltung, die überflüssig, aber mit ihrer Verschiebung des Rechtsguts in Richtung Korruption erträglich sein mag, betritt der Entwurf in § 265d StGB-E mit der Pönalisierung der bloßen Spielmanipulation Neuland.

2. Der Entwurf hinterlässt Unklarheiten hinsichtlich seiner systematischen Einordnung. Sie beruhen darauf, dass die Bezüge zu § 263 StGB zwar nicht zu übersehen, aber doch sehr gelockert sind. Im Kern handelt es sich sowohl bei § 265c StGB-E als auch bei § 265d StGB-E um eine Anti-Korruptionsvorschrift. Das kommt auch in der Begründung zum Ausdruck, welche an etlichen Stellen auf § 299 StGB verweist. Es wäre daher sachgerecht, wenn man denn eine solche Vorschrift überhaupt für nötig hält, dass die amtliche Überschrift anstatt *Sportwettbetrug* richtigerweise *Sportwettkorruption* und bei § 265d StGB-E: *Sportkorruption* lautete.

II. Zu einzelnen Vorschriften

1. Zu § 265c StGB-E

Die Formulierung „... erlangt werde“ ist gewöhnungsbedürftig, erklärt sich vermutlich aus dem Streben, für § 265c Abs. 1-4 StGB-E jeweils dieselbe Beschreibung verwenden zu können, und dürfte zumindest insoweit geeignet sein, als sie zum Ausdruck bringt, dass der rechtswidrige Vermögensvorteil nicht erlangt worden sein muss. Auch das Ausreichen einer gegenüber § 263 StGB niedrigeren Schwelle der überschießenden Innentendenz wird deutlich, weil auf das Kriterium der Absicht verzichtet wird. Gleichwohl dürfte es möglich sein, sprachlich auf das aus § 263 StGB bekannte „Verschaffen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils“ abzustellen.

¹ Abrufbar unter:

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Ref_Spielmanipulation.pdf;jsessionid=DE7E2744FBC3EB018968B3347C181754.1_cid29?__blob=publicationFile&v=1

2. Zu § 265d StGB-E

a) Ein klares Rechtsgut, welches die neue Vorschrift schützen soll, ist der Begründung nicht zu entnehmen und auch im Übrigen nicht erkennbar. Es finden sich Elemente des Vermögensschutzes, der Korruption, aber auch des Schutzes der allgemeinen Integrität des Sports in seiner Vorbildfunktion. Das trägt eine Tendenz der Entgrenzung in sich und muss notwendig zu Anwendungsschwierigkeiten führen.

b) Mit § 265d StGB-E wird der strafrechtliche Schutz auf Verletzte ausgedehnt, die vom tatbestandlichen Geschehen nicht, wohl aber von den weiteren Folgen einer Tat betroffen sind (Vereine, Mitspieler, Sponsoren, Gewerbetreibende). Der Rechtsgüterschutz durch indirekte Folgen mag im Bereich der Körperverletzungs- und Lebensschutzdelikte angebracht sein. Bei den Vermögensdelikten hat der Gesetzgeber bislang darauf verzichtet, sicherlich nicht zuletzt deswegen, weil sich die Reichweite solchen Schutzes hier kaum eingrenzend beschreiben lässt. Soweit eine (im weitesten Sinne) vermögensschützende Norm nicht nur unmittelbar Betroffene erfasst, griff der Gesetzgeber bislang zu einer anderen Regelungstechnik als dem Schutz auch indirekt Betroffener. Er schuf dann überindividuelle Rechtsgüter (wie im Kapitalmarktstrafrecht; streitig für das Insolvenzstrafrecht). Auch einem derartigen überindividuellen Rechtsgut kann es allerdings leicht an Konturen mangeln. Eine größere Anwendungssicherheit wird jedoch nicht dadurch erreicht, dass ein prinzipiell unbegrenzter Schutz indirekt Betroffener eingeführt wird.

Die Folge davon besteht in einem Schadensbegriff, welcher deutlich weiter reicht als bei §§ 263 und 266 StGB. Die Auswirkungen halten sich nur deshalb in Grenzen, weil die neue Vorschrift im Tatbestand nicht auf den Eintritt eines Schadens abstellt. Spätestens bei der nach dem Entwurf gem. § 265d Abs. 5 StGB-E iVm § 265c Abs. 8 StGB-E für möglich gehaltenen Anordnung eines erweiterten Verfalls könnten sich jedoch schwierige Folgefragen anschließen.

c) Wenn man anders als WisteV ein Bedürfnis für eine Strafnorm wie § 265d StGB-E bejaht, dann bedarf es allerdings einer strikter Rechtsgutsbindung. Das BMJV sieht dieses Problem und problematisiert ersichtlich deswegen den Kreis der Veranstalter betroffener Sportereignisse. Es bittet ausdrücklich um Benennung tauglicher Veranstalter und befürwortet damit eine Einschränkung gegenüber § 265c StGB-E.

Sollte es unvermeidlich sein, eine Vorschrift wie § 265d StGB zu schaffen, so müssen Sport- von Showveranstaltungen geschieden werden, wäre es doch zumindest erstaunlich, fiele z.B. das Wrestling unter § 265d StGB, obwohl die sportliche Betätigung hier vollständig dem Unterhaltungsaspekt untergeordnet ist.

Um dieses Ziel zu erreichen, erscheint es wenig sachgerecht, den Kreis der Veranstalter enumerativ oder auch nur mittels abstrakter Kriterien eingrenzend beschreiben zu wollen. Der Dynamik des Sportgeschehens würde die Bestimmung dann immer hinterherhinken. Besser und spezifisch auf den Integritätsaspekt ebenso wie auf den Vorbildcharakter und die Erwartungshaltung der Zuschauer abgestimmt erscheint es demgegenüber, der Vorschrift keinen umfassenden Anwendungsbereich zu eröffnen. Nur diejenigen Veranstalter verdienen das Vertrauen des Publikums in eine *seriöse* Sportveranstaltung, die selbst diesen Eindruck nach außen hin erwecken (wollen). Diejenigen hingegen, die Unterhaltung (ggf. auch im besten Sinne) anbieten, sind demgegenüber aus dem Anwendungsbereich des § 265d StGB herauszuhalten. Sinnvollerweise erfasst werden können demnach von vorn herein lediglich Betreiber echter Sportveranstaltungen.

Die Abgrenzung kann allerdings nicht der Justiz allein überlassen werden. Auch der Gesetzgeber kann schlechterdings kein generelles (Unwert-?)Urteil über bestimmte Sportarten abgeben. Daher kommt nur eine verfahrensrechtliche Lösung in Betracht. Gesetzestechisch lässt sich dieser Differenzierung im Wege einer Art opt-in-Regelung Rechnung tragen. Dazu müsste lediglich eine Datenbank als Register angelegt werden, in welche sich Sportvereine oder ganze Sportverbände selbst eintragen könnten. Sie unterstellten damit von sich aus die von ihnen durchgeführten oder anerkannten Veranstaltungen dem Anwendungsbereich des § 265d StGB-E. Damit dokumentierten sie, auf die Seriosität des sportlichen Wettkampfs Wert zu legen. Ihnen erwüchse zudem ein neues und sehr geeignetes Werbeinstrument, das eine Sogwirkung entfaltete, der sich niemand entziehen könnte, der behauptet, eine (auch: kommerzielle) Sportveranstaltung anzubieten.

d) Mit jeder Einschränkung des erfassten Kreises von Veranstaltern setzt sich der Entwurf allerdings in Widerspruch zu seiner Verweisung in § 265d Abs. 5 StGB-E. Sie erstreckt sich auch auf § 265c Abs. 7 StGB-E, der ja aber für § 265d StGB-E gerade eingeschränkt werden soll. Es bedürfte demnach der Korrektur des § 265d Abs. 5 StGB dahingehend, dass nur auf § 265c Abs. 5, 6 und 8 StGB-E verwiesen wird.

3. Zu Gemeinsamkeiten von § 265c und § 265d StGB-E

a) Die Strafrahmen beider Bestimmungen werfen Fragen auf. Im Normalfall sind jeweils maximal drei Jahre Freiheitsstrafe vorgesehen.

Bei § 265c StGB-E führt die Begrenzung auf drei Jahre Freiheitsstrafe zu einer widersprüchlichen Situation. Die Bestimmung gilt nur für bestimmte Personen, nimmt nicht Aufgeführte damit aus dem Kreis der tauglichen Täter aus. Das bedeutet, dass der (erfasste) Trainer eine Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren riskiert, während der (nicht erfassten) Torwart- oder Ko-Trainer wegen Beihilfe zum Betrug mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und neun Monaten bedroht bliebe. Allerdings verweist die Begründung darauf, dass regelmäßig § 265c StGB-E in Tateinheit mit § 263 StGB stünde. Abgesehen von der Antwort auf die offene Frage, ob das auch für die Fälle der Beihilfe zum Betrug gilt, zeigt sich hier deutlich die Überflüssigkeit der neuen Bestimmung.

Unstimmig erscheint es zudem sowohl bei § 265c als auch bei § 265d StGB-E, dass der Zechbetrüger nach § 263 StGB mit einer um 2/5 höheren Strafe (wenngleich nur abstrakt) bedroht ist als Täter nach den neuen Vorschriften.

b) Unklarheiten eröffnet die Begründung im Hinblick auf das Verständnis der tatbestandlichen Unrechtsvereinbarung.

Während auf S. 13 im 3. und 4. Absatz im Hinblick auf § 265c StGB-E und auf S. 18 im 2. Absatz § 265d StGB-E betreffend betont wird, dass nur solche Tathandlungen erfasst würden, welche sich zum Vorteil des Wettkampfgegners (genügend allerdings: nur „irgendwie“, so S. 13, 4. Absatz) auswirkten – schon das ein Erfordernis, welches mit jeder Einschränkung des vollständigen Einsatzes vorhandener Leistungsstärke quasi automatisch einher geht – lassen die weiteren Ausführungen auf S. 13 im 3. Absatz sogar ausreichen *Verhaltensweisen vor oder während des Wettbewerbs, die darauf gerichtet sind, den Verlauf des Wettbewerbs zu manipulieren und die auf eine Aufhebung oder Einschränkung der Unvorhersehbarkeit des Wettbewerbsgeschehens zielen*. Dies öffnet eine Weite der Strafbarkeit, welche mit Gewissheit nicht strafwürdiges Verhalten einschließt.

Das mag sich bei § 265c StGB-E nicht so sehr auswirken, weil die Bestimmung weitere Tatbestandsmerkmale aufweist, welche konturierend wirken. Bei § 265d StGB-E verhält es sich jedoch anders. Hier findet sich nur das einhegende Kriterium der Wettkampfwidrigkeit. Dies wiederum ist sehr interpretationsfähig und weist einen bei unterschiedlichen Sportarten verschiedenen Inhalt auf. Während früher, als es noch keine automatische elektronische Anzeige gab, vom Fechter verlangt wurde, selbst anzuzeigen, wenn er getroffen wurde, ist es im Fußball erlaubt, trotz eines verletzt am Boden liegenden Gegners ein Tor zu erzielen, nur weil der Schiedsrichter nicht abgepfiffen hat. Liegt es da fern, die Rotation als wettkampfwidrig aufzufassen? Nach kräftezehrenden internationalen Spielen zur Wochenmitte schonen Spitzentrainer am Wochenende (oder umgekehrt) gern einige ihrer Stars, um ihnen die Regeneration zu ermöglichen, die sie bis zum Abschluss der Saison fit halten soll. Gewinnt dann der Außenseiter gegen eine Quasi-B-Mannschaft, so ist ebenso schnell wie am Ende der Saison, wenn „gerettete“ Vereine Nachwuchsspieler testen und sich in Zweikämpfen mehr zurückhalten, um Verletzungen zu vermeiden, von Wettbewerbsverzerrung die Rede – keineswegs ohne guten Grund. Nun muss man sich nur vorstellen, dass der Sportdirektor, Vereinspräsident, Mäzen oder sonstige starke Mann, erfasst über § 265d Abs. 5 iVm § 265c Abs. 7 S. 2 StGB-E, derartiges Verhalten vom Trainer verlangt, etwa um einen umworbenen Spieler teuer verkaufen oder bei einem Turnier glänzen und nicht ausgebrannt herum-schleichen zu lassen. Das wäre in Zukunft strafbar!

c) Das Strafantragserfordernis stellte keine ernsthafte Hürde dar: Anhänger, zumal Hooligans oder Ultras der dritt betroffenen Vereine würden mit Begeisterung Strafanzeige erstatten!

Bedenken gegen das Antragserfordernis bestehen allerdings aus anderen Gründen. Es ist zwar auch bei der Korruption im Gesundheitswesen und bei der Wettbewerbskorruption

normiert, ist aber auch auf diesen beiden Gebieten alles andere als systemgerecht. Bei der Sportkorruption kommt hinzu, dass es unausgewogen erscheint, die Strafbarkeit der tauglichen Täter von einem Strafantrag abhängen zu lassen, während die insoweit nicht tauglichen und deswegen gemäß § 263 StGB haftbaren Täter oder Teilnehmer ohne Antrag verfolgt werden können. Die Lösung dieses Widerspruchs im tateinheitlich verwirklichten Betrug zu sehen, belegte erneut die Überflüssigkeit der neuen Vorschrift.

III. Zum Entwurf insgesamt

1. Mit dem Gesetzesentwurf zögen an einer 3. Stelle des StGB Korruptionsregeln in das Strafrecht ein. Das könnte Anlass sein, einen eigenen Abschnitt „Korruption“ zu bilden mit den Unterabschnitten „Amtsträgerkorruption“; „Wettbewerbskorruption“, „Korruption im Gesundheitswesen“ und „Sportkorruption“. Damit würde (räumlich) zusammengeführt, was (inhaltlich-systematisch) zusammengehört. Damit dürfte dann allerdings auch das überkommene Ordnungsprinzip des Besonderen Teils des StGB (Abschnitte zu einzelnen Rechtsgütern bzw. inhaltlich zusammengehörigen Rechtsgütergruppen) gesprengt sein, was indes lediglich eine Fortsetzung bzw. Illustration der bereits unter II.2. angesprochenen inhaltlichen Entgrenzung darstellen würde.

2. Zu bedenken könnte noch sein, ob bzw. inwieweit es zu Friktionen mit dem Zivilrecht kommen könnte. Selbst im Bereich des Profisports ist die Frage, ob bzw. inwieweit Regelungen der Sportverbände vor ordentlichen Gerichten überhaupt justiziabel sind, häufig hoch umstritten (vgl. dazu etwa die Causa Pechstein). Es sollte – insbesondere bei den Fallgestaltungen des § 265d StGB-E eventuell noch einmal abgewogen werden, ob die ultima ratio des Strafrechts hier tatsächlich alternativlos ist bzw. ob eine indirekte Einführung von Schadensersatzklagen über § 823 Abs. 2 BGB iVm § 265d StGB-E zu erwarten und erwünscht wäre.

3. Wird der Entwurf nicht insgesamt zurückgezogen, so ist ihm vor dem bisherigen Art. 3 ein weiterer Artikel einzufügen, mit dem § 74c Abs. 1 Nr. 6 lit a GVG dahingehend ergänzt wird, dass die Wirtschaftsstrafkammer für Verfahren nach den §§ 265c bis 263e StGB-E zuständig ist. Bei dieser Einordnung wäre gewährleistet, dass dies nur dann der Fall ist, wenn es zur Beurteilung besonderer Kenntnisse des Wirtschaftslebens bedarf.

Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Jes Meyer-Lohkamp, Hamburg

5. Herbsttagung WisteV/BLS - Tagungsbericht

Die fünfte Herbsttagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V. (WisteV) und der Bucerius Law School fand am 20. November 2015 unter dem Leitmotto „Zwischen Konsens und Konfrontation – Aktuelle Entwicklungen im Strafverfahren“ statt. Redner waren in diesem Jahr Dr. Nikolaus Berger (Richter am 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs), Prof. Dr. Hans Kudlich (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Otmar Kury (Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer) sowie Rechtsanwalt Johann Schwenn.

Der Vortrag von Dr. Berger mit dem Titel „Hauptsache revisionsfest!“ thematisierte die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verständigung und damit einhergehende Mitteilungs-, Dokumentations- und Belehrungspflichten. Zwar sei der Streit, ob es überhaupt eine Verständigung im Strafprozess geben solle, mittlerweile ausgestanden. Der Gesetzgeber habe sich hier für eine offene und transparente Lösung entschieden. Einzelheiten bedürften jedoch weiterhin der Klärung durch die Rechtsprechung. Dem Zusammenspiel zwischen BGH und BVerfG komme daher große Bedeutung zu.

Der Vortrag von Prof. Dr. Kudlich mit dem Titel „Konsens und gut? Verständigung und Verteidigungsrechte – auf einem guten Weg?“ befasste sich mit dem Verhältnis von Verständigung und Verteidigungsrechten. Dabei wurde deutlich, dass die gesetzlichen Neuerungen zur Verständigung die Verteidigung zwar vor einige Herausforderungen stellen, dass in einer Verständigung aber auch viele Chancen liegen können. Die in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten seien zum Teil erheblich mehr durch die Normanwender, als durch die anzuwendenden Normen selbst bedingt. Das in Deutschland traditionell inquisitorische Strafsystem sei nicht etwa durch ein adversatorisches Model ersetzt worden – vielmehr hätten verstärkt konsensuale Elemente in den Strafprozess Eingang gefunden. Dies sei zu begrüßen.

In seinem Vortrag mit dem Titel „Der hochgemute, voreilige Griff nach der Wahrheit...Gestaltungsmöglichkeiten der Hauptverhandlung durch Beweisanträge“ ging Rechtsanwalt Kury ausführlich auf die Möglichkeit des Beweisantrags durch die Verteidigung ein. Beleuchtet wurde dabei sowohl die Bedeutung des Beweisantragsrechts im deutschen Strafprozess allgemein, als auch die praktische und prozesstaktische Handhabung. In der sich anschließenden Diskussion wurden Fragen zu einer möglichen Begrenzung des Beweisantragsrechts aufgrund des Vorwurfs des Missbrauchs durch die Verteidigung erörtert.

Der Vortrag von Rechtsanwalt Schwenn mit dem Titel „Wo Rauch ist, da ist auch Feuer?! Mediale Berichterstattung über streitige Verfahren“ befasste sich mit den Auswirkungen medialer Berichterstattung auf den Strafprozess. Beleuchtet wurden dabei einzelne prominente Verfahren, jedoch wurden auch alltägliche Konstellationen in den Blick genommen. Die sich anschließende Diskussion nahm Bezug auf die Frage, inwieweit die Verteidigung – gezielt – mit Medienvertretern zusammenarbeiten sollte, bzw. inwieweit eine solche Zusammenarbeit dem Interesse des Mandanten dient und kam zu einem zurückhaltend ablehnenden Ergebnis. Rezensionen

Insolvenzstrafrecht

Dr. Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum September bis Dezember 2015

I. Aufsatzliteratur

1. Marcus Janca/Christian Schroeder/Jan Baron: Strafrecht und Insolvenzrecht – Stationen, Friktionen, Lösungsansätze, *wistra* 11/2015, S. 409-417.

Verf. eruiert in ihrem Beitrag, welche Auswirkungen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Angeklagten in den einzelnen Stadien des Strafverfahrens – vom Ermittlungs- bis zum Vollstreckungsverfahren – hat. Von den zahlreichen Themen, die die *Verf.* dabei anschnitten, sei eines besonders hervorgehoben: Die Folgen, die eine erfolgreiche Insolvenzanfechtung im Strafrecht zeitigt. Als strafrechtlich prekär erweist sich die Insolvenzanfechtung für den Schuldner, wenn der Insolvenzverwalter Zahlungen auf eine Geldstrafe, Zahlungen auf eine Geldauflage, deren Erfüllung Voraussetzung für eine Strafaussetzung zur Bewährung ist bzw. Zahlungen anführt, die der Schuldner, der eine strafbefreiende Selbstanzeige gestellt hat, geleistet hat, um seine Nachentrichtungspflicht (vgl. § 371 Abs. 3 Satz 1 AO) zu erfüllen. *Verf.* plädieren in diesen Konstellationen dafür, den Schuldner so zu stellen, als habe eine Zahlung nicht stattgefunden, um Ungleichbehandlungen mit dem Schuldner, der wegen seiner Insolvenz nicht bezahlt, sondern stattdessen andere Optionen sucht, um seinen Pflichten nachzukommen, zu vermeiden (S. 414 f., 416 f.).

2. Jörg Habetha/Simone Klatt: Die bankrottstrafrechtliche Organhaftung nach Aufgabe der Interessenformel – Zurechnungstheorie oder funktionale Zurechnung?, NStZ 12/2015, S. 671-677.

Seitdem der BGH seine jahrzehntelang verfochtene Interessentheorie, der zufolge „als Organ“ i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur handelte, wer die Bankrotthandlung zumindest auch im wirtschaftlich verstandenen Interesse des Gemeinschuldners begangen hat (s. dazu nur *BGHSt* 28, 371 [372]; *St* 30, 127; *St* 34, 221 [223]), verabschiedet hat (s. nur *BGHSt* 57, 229 [237 f.] = *NJW* 2012, 2366 [2368 f.]), nimmt die Diskussion um die „richtige“ Auslegung der Partikel „als“ kein Ende (vgl. jüngst *Rogall*, in: *Festschr. f. Paeffgen*, 2015, S. 361 ff.). Neben der Funktionstheorie, die im Kern darauf abhebt, ob der Geschäftsleiter „in Ausübung seines Amtes“ oder lediglich „bei Gelegenheit“ dieser Tätigkeit die Bankrotthandlung beging (exemplarisch *Labsch*, *wistra* 1985, 59 [60]; *Winkelbauer*, *wistra* 1986, 17 [19 f.]), steht ein organisationsbezogenes Zurechnungsmodell, das die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB immer dann annimmt, wenn der Täter das Verbandsvermögen entweder rechtsgeschäftlich wirksam geschädigt hat oder aber seine faktische Schädigung dieses Vermögens vom dafür zuständigen Verbandsorgan konsentiert wurde (dazu nur *Brand*, *NStZ* 2010, 9 [12 f.]; *Radtke/Hoffmann*, *NStZ* 2012, 91 [93]). In dieser Auseinandersetzung nehmen *Verf.* den Standpunkt der Funktionstheorie ein und machen die Zurechnungsoperation des § 14 StGB davon abhängig, ob die Delegation von Leitungsmacht dem Zurechnungsadressaten die Vornahme der Bankrotthandlung erst ermöglicht. Daran soll es fehlen, wenn die Bankrotthandlung, die der Organwalter begangen hat, ebenso gut von einem Dritten hätte verwirklicht werden können. Ob der Geschäftsführer einer GmbH, der statt des ihm ausgehändigten Schlüssels ein Stemmeisen benutzt, um das Garagentor zu öffnen, in dem der Oldtimer der GmbH steht, den es beiseite zu schaffen gilt, ein Bankrotteur ist oder aber „lediglich“ Untreue zum Nachteil der GmbH begeht, bleibt freilich eines der vielen ungelösten Rätsel dieser funktionalen Betrachtungsweise.

II. Kommentare/Handbücher/Festschriften

1. Heiko Ahlbrecht/Matthias Dann/Helga Wessing/Helmut Frister/Dennis Bock (Hrsg.): Unternehmensstrafrecht, Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag, 2015, C. H. Beck Verlag, 249,00 €, ISBN 978-3-406-69008-4.

Eine Festschrift für einen ausgewiesenen Experten des Wirtschaftsstrafrechts, der zudem häufig zum Insolvenzstrafrecht publiziert hat, lässt auf einige insolvenzstrafrechtliche Beiträge hoffen. Diese Hoffnung wird in der von *Heiko Ahlbrecht* u.a. herausgegebenen und *Jürgen Wessing* zum 65. Geburtstag gewidmeten Festschrift nicht enttäuscht.

a) Den Anfang machen *Hannah Milena Piel* und *Joachim Albert* mit ihrem Beitrag „Risikogeschäfte im Lichte der *business judgement rule*“ (S. 209-222). Zwar behandelt dieser Beitrag kein originär insolvenzstrafrechtliches Thema. Jedoch spielen Risikogeschäfte auch im Rahmen des § 283 StGB eine Rolle – so verbietet § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB die Vornahme von Spekulationsgeschäften, die den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zuwiderlaufen, während der Krise – und darf der Themenkomplex „Untreue durch Risikogeschäfte“ gestrost zum Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne gezählt werden, schon weil Risikogeschäfte im Falle ihres Fehlgehens und bei entsprechendem Volumen das gesamte Unternehmen in den Abgrund reißen können. Diese einleitenden Worte mögen genügen, sich im Rahmen eines insolvenzstrafrechtlich konnotierten Literaturüberblicks den Beitrag von *Piel/Albert* näher anzusehen.

Zunächst stellen *Verf.* ganz im Einklang mit der h.M. fest, der Geschäftsleiter müsse seine dem Vermögensschutz dienenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten evident missachtet haben, um bei Fehlgehen eines Risikogeschäfts in das Fahrtwasser der Untreue zu geraten (S. 219). Obschon die Annahme, wonach es Art. 103 Abs. 2 GG verbiete, bereits jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung als untreuerelevante Pflichtwidrigkeit zu klassifizieren, nicht unsympathisch ist, bleiben *Verf.* leider eine Antwort auf die Frage schuldig, wann eine die *business judgement rule* missachtende Pflichtverletzung evident pflichtwidrig ist bzw. umgekehrt gefragt, wann eine Pflichtverletzung, die die äußersten Grenzen des weiten Geschäftsleitungsermessens überschreitet, *nicht* evident pflichtwidrig ist. Um untreuerelevante von untreuerelevanten Pflichtverletzungen abzuschichten und damit dem *ultima-ratio*-Grundsatz Rechnung zu tragen, bietet sich ein Rekurs auf die grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung an, wie sie §§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 142 Abs. 2 Satz 1 AktG voraussetzen,

um bspw. einer Aktionärsminorität ein Klagezulassungsverfahren zu eröffnen (zu diesem Gedanken s. grdl. *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301 [312 ff.]). Auch die Voraussetzungen, unter denen eine missachtete Pflicht vermögensschützenden Charakter trägt, bleiben vage, zumal *Verf.* dem Geschäftsleiter, der Schmiergeldzahlungen tätigt, bereits wegen des Verstoßes gegen die solches Verhalten verbietenden Vorschriften einen untreuerelevanten Pflichtverstoß vorwerfen (S. 220 f.), obschon der *BGH* gerade die Bestechungstatbestände als Vorgaben eingestuft hat, die noch nicht einmal mittelbar dem Vermögensschutz dienen (*BGHSt* 55, 288 [299 ff.]). Auf der Linie der „AUB-Entscheidung“ lässt sich in solchen Konstellationen eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB nur annehmen, wenn der Geschäftsleiter durch die Schmiergeldzahlung zugleich seine satzungsmäßigen Pflichten missachtet hat (dazu *BGHSt* 56, 203, 211 f.).

b) Thematisch mit dem Aufsatz von *Piel/Albrecht* eng zusammen hängt der Beitrag von *Alexander Loos*, der „Die asymmetrische Akzessorität der Untreue“ zum Titel hat und sich ebenfalls mit den Auswirkungen der *business judgement rule* auf die Reichweite des Untreuetatbestandes beschäftigt (S. 275-282). Darin gelangt *Verf.* zu dem Ergebnis, von der *business judgement rule* seien nur solche Pflichtverletzungen nicht gedeckt, die evident fehlerhaft seien und den einzuhaltenden Pflichtenmaßstab grob fahrlässig missachteten (S. 279 f.). Angesichts dieses Verständnisses von der *business judgement rule* hält es *Verf.* nicht mehr für erforderlich, einen gravierenden aktienrechtlichen Pflichtverstoß zu fordern, um zu einer untreuerelevanten Pflichtwidrigkeit zu gelangen (S. 281 f.).

c) Ebenfalls kein originär insolvenzstrafrechtliches, gleichwohl aber mit dem Insolvenzstrafrecht verbundenes Thema behandelt *Heiko Lesch*. Sein Beitrag mit dem Titel „Zur Einwilligung bei der Untreue“ (S. 223-239) konzentriert sich auf die Frage, wer bei juristischen Personen dazu befugt ist, das den Untreuetatbestand ausschließende Einverständnis zu erklären. *Verf.* tritt der weit verbreiteten Ansicht, wonach bei der GmbH nur die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Willensbildungsorgan befugt seien, das tatbestandsausschließende Einverständnis zu erklären, entgegen und stellt sich auf den Standpunkt, auch der Geschäftsführer könne im Rahmen der ihm übertragenen Befugnisse Vermögensschädigungen durch Mitarbeiter der Gesellschaft konsentieren (S. 230 ff.). Ob freilich diese Position so deutlich von der h.M. abweicht, wie *Verf.* meint, ist äußerst zweifelhaft, sind es doch die Gesellschafter – wieder in ihrer Eigenschaft als Willensbildungsorgan – die den Befugnisumfang des Geschäftsführers *qua* ihres umfassenden Weisungsrechts letztverbindlich abstecken. Entgegen vereinzelt gebliebener gesellschaftsrechtlicher Stimmen steht dem GmbH-Geschäftsführer nämlich kein Kernbereich an Befugnissen zu, der der Disposition durch die Gesellschafter entzogen ist. Die „Konsentierungskompetenz“ des GmbH-Geschäftsführers ist also nicht mehr, als ein von den Gesellschaftern antizipiert erklärtes tatbestandsausschließendes Einverständnis.

Im Streit um die Frage, welche gesellschaftsrechtlichen Vorschriften einem tatbestandsausschließenden Einverständnis Grenzen setzen, nimmt *Verf.* einen vermittelnden Standpunkt ein. Während die weiteste Ansicht bei sämtlichen Verstößen, die zur Beschlussnichtigkeit führen, ein Gesellschaftereinverständnis verneint, gelangt die Rspr. sowie das ihr zustimmende Schrifttum immer dann zur Unbeachtlichkeit der Gesellschafterzustimmung, wenn diese gegen § 30 GmbHG bzw. das Existenzvernichtungsverbot verstößt und will die extreme Gegenansicht jeder Gesellschafterzustimmung tatbestandsausschließende Kraft zubilligen. *Verf.* hingegen stellt darauf ab, ob die Vorschrift, die die Gesellschafterzustimmung missachtet, vermögensschützenden Charakter hat. Nur dann gehe es an, der Gesellschafterzustimmung keine tatbestandsausschließende Kraft zuzubilligen (S. 235 ff.).

d) Den Auswirkungen des Insolvenzrechts auf das Steuerstrafrecht spürt der Beitrag „Die Masseunzulänglichkeit als Ersatz für die Zahlung im Rahmen einer strafbefreienden Selbstanzeige“ von *Horst Piepenburg* nach (S. 367-374). *Verf.* weist zunächst auf das Dilemma hin, in dem sich Insolvenzverwalter befinden, weil sie trotz oft mangelhafter bzw. nicht vorhandener Buchführung von den Steuerbehörden dazu angehalten werden, zeitnah ihrer Pflicht nachzukommen, die Steuererklärungen des Insolvenzschuldners abzugeben. Um nicht mit steuerstrafrechtlichen Ermittlungen überzogen zu werden, schlägt *Verf.* den Insolvenzverwaltern für den Fall der Fälle vor, sich durch eine strafbefreiende Selbstanzeige verknüpft mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu enthaften (S. 369 ff.).

e) Mit dem strafprozessualen Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO befasst sich der Beitrag „Die Pflicht zur ‚qualifizierten‘ Belehrung im Insolvenz(straf)verfahren“ von *Chri-*

stof Püschel (S. 753-759). *Verf.* stellt darin die Forderung auf, der auskunftspflichtige Schuldner müsse möglichst frühzeitig darauf hingewiesen werden, dass die ihn selbstbelastenden Auskünfte, zu denen ihn das Insolvenzrecht verpflichtet, in einem späteren Strafverfahren gegen ihn nicht verwendet werden dürfen. Zwei Wege nennt der *Verf.*, auf denen das Ziel, den Schuldner über den Inhalt des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu informieren, erreicht werden kann: Zum einen ließe sich erwägen, das Insolvenzgericht gemäß § 4 InsO i.V.m. § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu verpflichten, den Insolvenzschuldner auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO hinzuweisen (S. 755 f.). Zum anderen erwägt *Verf.* – sollte der Weg über § 4 InsO i.V.m. § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO keine Zustimmung finden – den Strafverfolgungsbehörden schon bei der ersten Vernehmung des Schuldners die Pflicht aufzuerlegen, diesen qualifiziert zu belehren, ihn also neben dem Hinweis auf sein Recht zu schweigen zusätzlich darüber aufzuklären, dass seine selbstbelastenden Auskünfte, die er im Insolvenzverfahren gemacht hat, gemäß § 97 Abs. 1 Satz. 3 InsO einem strafprozessualen Verwendungsverbot unterliegen (S. 756 ff.).

f) *Michael Bremen* nimmt sich schließlich mit seinem Beitrag „Irrlichtern zwischen Verfall und Insolvenzbeschlagnahme“ (S. 821-832) dem schwierigen Verhältnis der strafrechtlichen Rückgewinnungshilfe (vgl. §§ 111b ff. StPO) zu den insolvenzrechtlichen Regelungen (hier v.a. den §§ 35, 80 Abs. 1 InsO) an. Nach Auswertung neuerer Stellungnahmen aus dem Schrifttum (S. 825 f.) sowie der höchstrichterlichen und Instanzrechtsprechung (S. 825 ff.) gelangt er zu dem Ergebnis, dass Pfändungs- oder Arrestpfandrechte, die im Wege der Rückgewinnungshilfe am Tätervermögen begründet wurden, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortfallen, es sei denn, die Straftatgeschädigten haben insolvenzfest – also vor Eingreifen der Rückschlagssperre (§ 88 InsO) und ohne einen Anfechtungstatbestand zu verwirklichen (vgl. §§ 129 ff. InsO) – ein eigenes Pfändungspfandrecht an denen *qua* Rückgewinnungshilfe sichergestellten Gegenständen erworben (S. 830 ff.).

2. Thomas Fischer: Kommentar zum StGB, 63. Aufl. 2016, C. H. Beck Verlag, 89,00 €, ISBN 978-3-406-68260-5 und Karsten Schmidt (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, C. H. Beck Verlag, 199,00 €, ISBN 978-3-406-68250-6.

Prima vista mag es verwundern, unter einem Punkt so unterschiedliche Werke wie den „Fischer“ und den „K. Schmidt“ vorzustellen. Doch die Unterschiede sind geringer, als es der erste Blick suggeriert. Bei genauem Hinsehen sind es „nur“ die Rechtsmaterien und der Umstand, dass der „Fischer“ allein von *Thomas Fischer*, der „K. Schmidt“ hingegen von mehreren Autoren bearbeitet wird, die die beiden Werke voneinander unterscheiden. Ansonsten, das hat der *Rezensent* schon in früheren, hier erschienenen Literaturübersichten herausgearbeitet (WiJ 2014, 240 [245 ff.] und WiJ 2015, 126 [130 f.]), gelingt es beiden Kommentaren auf eindrucksvolle Weise, ihre Materie – *i.e.* einmal das Straf-, das andere Mal das Insolvenzrecht – auf wenig Raum mit hoher Informationsdichte darzustellen. Für den Insolvenzstrafrechtler ergibt sich aus der Existenz dieser beiden Werke ein doppelter Gewinn. Antworten auf Fragen des Insolvenzstrafrechts im engeren Sinne – Fragen also, die den Bankrott, die Gläubiger- und die Schuldnerbegünstigung betreffen – findet er meist – aber nicht immer (dazu sogl.) – im „Fischer“; Antworten auf Fragestellungen des für die Behandlung insolvenzstrafrechtlicher Fallgestaltungen unerlässlichen Insolvenzrechts im „K. Schmidt“. Trotz dieses rundum positiven Gesamteindrucks, sei Kritisches nicht verschwiegen: So findet sich im „Fischer“ zu den Auswirkungen, die das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) im Bankrottstrafrecht womöglich zeitigt – gedacht ist an die Frage, ob eine unzutreffende Sanierungsbescheinigung i.S.v. § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO bzw. die Nichtanzeige des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit entgegen § 270b Abs. 4 Satz 2 InsO den Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB erfüllt (dazu *Brand*, KTS 2014, 1 [22]) – nichts. Sehr knapp fällt die Kommentierung der äußerst komplexen Gläubigerbegünstigung (vgl. § 283c StGB) aus. Insbesondere das Problem, ob sich der GmbH-Geschäftsführer, der in der Krise „seiner“ GmbH den Gesellschaftern ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen zurückbezahlt, „lediglich“ gemäß § 283c StGB strafbar macht oder aber aus dem strengeren § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB haftet, bleibt unerwähnt (dazu jüngst *Brand/Brand*, GmbHR 2015, 1125 ff.). Im „K. Schmidt“ hätte man sich als Insolvenzstrafrechtler – und damit als jemand, der sicher nicht zur originären Zielgruppe dieses Werks gehört, das sei zuzugeben – eine umfassendere Darstellung der strafbaren Insolvenzverschleppung gewünscht. So wird die im Strafrecht intensiv geführte Diskussion um das „richtige“ Verständnis des „nicht richtigen“ Antrags zwar er-

wähnt, nicht aber umfassend nachgezeichnet. Das ist umso bedauerlicher, als gerade diese vielgescholtene Tathandlungsvariante womöglich geeignet ist, strafwürdiges, von den übrigen Varianten aber nicht erfasstes Verhalten zu sanktionieren (näher dazu *Brand*, KTS 2014, 1 [15 f.]). – Diese Kritik ändert aber nichts an der Einschätzung des *Rezensenten*, wonach diese beiden Werke in der Hand eines Insolvenzstrafrechtlers eine höchst weiterführende Symbiose eingehen und deshalb auf den Schreibtisch eines jeden gehören, der sich mit dem spannenden Feld des Insolvenzstrafrechts beschäftigt!

3. Holger Fleischer/Wulf Goette (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 3, 2. Aufl. 2016, C. H. Beck Verlag, 249,00 €, ISBN 978-3-406-66273-7.

a) Weil das GmbHG früher weit mehr Straftatbestände enthielt – gedacht sei nur an die Vorschrift der GmbH-Untreue (§ 81a GmbHG a.F.) sowie die Insolvenzverschleppung (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a.F.) – entspricht es bis heute guter Tradition, in den Vorbemerkungen zu § 82 GmbHG Fragen der Organuntreue sowie der Strafbarkeitsrisiken in der Gesellschaftskrise zu erörtern. Dieser Aufgabe hat sich im Münchener Kommentar zum GmbHG seit der ersten Auflage *Wolfgang Joecks* angenommen. Unter den Rdnrn. 18 ff. gibt *Verf.* einen umfassenden Überblick über die Fragen der Organuntreue zum Nachteil einer GmbH. Besonders ausführlich widmet sich *Verf.* dabei der Frage, ob die GmbH-Gesellschafter vermögensbetreuungspflichtig sind (Rdnrn. 45 ff.), der Reichweite eines von den Gesellschaftern erklärten tatbestandsausschließenden Einverständnisses (Rdnrn. 33 ff.), den Strafbarkeitsrisiken, die entstehen, wenn der Geschäftsführer den Gesellschaftern in der Gesellschaftskrise Darlehen zurückgewährt (Rdnrn. 97 ff., 176) sowie dem Gefährdungsschaden (Rdnrn. 66 ff.). Auch wenn man nicht sämtlichen Ergebnissen folgt, zu denen der *Verf.* gelangt – so teilt der *Rezensent* weder die unter Rdnrn. 37, 52 geäußerte Sympathie für die sog. Gesellschaftertheorie, der zufolge eine Zustimmung der Gesellschafter zur Schädigung des Gesellschaftsvermögens selbst dann tatbestandsausschließend wirkt, wenn die Schädigung in einem Verstoß gegen § 30 GmbHG oder das Existenzvernichtungsverbot besteht, noch die Ansicht, die Gesellschafter seien generell gegenüber „ihrer“ Gesellschaft nicht vermögensbetreuungspflichtig (Rdnr. 55) – enthalten seine Ausführungen zur Organuntreue die wesentlichen Informationen, derer man bedarf, um sich auf diesem Feld zu betätigen. Unter der Überschrift „Die GmbH in der Krise“ (Rdnrn. 134 ff.) behandelt *Verf.* sodann neben den Insolvenzstraftaten (Rdnrn. 155 ff.) die Beitragsvorenthaltung (Rdnrn. 182 ff.), den Betrug (Rdnrn. 135 ff.) sowie die Steuerhinterziehung (Rdnrn. 196 ff.) und gibt zu allen diesen Delikten einen knappen aber konzisen Überblick für die Konstellationen, in denen eine GmbH beteiligt ist.

b) Ein insolvenzstrafrechtliches Schmuckstück im Münchener Kommentar zum GmbHG bilden die von *Guido Wißmann* verantworteten, in der Kommentierung zu § 84 GmbHG versteckten Ausführungen (Rdnrn. 119 ff.) zur strafbaren Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4, 5 InsO). Umfassend und unter Auswertung der Rechtsprechung sowie eines Großteils des einschlägigen Schrifttums nimmt *Verf.* zu sämtlichen Fragen der Insolvenzverschleppung Stellung. Auch wenn nicht jede Lösung Zustimmung verdient – nach Ansicht des *Rezensenten* schließt das Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers die Annahme von Führungslosigkeit aus (anders Rdnr. 70) – kommt an dieser Kommentierung nicht vorbei, wer sich ernsthaft – praktisch oder wissenschaftlich – mit dem Tatbestand der Insolvenzverschleppung beschäftigt. Aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht kann deshalb der dritte Band des Münchener Kommentars zum GmbHG nur uneingeschränkt empfohlen werden!

Insolvenzstrafrecht

Leitender Obestaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Dennis Philipp Reschke, Untreue, Bankrott und Insolvenzverschleppung im eingetragenen Verein

Duncker & Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge Band 256, Berlin 2015, 99,90 €, zugleich Dissertation WS 2013/2014, Universität Konstanz

I.

1. Der eingetragene Verein, „Mutter“ aller juristischen Personen – das unbekannte Wesen! Dieser Diagnose will *Reschke* den Boden entziehen und untersucht zu diesem Zweck Probleme, die sich bei der GmbH und der AG stellen und dort rege diskutiert werden. Die Fülle des verarbeiteten Materials ist beeindruckend – ebenso die Kombination aus Denkvermögen und Phantasiebegabung. Alles, was dennoch nicht begeistert, ist demgemäß auf einem sehr hohen Niveau angesiedelt und erlaubt die Kritik vielfach gerade erst deswegen, weil *Reschkes* Darstellung nicht nur auf der Höhe der Zeit ist, sondern auch tief in noch nicht erschlossene Lücken leuchtet. Wer will es ihm verübeln, wenn er dabei nicht jede abgestellte Kiste angehoben, sämtliche Einzelteile betrachtet und für alles eine nach allen Seiten hin abgeklopfte Lösung präsentiert?

2. *Reschke* wählte eine Darstellungsform, die zumindest für Dissertationen ungewöhnlich ist. Er sah nämlich von isolierten Darstellungen sowohl des Rechts des eingetragenen Vereins als auch der untersuchten Tatbestände ab. Vielmehr skizzierte er die Vereinsstrukturen (noch dazu im Vergleich zwischen den §§ 21 ff. BGB und dem öffentlich-rechtlichen VereinsG) nur äußerst knapp (S. 33 – 39), Organe sind Mitgliederversammlung und Vorstand, wobei die Geschäftsführungsbefugnis delegationsfähig ist (S. 37 – 39), und widmete sich den tatbestandlichen Themen in Bezug auf ihre Relevanz für das Recht des eingetragenen Vereins. Diesen verlor er nie aus dem Blick, ohne jedoch seine Vorliebe für die spezifisch tatbestandlichen und über die Bedeutung für den Verein hinausragenden Fragen (v.a. bei der Untreue) zu verheimlichen. Die 240 Seiten des 2. Kapitels zu diesem Tatbestand gerieten ihm so zu einer monographischen Darstellung auch nahezu aller aktueller Fragen des § 266 StGB.

3. Der eingetragene Verein als Prototyp gemeinschaftlichen bürgerschaftlichen Engagements steht für *Reschke* als Synonym für das aus der Mode geratene Ehrenamt (S. 21). Interessant sind seine statistischen Angaben: Während sich die Insolvenzquote bei der GmbH auf 39,5 % belaufe, betrage sie beim Verein nur 0,8 % (S. 25), obwohl entfallende öffentliche Zuschüsse häufig das wirtschaftliche Ende des Vereins bedeuteten (S. 26). Eindrucksvoll fällt auch die Übersicht über das reale Handeln in Vereinsform aus: Den ADAC und Vereine der Fußballbundesliga mag noch jeder Leser kennen. Es erstaunt jedoch, dass zudem auch die Max-Planck-Gesellschaft ebenso wie die Bundespressekonferenz und die CSU als e.V. organisiert sind (S. 26 f.). In der Rechtsprechung entschiedene Fälle führen *Reschke* zu der Frage, ob nicht gerade die mangelnde Bezahlung der Funktionäre kleiner Vereine deren Selbstbedienungsmentalität fördere (S. 28 f.). Es wäre einer sozialwissenschaftlichen Untersuchung wert, diesen Informationen und ihren Ursachen einmal näher nachzugehen. Jedenfalls leitet die Frage nach der (Un-)Moral mancher Vereinsfunktionäre zwanglos auf die Darstellung der Untreue über.

II.

1. Vorangestellt ist quasi programmatisch für die nachfolgende Untersuchung die Beschreibung der näher zu betrachtenden Themen: Anwendbarkeit der business judgment rule, Einwilligungsfähigkeit und Entziehung der Gemeinnützigkeit als Nachteil (S. 32). Die Fragen nach der Verbraucherqualität des Idealvereins und dem Maßstab für ordnungsgemäßes Wirtschaften (S. 32, S. 143 und passim) weisen auf ihre Relevanz auch für den Bankrott (S.

317, aber auch 318 f.) hin. Die Befassung mit dem nicht eingetragenen Verein führt bereits zu einem Kernproblem der Untreue: Wiewohl zivilrechtlich trotz § 54 BGB eingetragener und nicht eingetragener Verein nahezu gleich behandelt würden, scheidet dies sub specie § 266 StGB deshalb aus, weil mit der h.M. anzunehmen sei, dass Rechtsträger des Vereinsvermögens beim nicht rechtsfähigen Verein nur die Mitglieder als natürliche Personen sein könnten, während ebenfalls mit der h.M. anzunehmen sei, dass die juristische Person e.V. selbst Rechtsträger sei (S. 33 – 37, 67 – 80). Nach einem Blick auf die mit dem BVerfG bejahte Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB (S. 40 – 56) und der Bejahung der Anwendbarkeit der Vorschrift auch im non-profit-Bereich (S. 56 – 67) wendet sich *Reschke* Vereinsspezifika wie der Vermögensbetreuungspflicht (S. 81 – 86) des Vorstands (S. 87 f.) und des Notvorstands, § 29 BGB (maßgeblich: Bestellungsakt, S. 88 – 95), besonderer Vertreter, § 30 BGB (S. 95 – 97), des Liquidators (S. 97 – 100), der einfachen Vereinsmitglieder (nur bei Übernahme von Aufgaben über die eigentliche Mitgliedschaft hinaus, S. 100 – 115), Mitarbeiter (S. 115) und faktischer Organe (differenzierend, S. 115 – 123) zu.

§ 4 des 2. Kapitels bildet unter Befassung mit dem Thema „Pflichtwidrigkeit“ einen Schwerpunkt der Arbeit. *Reschke* betrachtet aufgrund des Rechtsguts konsequenterweise nur die Verletzung vermögensbezogener Pflichten als relevant (S. 126 f. m. Fn. 482, 136 – 140). Als Quellen kämen Satzung, Mitgliederversammlung, Vertrag und die allgemeine Stellung in Betracht (S. 128 – 133). Vorteilsgewährung, § 333 StGB (S. 141), und Verstöße gegen die Gemeinnützigkeit (S. 142) verletzen nicht per se die Vermögensbetreuungspflicht gem. § 266 StGB, es sei denn, damit würden zugleich vereinsinterne Vermögensbetreuungspflichten verletzt (Ansatz entsprechend BGH, NJW 2012, 3797 f. – Kölner Parteispenden). Fragen des Risikogeschäfts stellten sich nicht nur bei Spielertransfers, sondern auch beim Betreiben von open-air-Imbissen im Hinblick auf Wetterunbilden (S. 143).

2. Die Anwendung der business judgment rule (S. 144 – 164) beschränkt *Reschke* zutreffend auf Entscheidungen mit Ermessenspielräumen (S. 147), während Verstöße gegen zwingende (vermögensbezogene) Regeln per se pflichtwidrig seien. Hinzuzufügen wäre noch, dass hierin kein Widerspruch dazu besteht, dass eine Vermögensbetreuungspflicht regelmäßig nur im Fall vorhandener Entscheidungsfreiheiten anzunehmen ist, weil sich die Bezugstat-sachen unterscheiden (Faustregel: „ob“ = frei; „wie“ kann auch gebunden sein). Die Domäne der business judgment rule stellten daher zukunftsbezogene Prognosen dar. So richtig wie dies ist, so wenig lässt sich daraus entgegen *Reschke* allerdings schließen, sie seien nicht justitiabel. Das gilt nämlich nur für sorgfaltsgemäß erstellte Prognosen, nicht hingegen für aus der Luft gegriffene oder lediglich wohlklingend bezeichnete persönliche Wünsche.

Die Befassung mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist informativ. Für den Gedankengang und das Ergebnis ausschlaggebend ist sie hingegen nicht, denn auch jenseits der Tatbestandsvoraussetzungen der business judgment rule ist die Pflichtwidrigkeit (ungebundener) Entscheidungen nicht präjudiziert (S. 146 mit Fn. 573). Jenseits der business judgment rule übernimmt nämlich das Ermessen die Funktion, die Straffreiheit jeder innerhalb des Spielraums liegender (sachgerecht getroffener) Entscheidung zu sichern. Der Zusammenhang zwischen den Grenzen rechtmäßiger Ausübung von Ermessen und der Frage nach der Notwendigkeit der Beschränkung der tatbestandsmäßigen Pflichtwidrigkeit auf gravierende Verstöße beschäftigt *Reschke* im nachfolgenden Teil (S. 164 – 185). Hier verrennt er sich jedoch: Das BVerfG hat das Restriktionspotential dieses Kriteriums bestätigt (BVerfGE 126, 170 ff., Rn. 111). Obwohl *Reschke* diese Ausführungen dahingehend überinterpretiert, der Senat habe es zu einem Verfassungsgebot erhoben (S. 165), sieht er sich nicht an seinem Fazit gehindert, die bisherigen Versuche seiner Interpretation und Anwendung seien mit verfassungsrechtlichen Anforderungen unvereinbar (S. 183). Den Grund dafür sieht er darin, dass das Zivilrecht selbst die nötige Höhenmarke normiere und es bislang nicht gelungen sei, eine rechtssichere zusätzliche Linie der strafrechtlichen Relevanz zu definieren.

Diese Analyse trifft zu. Richtig ist zudem, dass es keiner eigenständigen strafrechtlichen Höhenmarke bedarf, wo bereits das Sachrecht große Spielräume enthält. Ist bereits deren Überschreitung nur im Fall der Evidenz rechtswidrig, so ist nichts dagegen einzuwenden, denselben Maßstab auf das Strafrecht zu übertragen: Unvertretbares Handeln darf bestraft werden. Hier erfüllt bereits das Sachrecht das Anliegen, nicht gleich jeden kleinen Fehler mit Strafe zu bedrohen. Zivil- und Verwaltungs-, insbesondere jedoch das Finanz- und Sozialrecht begnügen sich allerdings nicht mit ausfüllungsfähigen Regelungen. Im Gegenteil, sie legen teilweise liebevoll ausdifferenziert in hoher Normendichte und von der Rechtspre-

chung noch zusätzlich ausgebaut durchaus vermögensbezogene Pflichten zwingend fest. Die undifferenzierte Pönalisierung der bloßen Verletzung irgendeiner derartigen Bestimmung würde tendentiell zu einem Volk von Vorbestraften führen! Hier ist es daher unbedingt erforderlich, zwischen Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit eine zusätzliche Hürde aufzubauen. Angesichts der Vielzahl heutiger Detailpflichten kann und darf es nicht sein, jeden zivil- oder verwaltungsrechtlich relevanten Verstoß zur strafbaren Handlung hochzuzucken. Das sieht *Reschke* nicht anders. Jedoch beugt die angesichts ihres zwingenden Charakters von ihm (S. 180) befürwortete restriktivere Auslegung des Sachrechts seitens der Strafjustiz nicht ausreichend vor: Auch eine bei aller Zurückhaltung bejahte Verletzung des Sachrechts bleibt eine solche und begründet das Verdikt der Rechtswidrigkeit. Nicht jede Missachtung einer dieser zwingenden Normen ist sub specie § 266 StGB aber für sich ausreichend gewichtig, um als strafbare Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden zu können. Nur Pflichtverletzungen in einem erheblichen Ausmaß sind strafwürdig. Das bedeutet, dass es – nur, aber gerade – jenseits von Entscheidungsspielräumen eines Schwerekriteriums bedarf, welches neben das Erfordernis des Vermögensbezugs tritt und nicht wie bei *Reschke* in ihm aufgehen kann.

Obwohl *Reschke* in seinem Befund insoweit uneingeschränkt zustimmen ist, dass es bislang nicht gelungen ist, eine rechtssichere Handhabung für ein Instrument zu entwickeln, welches die Relevanz sachrechtlich zwingend anzunehmender Pflichtverletzungen auf ihren strafwürdigen Kern reduziert, gilt es jedoch, sich dieser Aufgabe weiterhin zu stellen. Gelingen kann das vermutlich nur fallbezogen. Ob sich Generalisierungen definieren lassen, bleibt abzuwarten. Evidenz ist demnach zwar kein hartes Entscheidungskriterium, wohl aber ein Aspekt, der die Richtung weist, die die gewünschte Lösung dereinst verheißt.

3. Auf sehr hohes Niveau führt *Reschkes* Diskussion der Frage der Einwilligungsfähigkeit der juristischen Person in vermögensschädigende Handlungen z.B. seiner Repräsentanten (S. 185 – 228), innerhalb derer er zutreffend das Institut der Existenzvernichtungshaftung auch im Rahmen des eingetragenen Vereins für anwendbar hält (S. 204 – 227). Keine Probleme bereiteten im Hinblick auf die Einwilligung rechtmäßige Beschlüsse der Mitgliederversammlung: Da es keine „Mehrheitsgesellschafter“ gäbe, sondern jedes Vereinsmitglied nur über eine Stimme verfüge, reiche das Mehrheitsprinzip aus, selbst wenn man es für die AG nicht ohne Grund in Zweifel ziehe (S. 196 f.). Heikel wird es jedoch bei der Frage, ob auch rechtswidrige Beschlüsse einwilligenden und damit zur Strafflosigkeit führenden Charakter haben können. Der Lösung nähert *Reschke* sich in Anlehnung an die im Rahmen des § 283 StGB geführte (und von ihm später dort auch aufgenommene, S. 287 – 302) Diskussion über die an die Stelle der aufgegebenen Interessentheorie getretenen Kriterien zum Handeln „als“ Organ i.S. von insbesondere § 14 Abs. 1 S. 1 StGB. Das ist verdienstvoll, obwohl es *Reschke* nicht durchweg gelingt, die ineinander verwobenen Argumentationsstränge zu enthedern.

a) Für §§ 283, 14 StGB entwickelte im wesentlichen *Radtke* das sog. Zurechnungsmodell als Alternative zur Interessentheorie: Immer wenn der Repräsentant, Prototyp: der GmbH-Geschäftsführer, in dieser Funktion tätig wurde, handelte er „als“ Organ. Damit gelangt man im rechtsgeschäftlichen Bereich zu sachgerechter Abgrenzung, während es bei tatsächlichem Handeln nicht immer eindeutig ist, ob der Repräsentant als solcher oder wie ein beliebiger Dritter tätig wurde. Diese Schwierigkeiten versucht der das Zurechnungsmodell weiterentwickelnde organisationsbezogene Ansatz von *Christian Brand* zu verringern. Es ist auf § 283 StGB als Selbstschädigungsdelikt zugeschnitten und fragt zunächst danach, wann das Handeln eines Repräsentanten als solches der juristische Person zu gelten habe. Die Antwort entwickelte *Brand* für das Gebiet des tatsächlichen Handelns unter strikter Aktivierung der Lehre von der Zurechnung und gelangte zu dem Ergebnis, nur das Handeln des (z.B.) Organs, welches in den vom Gesetz vorgesehenen Formen und unter Einhaltung seiner Vorschriften geschehe, müsse sich die juristische Person zurechnen lassen.

b) Dieser organisationsbezogene Ansatz litt von Anfang an daran, dass er nicht nur, zumindest für den Bereich tatsächlichen Handelns, nahezu deckungsgleiche Ergebnisse wie die überwundene Interessentheorie zeitigt, sondern in letzter Konsequenz dazu führt, der juristischen Person die Fähigkeit zu rechtswidrigem Handeln, vielleicht sogar, aber dies bedürfte näherer Prüfung, auch auf rechtsgeschäftlichem Sektor, abzusprechen. Das jedoch ist weder einzusehen, noch lässt es sich mit z.B. § 30 OWiG vereinbaren: die Bestimmung sanktioniert die juristische Person selbst (obwohl auch in diesem Rahmen die Frage nach dem

Grund heftig diskutiert und z.T. mit Zurechnungserwägungen bejaht wird, die hier geführte Diskussion dort also partiell wiederkehrt).

Während es bei § 30 OWiG um die Beantwortung der direkten Frage geht, wann ein Verhalten einer natürlichen Person die (ordnungswidrigkeitenrechtliche) Verantwortung des Verbands auslöst, ist der strafrechtliche organisationsbezogene Ansatz komplexer, geht es doch dabei nicht um die repressive Haftung der juristischen Person, sondern um diejenige ihres Organs. Die Frage, unter welchen Umständen das Handeln eines Repräsentanten der juristischen Person zugerechnet werden kann, ist daher nur eine Vorfrage für die Ahndung der natürlichen Person. *Brand* hält sie wegen des Charakters des Bankrotts als Selbstschädigungsdelikt für zwingend beantwortungsbedürftig. Dem kann man nicht allein mit einer Kritik am Begriff widersprechen: bei Insolvenz einer natürlichen Person geschehen Verheimlichen und Beiseiteschaffen in aller Regel eigennützig, also gerade nicht schädigend. Maßgeblich ist für den organisationsbezogenen Ansatz aber nicht eine etwaige Schädigung, sondern dass der Schuldner selbst es ist, der handelt und die Tat begeht. Mit der schlichten Modifikation zum „Selbsthandlungsdelikt“ lässt sich die begriffliche Hürde also leicht überwinden.

c) Damit ist jedoch das inhaltliche Problem noch nicht gelöst. Ob und wie das geschehen kann, mag hier dahinstehen. Dass die juristische Person für inhaltlich rechtswidrige Beschlüsse ihrer Gremien einstehen muss, erscheint jedoch prima facie als nötig. Warum es bei tatsächlichem Handeln anders sein soll, ist demnach zumindest begründungsbedürftig. Jenseits des Bankrotts ist z.B. die Zurechnung von Produktschäden zum Unternehmen selbst auch nicht fraglich. Es ist demnach keineswegs zwingend, für den Bankrott auf eine naturalistische Parallele zum Handeln eines Menschen abzustellen. Auch das Versagen ihrer Organe und sonstigen Repräsentanten ist oder gilt als Versagen der juristischen Person. Allein damit erweist sich für den Bankrott als Selbsthandlungsdelikt die zweigliedrige Zurechnung i.S. des organisationsbezogenen Ansatzes noch nicht als unnötig – eine Prüfung der Erforderlichkeit dessen bedürfte vertiefter Untersuchung. Es zeigt sich jedoch, dass die Beschränkung der Zurechnung auf in jeglicher Hinsicht rechtmäßiges Handeln kein notwendiger Bestandteil des organisationsbezogenen Ansatzes ist. Sollte das zutreffen, so liegt die Erledigung der wesentlichen Aufgabe noch in der Zukunft: Kann der juristischen Person überhaupt rechtswidriges Handeln eines Repräsentanten zugerechnet werden – Bejahung des „ob“ – so bedarf es der Prüfung, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist – Klärung des „wie“. Vielleicht können Überlegungen aus den Rechtsinstituten der Anscheins- und Duldungsvollmacht, der Fahrlässigkeit, der Gefährdungs- und der Geschäftsherrenhaftung dazu fruchtbar gemacht werden, ggf. auch die Unterscheidung Wirksamkeit/Unwirksamkeit. Obwohl es gerade um die Frage der Zurechnung zum Verband geht, mag auch der Grundsatz in die Prüfung einfließen, dass Handeln des Organs Handeln der juristischen Person ist. Darin könnte eine Tür liegen, welche dem Repräsentanten eine gewisse Definitionsmacht eröffnet. Mag sein, dass sogar die Dogmatik der Schuldfähigkeit einschlägige Aspekte enthält, stellt doch das Strafrecht verschiedentlich trotz fehlender Schuldfähigkeit auf den natürlichen Willen ab.

d) *Reschke* schließt sich nicht nur für den Bankrott den Erkenntnissen *Brands* an (S. 287 – 302), sondern sie dienen ihm zudem als Ausgangspunkt für die Entwicklung eines Einwilligungsmodells in Schädigungen des eingetragenen Vereins. Strukturell kehrt auch hier die Zweigliedrigkeit wieder: Die Konsentierung seitens der juristischen Person, diesmal: Verein, ist bedeutsam für die Frage der Strafbarkeit des Repräsentanten. Während beim Bankrott allerdings die Zurechnung tatbestandsbegründend ist, führt sie sub specie § 266 StGB im Fall wirksamer Einwilligung zum Entfallen des Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit. Das betrifft jedoch lediglich die jeweiligen Folgen und stellt die strukturelle Vergleichbarkeit nicht in Frage. *Reschke* geht insoweit über *Brand* hinaus, als er Grenzen der Einwilligungsfähigkeit (Satzungs- oder sonstige Rechtsverstöße) bereits für rechtsgeschäftliches Handeln und Gremienbeschlüsse für relevant erachtet (z.B. S. 198). Er durchbricht den organisationsbezogenen Ansatz dann jedoch in pfiffiger Rechtsgutsbetrachtung: Nur die Verletzung vermögensschützender Bestimmungen hindere die Wirksamkeit der Einwilligung (S. 219 – 225).

e) Mit der Gleichsetzung von (hier auf Verstöße gegen vermögensschützende Vorschriften begrenzter) Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit bewegt sich *Reschke* innerhalb der strafrechtlich h.M. Im Zivil-, Verwaltungs- und Prozessrecht wird jedoch unterschieden zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. Regelmäßig geht es, zumindest in den von *Reschke* ange-

fürten Beispielfällen, nicht um Nichtigkeit, sondern um Anfechtbarkeit. Rechtswidrige Beschlüsse sind demnach zunächst wirksam und folglich kein juristisches Nullum. Demnach ist die strafrechtliche Gleichsetzung jedenfalls nicht selbstverständlich. Sie gilt auch repressivrechtlich nicht durchgängig; Straßenschilder müssen selbst dann beachtet werden, wenn sie rechtswidrig aufgestellt sind. Im Umweltrecht führt eine rechtswidrige Genehmigung zumindest nicht durchweg zur Bestrafung des von ihr Gebrauch machenden Bürgers. Verstöße gegen das Ausländerrecht sind zum Teil sogar bei korruptiv erwirkten Visa verneint worden. Eine (vermögens-)rechtswidrige Einwilligung in einem Beschluss der Mitgliederversammlung dürfte deshalb jedenfalls nicht in allen Fällen als strafrechtlich unwirksam behandelt werden. Ob sich das Organ hingegen auf die Wirksamkeit berufen kann, wenn es die (Vermögens-)Rechtswidrigkeit des Beschlusses kannte, ist eine ganz andere und i.E. zu verneinende Frage. Aber auch bei Gleichsetzung von Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit muss ein gutgläubiges Organ seine Bestrafung nicht fürchten, handelte es doch in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, der bei der Untreue nicht erst zum Entfallen der Rechtswidrigkeit, sondern bereits zum Verneinen des Tatbestands führt.

f) *Reschkes* Mut, inakzeptable Ergebnisse des auf die Untreue übertragenen Organisationsmodells, nicht einfach zu akzeptieren, die er aber im Rahmen des Bankrotts dann jedoch trotzdem hinnimmt (S. 299 – 302), verdient jede Anerkennung. Dass er allerdings überhaupt zu seinen intelligenten, nichtdestotrotz jedoch umständlichen Erwägungen veranlasst wurde, weist darauf hin, dass das Organisationsmodell selbst noch nicht das Ende der Überlegungen markiert.

4. Obwohl *Reschke* sich im Zuge seiner Befassung mit dem Nachteil auf die Frage konzentriert, ob der Entzug der Gemeinnützigkeit untreuerechtlich relevant ist, diskutiert er (wohl) sämtliche Themen, die nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 23.6.2010 (wieder) aktuell sind – erneut auf hohem Niveau. *Reschke* stellt im Block (in Abweichung seiner Handhabung für Verein und Straftatbestand, aber sehr hilfreich) die Regelung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit und ihre Vorteilhaftigkeit für den Verein dar (S. 233 – 240) und propagiert die Einheitlichkeit des Schadensbegriffs für alle Vermögensdelikte (S. 230 f.). Ausführlich prüft er, ob bereits die drohende Entziehung der Gemeinnützigkeit einen Schaden darstellt. Zu diesem Zwecke befasst er sich ausführlich mit der Gefährdung als Schaden und hält sie auch im Rahmen der Untreue für relevant. Den Einwänden dagegen tritt er souverän entgegen. Zwar normiere § 266 StGB im Gegensatz zum Betrug keine Versuchsstrafbarkeit, doch entfalte dies keinen Einfluss auf das Verständnis des Merkmals „Nachteil“ (S. 243, inkonsequent allerdings S. 266). Dass die Anerkennung eines Gefährdungsschadens nicht im Widerspruch zur fehlenden Strafbarkeit des Untreueversuchs steht, untermauert er mit dem Hinweis, der (tatsächlich denkbare) Versuch eines Gefährdungsbetrugs sei strafbar (S. 243 f.). Zudem sei es methodisch inkorrekt, die Weite der Tathandlung „Pflichtwidrigkeit“ mit einem zu engen Verständnis des Schadensbegriffs kompensieren zu wollen (S. 244). Das verstoße gegen das Verschleifungsverbot (ein kluger und im Ergebnis zutreffender Gedanke, wenngleich in Bezug auf das Verschleifungsverbot hier nicht wie sonst mit strafbarkeitsbeschränkender Wirkung).

Die Notwendigkeit der Anerkennung bereits der Gefährdung als Schaden folgert *Reschke* aus der Besonderheit des Rechtsguts Vermögen: Während andere Rechtsgüter (Leben, Gesundheit – von ihm statisch genannt, was sie im wahren Leben ja nun leider nicht sind, wenn auch aus anderen als Rechtsgründen) an Integrität erst aufgrund des Verletzungserfolgs einbüßen, vermindere rein tatsächlich bereits die Gefährdung den Wert des Vermögens (S. 245 f.) – eine gewiss zutreffende Analyse. Damit stellte sich nun aber die Aufgabe herauszufinden, unter welchen Umständen eine Gefährdung das Vermögen mindere (S. 250). *Reschke* sucht die Lösung zu Recht im objektiven Tatbestand, verwirft die bisherigen Ansätze mit Ausnahme desjenigen des Bundesverfassungsgerichts und gelangt auf diese Weise zum Quantifizierungsgebot (S. 254 – 256).

a) aa) Damit steht er nun vor der selbstgestellten Frage, wie hoch denn der Nachteil des Risikos der Entziehung der Gemeinnützigkeit für den Verein sei. Seine Antwort lautet, eine Quantifizierung sei unmöglich (S. 256 – 261). Damit hätte er diesen Teil der Überlegungen enden lassen können. Statt dessen wendet er sich der Reichweite des Quantifizierungsgebots zu und interpretiert das BVerfG innovativ dahingehend, dass die Notwendigkeit, den Nachteil zu beziffern, entgegen einigen (aller bisherigen?) Stimmen im Schrifttum nicht als allgemeingültig zu verstehen sei mit der Folge, dass ohne Quantifizierung notwendigerwei-

se freizusprechen sei (S. 262), sondern dass jenseits der Erfüllbarkeit des Quantifizierungsgebots der Platz für normative Überlegungen angesiedelt sei (S. 263 f.).

Der Ansatz, jenseits des Quantifizierungsgebots sub specie § 266 StGB nicht nur Straffreiheit zu propagieren, ist zutreffend. Diesen Befund jedoch der Rechtsprechung des BVerfG zu entnehmen, ist kühn. Gleichwohl bleibt der Gedanke richtig, dass überall dort, wo es keinen Marktpreis gibt, der Nachteil auf andere Weise bestimmt werden können muss. Oldtimer kosten heute so viel und morgen das Doppelte oder die Hälfte. Warum soll es zur Verurteilung nicht genügen, den Wagen zu beschreiben, wenn er pflichtwidrig verscherbelt wurde? Warum diese Art der Bestimmung des Nachteils allerdings eine normative sein soll, erklärt *Reschke* nicht und erschließt sich dem Rezensenten auch nicht. Das ändert allerdings nichts an dem Befund, dass die verbale Beschreibung des Nachteils eine ausreichend bestimmte und damit taugliche Alternative zur Quantifizierung in Geld darstellt. Der h.M. entspricht dies jedoch (noch) nicht.

bb) Auf der Suche nach der Antwort auf die Frage, was denn alles als Nachteil beschrieben werden könne und müsse, wird *Reschke* zum Befürworter des Unmittelbarkeitskriteriums in Form der Lehre *Saligers* (S. 267 – 276). Unmittelbar und damit tatbestandsrelevant ist danach nur eine automatisch oder aufgrund auf Null reduzierten Ermessens eintretende Folge (S. 273). Demgemäß verwundert weder das Lob für den 5. Strafsenat des BGH (BGHSt 54, 44 ff.), der in der Entscheidung zur Berliner Straßenreinigung erstmals auf die Unmittelbarkeit abstellte, noch die Schelte für den 1. Strafsenat, der es in der Entscheidung zur Kölner Parteispendenaffäre (BGHSt 56, 203 ff.) verwarf. Die Lösung sucht *Reschke* auch hier (und in Übereinstimmung mit *Brand*) in der objektiven Zuordnung (S. 270 f.).

(1) Im Ergebnis erweisen sich die Überlegungen *Reschkes* allerdings als auf Sand gebaut. Die Frage nach dem Unmittelbarkeitsgebot ist schon keine, die sich allein im Fall der beschreibenden Bestimmung des Nachteils stellt, sondern die beim Umfang der in die Quantifizierung einzubeziehenden Umstände genauso virulent ist. Schlicht falsch ist die Behauptung, es seien nur einige Autoren, die für die Nachteilsbestimmung auf den Zeitpunkt der Pflichtwidrigkeit abstellten (S. 277 m. Fn. 1302). Das ist vielmehr herrschende Meinung und einer der Eckpfeiler der Untreuedogmatik! Daran ändert es nichts, dass die Rechtsprechung sich der Konsequenzen nur teilweise bewusst ist und als Nachteil immer mal wieder auch das dem maßgeblichen Zeitpunkt nachfolgende Geschehen ansieht. Darüber mag man diskutieren – aber nur dann, wenn man bereit ist, das Abstellen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Pflichtwidrigkeit in Frage zu stellen. Das zeigen *Reschkes* Ausführungen sehr deutlich – wenngleich quasi auf den Kopf gestellt: sie beruhen auf der Maßgeblichkeit eines anderen (nicht näher ausgeführten) Zeitpunkts oder Zeitraums und behandeln die als solches nicht erkannte h.M. als quasi exotische Stimme.

(2) Mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt des letzten Teils des pflichtwidrigen Geschehens akzeptiert man jedoch unausweichlich, dass es auf alle nachfolgenden Entwicklungen nicht mehr ankommen kann! Sie sind gleichwohl juristisch nicht etwa irrelevant. Maßgeblich ist vielmehr, was zu erwarten steht. Dies kann nur im Wege einer Prognose festgestellt werden – muss es jedoch auch, denn alle spätere Entwicklung konnte der Täter nicht kennen, sondern nur erwarten oder anstreben. Wissen und Erwartung gilt es in tatsächlicher Hinsicht zu ermitteln und in ihren (potentiellen) Auswirkungen auf das betroffene Vermögen zu beschreiben. Ist es bereits aufgrund des vom Täter pflichtwidrig in Gang gesetzten Geschehens aktuell gemindert, so liegt darin der untreuerelevante Nachteil. Damit hat sich die Frage nach der Notwendigkeit des Unmittelbarkeitskriteriums als Scheinproblem herausgestellt: Es kommt nur auf die Verhältnisse zu einem einzigen Zeitpunkt an – dem letzten der Pflichtwidrigkeit. Noch ein „Problem“ hat sich damit zugleich in Luft aufgelöst: die Suche nach einem Restriktionskriterium beim Nachteil. Es handelt sich bei diesem Tatbestandsmerkmal um eine reine Rechengröße, welche irgendwelcher qualitativer Einschränkungen von vorn herein nicht zugänglich ist. Diese haben ihren Anwendungsbereich allein bei der Pflichtwidrigkeit. Deren Rahmen ist mit dem Abstellen auf Vermögensbezug und Schwerekriterium zutreffend beschrieben. Anschließend müssen die absehbaren Folgen für das Vermögen zur Feststellung des Merkmals Nachteil nur noch deskriptiv festgestellt und soweit möglich quantifiziert werden. Damit ist zugleich aber auch das Kriterium bezeichnet, welche Folgen überhaupt berücksichtigungsfähig sein können: nur die objektiv vorhersehbaren. Alles Zufällige, mit dem niemand rechnen konnte oder musste, ist daher bereits für den objektiven Untreuetatbestand irrelevant. Ob der Täter die absehbaren Folgen auch tatsächlich erkannt hat, ist demgegenüber eine Frage des Vorsatzes. Wiewohl sich damit etli-

che der aktuellen Diskussionsfelder als überflüssig erweisen, kann es mit Gewissheit nicht *Reschke* zur Last gelegt werden, dass er sich ihnen gestellt und nach immanent erträglichen Lösungen gesucht hat. Dass sie bestenfalls mit „Klimmzügen“ erreichbar sind, liegt nicht an *Reschke*, sondern an den verqueren Diskussionslinien.

b) Weil der Entzug der Gemeinnützigkeit nicht unumgänglich ist, lasse sich sein Drohen nicht nur nicht quantifizieren, sondern laut *Reschke* auch nicht bereits selbst als Nachteil beschreiben (S. 274 f.). Ob dies auf der Basis der von ihm geteilten Auffassung zutrifft, erscheint schon deshalb als zweifelhaft, weil sich der Verein darauf einstellen muss, also schon vor Rechtskraft des Entzugs Vermögensvorkehrungen für seinen Fortbestand treffen muss. Die Existenzvernichtungshaftung gilt – auch nach *Reschke* – im Rahmen des Vereins (S. 204 – 227, dazu oben II 3). Auch soweit er nicht buchführungspflichtig ist, bedarf es dafür einer Vorsorge wie im Fall der Bildung von Rückstellungen.

c) *Reschkes* Ergebnis – Straffreiheit – ändert sich spätestens in dem Moment, in dem der Entzug der Gemeinnützigkeit bestands- oder rechtskräftig wird. Damit sei der Nachteil eingetreten und der Tatbestand erfüllt (S. 277 f.). Mangels näherer Befassung mit der Quantifizierung ist anzunehmen, dass *Reschke* die Beschreibung dieses Nachteils für ausreichend erachtet. Das sei nicht kritisiert.

Hinzuweisen ist aber auf Umstände, die beide Ergebnisse, Straffreiheit des bloß drohenden bei Strafbarkeit des tatsächlichen Entzugs der Gemeinnützigkeit, als unstimmtig erscheinen lassen: Die Ungewissheit der tatsächlich eintretenden Rechtsfolgen ist es, die *Reschke* als Begründung dafür dient, dem erst drohenden Entzug die Untreuerelevanz abzusprechen. Der auf dem Ausnutzen vorhandener Spielräume beruhende Entzug soll demgegenüber nachteilbegründend wirken. Die Strafbarkeit lässt er demgemäß davon abhängen, wie großzügig der Steuerbeamte ist. Das aber kann der Täter überhaupt nicht beeinflussen. Die tatbestandliche Zurechnung einer Entscheidung eines Dritten, die so oder auch gegenteilig ausfallen kann, ist ersichtlich erklärungsbedürftig im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip. Sie geht zwar auf die Pflichtwidrigkeit des Täters zurück. Damit ist jedoch nur die schlichte Kausalkette i.S. der Äquivalenztheorie beschrieben. Die Berücksichtigung rein tatsächlich eingetretener Folgen ist zwar im Rahmen der Strafzumessung, § 46 StGB, zulässig. Das gilt aber nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres auch auf Tatbestandsebene.

Soll nicht gerade das von *Reschke* (eben für die beschreibende Feststellung des Nachteils, S. 267 – 276, dazu oben II 4 a bb) befürwortete Unmittelbarkeitserfordernis (u.a.) vor der strafrechtlichen Haftung für Entscheidungen Dritter bewahren? *Reschke* vermeidet einen Widerspruch, indem er diesem Erfordernis nur im Rahmen der Feststellung von Gefährdungschäden Bedeutung zumisst. Liegt es aber denn nicht in der Konsequenz des Anliegens der Befürworter dieses Restriktionskriteriums, dessen Anwendung auch auf Untreuefälle mit abgeschlossenem Sachverhalt (wie bei erfolgtem Entzug der Gemeinnützigkeit) zu bejahen? Hier zeigt sich die Unbrauchbarkeit sämtlicher Versuche qualitativer Einschränkung des Nachteilsbegriffs. Diese sich nicht ohne Grund in immer kleineren Verästelungen auswirkende und unnötig Verwirrung stiftende Dogmatik führte *Reschke* in eine Lage, in der er völlig zu Recht nach sinnvollen Auswegen suchte, die aber immanent gar nicht zu finden sind.

III.

Neben der bereits erwähnten Befassung mit dem organisationsbezogenen Ansatz prüft *Reschke* unter dem Gesichtspunkt des Bankrotts ausführlich dessen Übertragbarkeit auf den e.V. Dies bejaht er nach ausführlicher Prüfung (S. 311 – 320), obwohl „ein Gedankengang dahingehend, einen e.V. als Verbraucher i.S. der §§ 304 ff. InsO einzuordnen und ihn deswegen dem Anwendungsbereich des § 283 StGB zu entziehen, ohnehin keinen Sinn ergibt“ (S. 314, *Radtke* zitierend). Die Anwendbarkeit des § 283 StGB sei auch für die Alternative des Handelns bei Überschuldung nicht eingeschränkt, obwohl § 19 Abs. 2 InsO den Begriff des Unternehmens verwende – allerdings nicht im technischen Sinne und nur den Nachlass und die fortgesetzte Gütergemeinschaft aus seinem Anwendungsbereich ausklammere (S. 304 f.). Der aktuelle, zum Dauerrecht erhobene Überschuldungsbegriff komme den Vereinen sehr entgegen (S. 306). § 283 Abs. 1 Nrn. 5 und 7 StGB sei allerdings nur auf Groß- und sonstige Vereine mit einem Wirtschaftsbetrieb gem. dem steuerrechtlichen Nebenzweckprivileg anwendbar (S. 310 f.).

IV.

Im Hinblick auf die Insolvenzverschleppung, § 15a Abs. 4 InsO ist der Befund seit dem 1.7.2014 eindeutig: Die Strafvorschrift gilt nicht für Vereine. Für *Reschke* ist das aber nach wie vor nur für Idealvereine ohne Wirtschaftsbetrieb zweifelsfrei (S. 322 – 341). Bei kaufmännisch organisierten Großvereinen (S. 358 – 362) erkennt er eine Rechtsformverfehlung (S. 356), welche es an sich erlaube, sie als Kaufleute anzusehen, die im Hinblick auf die Maßgeblichkeit der insolvenzrechtlichen Vorschriften nicht der privilegierenden Norm des § 42 Abs. 2 BGB, sondern dem § 15a InsO unterfielen (S. 349 f., 354 und 356 f.). Nur der bei Schaffung des neuen § 15a Abs. 6 InsO zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Wille, Vereine insgesamt weiterhin allein dem § 42 Abs. 2 BGB zuzuordnen, lässt *Reschke* von seiner Befürwortung auch strafrechtlicher Einordnung von kaufmännisch organisierten Großvereinen als dem § 15a InsO unterfallend de lege lata Abstand nehmen und dies lediglich noch de lege ferenda befürworten. Seinen überzeugenden Argumenten kann man nur zustimmen.

V.

Das Fazit fällt nicht einheitlich aus: Auf der Basis der h.M. ist die Arbeit nicht nur äußerst material- und kenntnisreich, sondern zudem außerordentlich anregend, weil *Reschke* völlig zu Recht darauf besteht, sich mit unstimmen Ergebnissen nur dort zufrieden zu geben, wo er bei aller ihm erfreulicherweise eigenen Phantasie keine andere Alternative sieht. Seine überzeugende, an den Missbrauch der Rechtsform anknüpfende Differenzierung zwischen Ideal- und kaufmännisch organisiertem Großverein für geltendes Recht zu erklären, hat allein der Gesetzgeber mit seiner dem Vereinsprivileg verhafteten Einführung des § 15a Abs. 6 InsO verhindert. Sein Potential zu transzendenterem juristischen Denken setzte *Reschke* auch im dogmatischen Dschungel des § 266 StGB ein – nicht ohne, aber auch nicht mit überall durchschlagendem Erfolg. Dass er sich damit in einer Reihe vieler anderer namhafter Autoren wiederfindet, ist zwar schade, zeigt aber, dass ihm aus diesem Bedauern kein Vorwurf erwachsen darf. Für das Recht des eingetragenen Vereins entwickelte *Reschke* auf der Basis der immerhin partiell in Frage gestellten üblichen Untreuedogmatik für § 266 StGB, nachfolgend in aus Gründen geringeren Umstrittenseins weniger problematisierender Weise auch für § 283 StGB und für § 15a InsO, Lösungen, die dem Stand der aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion ebenso wie praktischen Notwendigkeiten jedenfalls weitgehend Rechnung tragen. Das ist trotz des Infragestellens mancher gleichwohl auf hohem Niveau angesiedelter Passagen weit mehr als sich von vielen anderen Dissertationen guten Gewissens sagen lässt!

Steuerstrafrecht

Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiesbaden

Markus Füllsack/Sebastian Bürger: Praxis der Selbstanzeige

Müller Heidelberg 2015, XXII, 222 S.

Im Vorwort ihres Buches weisen die Sindelfinger Rechtsanwälte *Prof. Dr. Markus Füllsack* und *Dr. Sebastian Bürger* darauf hin, dass infolge des Selbstanzeigebooms der letzten Jahre sowie der seit 1.1.2015 geltenden Neuregelung „Selbstanzeigebücher ... Konjunktur“ haben. *Dieses* Selbstanzeigebuch sticht heraus, indem es den Autoren gelingt, die Materie einerseits, praxisorientiert, den einzelnen Schritten bei der Begleitung des Mandanten nachzuempfinden (im Mittelpunkt steht das Mandatsgespräch), in diesem Gefüge andererseits, geglückt und ohne Verwerfungen, die steuerstrafrechtliche Materie dogmatisch klar geordnet und strukturiert zu schildern; konkretisierende Mustertexte im Anhang runden die Darstellung ab.

Nachdem sie im ersten einleitenden Kapitel die praktische Bedeutung der Selbstanzeige mit Zahlenmaterial (seit 2010 über 100.000 (!)) belegen und die aktuellen Neuregelungen synoptisch greifbar machen, skizzieren die Autoren im zweiten Kapitel zunächst kurz den – parallelen – Gesamtverlauf von Besteuerungs- und Strafverfahren bei Selbstanzeige, um dann die Variationsbreite der Fallkonstellationen, die dem Berater im Erstgespräch begeg-

nen können, in Fallgruppen geordnet zu schildern – nach den Kriterien der beteiligten Personen (eine/mehrere natürliche Personen/Gesellschaften), der betroffenen Steuerarten („reine Zinsfälle“ bezüglich Einkommensteuer, „Schwarzgeldfälle“, Erbschaft- und Schenkungsteuer-, sowie Umsatzsteuerfälle) sowie auch der psychischen Konstitution des/der Mandanten. Aus dieser Vielgestaltigkeit kann nur folgen, dass der Berater sich hinreichend Zeit nehmen sollte, mit dem Mandanten eine individuell passgenaue Strategie zu erarbeiten, deren Befolgung oder Nichtbefolgung indes selbstverständlich in der Entscheidung des Mandanten liegt. Im dritten Kapitel wählen die Autoren aus dem aufgezeigten Variantenspektrum Fallkonstellationen, die nach praktischer Erfahrung besonders häufig auftreten bzw. spezifische Charakteristika aufweisen, zu näherer Erläuterung aus, etwa Fälle des § 153 AO bei Erbschaft, „Betriebsprüfungsfälle“, Fälle mit internationaler Dimension und „Stiftungsfälle“. Die Darstellungen sind jeweils anschaulich, wo es sinnvoll ist exemplifiziert, und dabei sprachlich knapp und klar, so dass sie einen raschen Einstieg in das jeweilige Problemfeld ermöglichen.

Das mit 62 Seiten längste und inhaltlich gewichtigste vierte Kapitel beantwortet die praktischen Fragen, unter welchen Voraussetzungen und wie eine Selbstanzeige konkret anzufertigen ist, womit zugleich, in geglückter Verbindung, in der Art eines systematischen Kommentars die Voraussetzungen des § 371 AO abgehandelt werden. Zentral ist hier zunächst die Darstellung der inhaltlichen Anforderungen, wobei die Verfasser insbesondere die Bedeutung (großzügiger) Schätzungen zwecks Erreichung der nunmehr geforderten „Vollständigkeit“ hervorheben; um diese letztere auf den aufzuarbeitenden Zeitraum hin zu präzisieren, legen die Verfasser in instruktiver Weise die aktuellen Verjährungsvorschriften im Detail dar. Den folgenden sachlichen Schwerpunkt bildet der – zum 1.1.2015 erheblich modifizierte – Katalog der Sperrgründe; neben Ausführungen zu den traditionellen Sperrgründen gehen die Autoren sorgsam etwa auf die Überschreitung der 25.000.-€-Grenze sowie die Verwirklichung eines benannten schweren Falls ein (vgl. § 371 Abs. 2 Nr. 3, Nr. 4 AO); das Kapitel schließt mit praktischen Hinweisen zur Nachzahlungspflicht.

Nicht zwingend im Aufbau, indes inhaltlich ebenso instruktiv, ist die Darstellung „Wichtiger Sonderkonstellationen“ im fünften Kapitel: Es werden (der systematisch überzeugend im vorangehenden Kapitel nur angerissene) § 398a AO ausführlich erörtert nebst dem in taktischer Hinsicht wichtigen und dogmatisch in komplizierter Nähe zu § 371 AO stehenden § 153 AO, des Weiteren Beachtenswertes zur Selbstanzeige in Schenkungs- und Nachlassfällen sowie zur Fremdanzeige nach § 371 Abs. 4 AO. Das sechste Kapitel schreitet den Kreis der Rechtsfolgen einer Selbstanzeige aus, neben den straf- und steuerrechtlichen abrundend auch die disziplinarrechtlichen. Wenn die Autoren dieses Buches, ohne dass sie Risiken und Problemfelder beschönigen, einen angenehm unaufgeregten Stil pflegen, so gilt dies besonders für das abschließende siebte Kapitel. Die zweimalige gesetzliche Verschärfung der Anforderungen seit 2011 interpretieren sie als – begrüßenswertes – Bekenntnis zum Institut der Selbstanzeige als solchen und konzentrieren sich nüchtern auf die von der Praxis noch zu bewältigenden offenen Fragen der Neuregelung, wie etwa das Verhältnis von § 371 zu § 153 AO sowie Einzelfragen zu Sperrgründen und Nachzahlungspflicht. Mit bemerkenswerter – und überzeugender – Strenge gehen die Autoren hingegen mit § 398a AO ins Gericht, dem sie verfassungsmäßig fragwürdige Unbestimmtheit und, als Korrelat, vielfältige praktische Unklarheit, daher mangelnde Handhabbarkeit vorwerfen.

Wann, nach alledem, ist eine Selbstanzeige nach aktuellem Recht noch ratsam? Nur in „ausgewählten Bereichen“ könnten, so die Autoren, Anonymität und Straffreiheit als klassische Mandantenanliegen noch durch Selbstanzeige erreicht werden: einerseits in „einfachen“ punktuellen Fällen sowie hinsichtlich Materiallieferungs- und Nachzahlungspflicht überschaubaren und zu bewältigenden „Zinsfällen“; andererseits bei drohender großer finanzieller oder sozialer „Fallhöhe“ (Reicher oder Prominenter) oder wenn Untersuchungs- oder Strafhafte drohen. Die Masse der mittelschweren Fälle also ist es, bei denen zwischen Entdeckungsrisiko einerseits und finanziellen und sozialen Belastungen einer Selbstanzeige zuzüglich des Risikos ihres Scheiterns andererseits sorgfältig abzuwägen und gegebenenfalls gegen eine Selbstanzeige zu raten ist. Dass dieses Resümee dem Gesetzgeber zu denken geben sollte, steht auf einem anderen Blatt. Worauf der Berater in der Bandbreite der Fallkonstellationen zu achten hat, legen jedenfalls die Autoren dieses lehrreichen Leitfadens gestützt auf langjährige Beratungserfahrung dar, wobei sie sprachliche Klarheit und praxisorientierte Anschaulichkeit mit (in anderer praktisch ausgerichteter Literatur mitunter vermissender) dogmatischer Sorgfalt geglückt verbinden.

Internationales

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Ahlbrecht, Düsseldorf

Jiaru Liu: Strafbarkeit von Organmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen treuwidrigen Verhaltens in China

Duncker & Humblot, Berlin 2011, zugleich Dissertation Heidelberg 2010

Liu widmet sich mit der Strafbarkeit von Organmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen treuwidrigen Verhaltens in China einer Thematik, die wegen der zunehmenden Öffnung Chinas für ausländische Investoren und Unternehmen stetig an Bedeutung gewinnt. China ist mittlerweile die zweitgrößte Wirtschaftsation der Welt. Als solche kommt auch ihrem Wirtschaftsstrafrecht wachsende Bedeutung zu. Liu erweitert mit ihrem Werk den in englischer und deutscher Sprache vergleichsweise schmalen Literaturbestand zum chinesischen (Wirtschafts-)Strafrecht.

Das Buch beschäftigt sich in sechs Kapiteln umfassend mit der Strafbarkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats einer chinesischen Aktiengesellschaft nach – geltendem und in der Diskussion befindlichem – chinesischem Strafrecht.

Nach einer dissertationstypischen *Einführung* vermittelt die Autorin im zweiten Kapitel in gedrängter Form die *Notwendigen Vorkenntnisse*, indem sie die historische Entwicklung der Aktiengesellschaft in China sowie die besonderen Eigenschaften der chinesischen Aktiengesellschaft und deren Ursachen herausstellt. Eine wesentliche Besonderheit liegt in dem Umstand, dass oftmals der Staat der größte Aktionär chinesischer Aktiengesellschaften ist, der die Hauptversammlung und nicht selten auch (indirekt) den Vorstand und den Aufsichtsrat dominiert. Aufgrund dieser Situation greifen außerstrafrechtliche Mittel zum Schutz des Gesellschaftsvermögens, d.h. Mechanismen zur Kontrolle der Organe/Organglieder, nicht effektiv.

Im dritten Teil (*Die Strafbarkeit der Organmitglieder einer AG wegen pflichtwidrigen Verhaltens in China*) werden die einzelnen Tatbestände des chinesischen Strafgesetzbuchs dargestellt, die ein vorsätzliches treuwidriges Verhalten unter Strafe stellen. Ebenso wie im deutschen Recht besteht zwischen diesen Strafnormen und den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, die die Rechte und Pflichten der Organe bzw. Organteile festschreiben, ein enger Zusammenhang. In China ist die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gesetzlich normiertes oder ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der entsprechenden Tatbestände. Dementsprechend beginnt die Autorin dieses Kapitel zu Recht mit einer Darstellung der Funktionen der Organe und der gesellschaftsrechtlichen (Treue-)Pflichten der Organmitglieder. Die einzelnen Treue- und Sorgfaltspflichten werden für den Vorstand und den Aufsichtsrat im Detail dargestellt, Unterschiede bzw. Abgrenzungsfragen zwischen beiden Pflichtenstellung thematisiert sowie die daraus folgenden Implikationen aufgezeigt.

Hieran schließt sich die Darstellung der einzelnen Straftatbestände an, die ein treuwidriges Verhalten der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft unter Strafe stellen (§§ 169 Abs. 2, 165, 166, 169 Abs. 1, 272, 167, 168 chinesisches StGB). Dabei versteht die Autorin unter einem treuwidrigen Verhalten sowohl eine Verletzung der Treue- als auch der Sorgfaltspflicht. Der Darstellung jeden Tatbestands ist der Gesetzestext auf Deutsch vorangestellt. Schon dies ist für den Leser ein Gewinn, weil der Zugang zu den Gesetzestexten des chinesischen Strafgesetzbuchs in deutscher oder englischer Sprache schwierig ist. Dies insbesondere, weil die verschiedenen Übersetzungen oftmals in Nuancen voneinander abweichen – Feinheiten, die je nach Fall entscheidend sein können. Sodann widmet sich die Autorin der Entstehungsgeschichte der jeweiligen Norm. Die hier vorgenommene Darlegung von (in China medial beachteten) Beispielfällen aus der Praxis bzw. die Einordnung in den politisch-

kulturellen Hintergrund gewährt dem Leser einen dankenswert wenig europäischen Blickwinkel.

Inhaltlich wird jeder Straftatbestand gegliedert nach seinen Tatbestandsmerkmalen erörtert. Die jeweiligen Problemfelder werden unter einem gesonderten Gliederungspunkt behandelt. Diese getrennte Darstellung ermöglicht es dem Leser, sich zunächst einen Überblick über die Norm zu verschaffen und seine Kenntnisse im Anschluss gezielt zu vertiefen. Während die Autorin in einigen Punkten, insbesondere zu der fehlenden Differenzierung zwischen der Treue- und der Sorgfaltspflicht der Organglieder und der daraus resultierende Ausdehnung der Strafbarkeit unternehmerischer Entscheidungen, eine durchaus kritische Betrachtung der Rechtslage in China vornimmt, vermisst der Leser an mancher Stelle eine eigene Bewertung der Autorin zu einem Meinungsstreit bzw. einer Problematik.

Das vierte Kapitel beinhaltet eine ausführliche Erörterung der *Reformbedürftigkeit der Strafnormen bezüglich treuwidriger Handlungen der Organmitglieder im geltenden chinesischen Strafrecht und die Reformdiskussion im Schrifttum*. Als allgemeine, d.h. normübergreifenden Aspekte, die ein Reformbedürfnis begründen, benennt Liu den unzureichenden strafrechtlichen Schutz nicht-staatlicher Gesellschaften vor treuwidrigem Verhalten der Organglieder, die Gesetzgebungstechnik in China, die strengen Strafdrohungen, die mit der Strafbarkeitsvoraussetzung eines „gravierenden Vermögensverlusts“ einhergehende gesetzliche Unbestimmtheit der Strafnormen sowie die divergierende Bewertung von Verhaltensweise als treuepflichtwidrig oder pflichtgemäß im chinesischen Gesellschaftsgesetz und dem chinesischen StGB. Im Anschluss werden die Reformvorschläge des chinesischen Schrifttums dargestellt und bewertet, die sich in zwei Gruppen einteilen lassen: Der Auffassung, an der derzeitigen Gesetzeslage mit einer Mehrzahl von Tatbeständen festzuhalten, steht die Meinung gegenüber, die eine umfassende Untreuenorm nach dem Vorbild des deutschen § 266 StGB einführen will.

Mit Blick auf die letztgenannte Auffassung stellt das fünfte Kapitel eine *Rechtsvergleichende Betrachtung zu der Strafbarkeit der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft wegen treuwidrigen Verhaltens im deutschen Recht* an. Während der rein darstellende Teil zu den Tatbestandsmerkmalen des § 266 StGB und den dort bestehenden (bekannten) Problemen recht breit ausfällt, hätte man zu den Bezügen/Vergleichen mit dem chinesischen Recht gerne noch etwas mehr gelesen.

Interessant ist der im letzten Kapitel dargelegte eigene Reformvorschlag der Autorin, mit Blick auf die in Deutschland (verfassungsrechtlich) geforderte restriktive Auslegung des Untreuetatbestands in China eine spezielle Untreuenorm, konkret eine Organuntreuenorm, zu schaffen.

Insgesamt liegt der besondere Verdienst dieses Werks darin, dass es ein tiefergehendes Verständnis des chinesischen Strafrechtssystems ermöglicht. Um eine Strafnorm bzw. die – nicht selten gravierenden – Unterschiede zu seinem deutschen Pendant zu verstehen, ist die Kenntnis der gesellschaftlichen und rechtshistorischen Hintergründe vielfach unumgänglich. Ebendiese Einblicke in gesellschaftliche und politische Sichtweisen vermittelt Liu an vielen Stellen im Kontext ihrer Rechtsausführungen. Dadurch bringt sie dem Leser das Rechtsverständnis und die Strafrechtssystematik Chinas ein Stück weit näher.