

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder
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. Hans-Joachim Gerst
Dr. Tine Schauenburg
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Dr. Ulrich Leimenstoll
Norman Lenger
Prof. Dr. Nina Nestler
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

ISSN: 2193-9950 www.wi-j.de

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Christian Heuking und Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, beide Düsseldorf

Berufsneutrale Handlungen an der Grenze zur Beihilfe im Wirtschaftsstrafrecht

15757

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg

Kryptowährungen und Steuerstrafrecht – Erste Fingerzeige zu einer aufkommenden Thematik

171

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

Keine Steuerverkürzung durch Unterlassen i.S.v. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO bei Kenntnis der Finanzbehörde

17575

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

18383

Internationales

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M., beide Wien

WisteV-Länderbericht Österreich

187

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., vierte Ausgabe 2017

Liebe Leser der WiJ,

die aktuelle Ausgabe der WiJ zeigt einmal mehr und eindrucksvoll die große Bandbreite wirtschaftsstrafrechtlicher Themenkreise.

So widmen sich die Düsseldorfer Rechtsanwälte *Heuking* und *von Coelln* einem besonders sensiblen Thema. Konkret beinhaltet der Aufsatz eine Auseinandersetzung mit der in der Rechtspraxis relevanten und gerne vernachlässigten Frage, wann die Schwelle zur Strafbarkeit bei „berufstypischen Handlungen“ überschritten ist. Die *Autoren* stellen dar, wie sich die Rechtsprechung des BGH – der sich mehrfach mit der Frage der Strafbarkeit berufstypischer Handlungen zu befassen hatte – für die Beurteilung einer möglichen Strafbarkeit nunmehr an den allgemeinen, für die Beihilfe bestehenden Anforderungen orientiert. Die Darstellung enthält überdies eine Auseinandersetzung mit Strafbarkeitsrisiken für Steuerberater sowie Ausführungen zu Tätigkeiten ohne festes Berufsbild. Aus der beratenden Praktikersicht zu begrüßen ist insbesondere die von den *Autoren* festgestellte Tendenz des BGH, Verurteilungen aufzuheben, bei denen allein eine Bewertung der inneren Tatseite erfolgt ist. Es ist evident, dass diese äußerst praxisrelevante Rechtsprechung – auch unter Beachtung dieses wichtigen Beitrages – im Auge gehalten werden muss und sicherlich noch keinen Abschluss gefunden hat.

Mit der – themengegensätzlichen – Auseinandersetzung von *Gerst* zum dem Phänomen der Kryptowährungen (digitale Währungen) und den damit verbundenen (steuer-) strafrechtlichen Implikationen wird wieder einmal ein aktuelles Beispiel sichtbar, wie – wenn auch oft mit längerer Vorlaufzeit (der erste Tausch der Kryptowährung Bitcoin erfolgte bereits 2009) – gesellschaftliche Entwicklungen strafrechtlich (zu spät?) nachbereitet werden. Der Leser, der mit dieser Thematik nicht vertraut ist, findet bei *Gerst* eine sehr instruktive und anschauliche Darstellung zu einem Themengebiet, dessen praktische Relevanz absehbar ist.

An dieser Stelle sei – neben dem Hinweis auf die zahlreichen Rezensionen – an die WisteV-Neujahrstagung 2018 erinnert, die vom 18. bis zum 19. Januar 2018 in Frankfurt am Main stattfinden wird. Sie befasst sich diesjährig mit dem Thema „Wissenschaft Wirtschaftsstrafrecht? oder: Dazu habe ich keinen Fall“. Wer sich noch nicht angemeldet hat, sei hieran erinnert.

Abschließend wünsche ich viel Freude bei der Lektüre!

Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen

Inhaltsverzeichnis

Impressum

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

Vertreten durch LOStA Folker Bittmann, Rosemarie Helwig, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, 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., Kathie Schröder, 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. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Schauenburg, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Dr. Ulrich Leimenstoll, 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

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	157
Rechtsanwalt Christian Heuking und Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, beide Düsseldorf Berufsneutrale Handlungen an der Grenze zur Beihilfe im Wirtschaftsstrafrecht	157
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg Kryptowährungen und Steuerstrafrecht – Erste Fingerzeige zu einer aufkommenden Thematik	171
Entscheidungskommentare	175
Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz Keine Steuerverkürzung durch Unterlassen i.S.v. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO bei Kenntnis der Finanzbehörde	175
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	183
Internationales	187
Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M., beide Wien WisteV-Länderbericht Österreich	187
Rezensionen	195
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Wagner, Markus: Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts	195
Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Windsberger, Alexandra: Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht	198
Dr. Matthias Heiniger, Mutenz (CH) Sandra Flemming: Die bandenmässige Begehung, eine umfassende Darstellung der Bandenmässigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Kindern	202
Rechtsanwalt Fabian Jeremias, LL.M., Bielefeld „Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand – Herausgeber: Stefan Behringer	205
Rechtsanwalt Detlev Stoffels, Paderborn Andreas Armbrorst, Jihadi Violence - A study of al-Qaeda's media	209
Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln Andreas Mertens/Iris Stuff/Jörg Mück, Verteidigervergütung	212
Rechtsanwältin Dr. Clarissa-J. Berenskötter, LL.M., Dormagen Thomas Schneider / Carina Geckert, Verhaltensorientierte Compliance - Ansätze und Methoden für die betriebliche Praxis	214
Rechtsanwalt Dr. Udo Michalsky, St. Ingbert/Koblenz/Saarbrücken Kayser/Thole, Insolvenzordnung	216

Aufsätze und Kurzbeiträge

Allgemeines Wirtschaftsstrafrecht

Rechtsanwalt Christian Heuking und Rechtsanwältin Dr. Sibylle von Coelln, beide Düsseldorf

Berufsneutrale Handlungen an der Grenze zur Beihilfe im Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Die „Beihilfe zu einer Straftat“ erfasst weit mehr Fälle als das „Schmierestehen“ oder die Mitteilungs des vermutlich besten Tatzeitpunkts. Gerade im Bereich der Wirtschaft gibt es Grenzbereiche, in denen nicht auf den ersten Blick gesagt werden kann, ob jemand dem zur Tat entschlossenen Täter Hilfe im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB geleistet hat. In diesem Graubereich liegen auch die sogenannten „neutralen“ oder „berufstypischen“ Handlungen, die nach außen hin für sich genommen nicht weiter auffällig sind, aber doch einen Bezug zu einer Straftat haben. So ist die Beratung eines Kaufmanns durch einen Steuerberater weder ungewöhnlich noch per se anruehig oder gar strafbar. Dasselbe gilt für die Unterstützung eines kriselnden Unternehmens durch einen Sanierungsberater. In beiden Konstellationen, bei der steuerlichen Gestaltung unternehmerischer Tätigkeit wie in der wirtschaftlichen Krise von Unternehmen, gelten für die Verantwortlichen strafbewehrte Pflichten. Diese bergen, wenn der Kaufmann oder der Unternehmer tatgeneigt ist, für die Berater strafrechtliche Risiken.

Wann überschreitet „berufstypisches“ Verhalten rechtliche Grenzen und zieht eine strafrechtliche Haftung wegen Beihilfe nach sich? Um diese Frage und damit in der Praxis verbundene Herausforderungen soll es im Folgenden gehen. Anlass dazu gibt eine Reihe recht aktueller Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH), die hier gerade wegen ihrer vermeintlichen Konsistenz zu dessen älterer Rechtsprechung näher betrachtet werden sollen. Den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden allerdings die Rechtsfigur der Beihilfe im Allgemeinen (II.) und der psychischen Beihilfe im Besonderen (III.). Daran anknüpfend wird das „Phänomen“ der berufsneutralen Handlungen unter Beachtung aktueller Rechtsprechung diskutiert (IV.). Die hier vertretene These, dass sich die strafrechtliche Bewertung der berufsneutralen Handlungen den allgemeinen Grundsätzen annähert, soll mit Blick auf die Praxis anhand aktueller Urteile überprüft werden (V.).

II. Die „klassische“ Beihilfe

Nach § 27 Abs. 1 StGB wird derjenige als Gehilfe bestraft, der einem anderen vorsätzlich zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet, diese also (mit oder ohne Wissen des Haupttäters) unterstützt.¹

1. Anforderungen an eine aktive Gehilfenhandlung

Die Anforderungen an eine Beihilfehandlung sind nach der Rechtsprechung denkbar gering: Hierfür kommt jeder Beitrag in Betracht, der in Bezug auf die rechtswidrige Haupttat weder eine täterschaftliche noch eine Anstiftungshandlung darstellt² und die Haupttat irgendwie fördert. Für den Erfolg der Haupttat muss der Gehilfenbeitrag – so die ständige Rechtsprechung – nicht kausal im Sinne der *conditio sine qua non* sein.³ Eine Beihilfehandlung muss demnach die Haupttat nur ermöglichen, verstärken oder erleichtern.⁴ Dabei kann

¹ Joeck in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 27 Rn. 1.

² Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 1.

³ Vgl. etwa RG 58, 113; 67, 193; 71, 178; 73 54; BGH 2, 130; 54, 140; NJW 01, 2410; 12, 2293; NSTZ 04, 500; 08, 264; NSTZ-RR 09, 311. Aktuell etwa BGH NSTZ 2016, 39 [40].

⁴ RG 58, 113; BGH NSTZ 85, 318; 95, 28; StV 95, 524 (hierzu Harzer StV 96, 336); BayObLG NSTZ 99, 627; StV 00, 368; NJW 02, 1664 f.; OLG Düsseldorf StV 02, 312. A.A. die h.M. in der Literatur, s. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 20 Rn. 214 ff. m.w.N.

es sogar genügen, dass der Gehilfe Teil einer größeren Organisation ist, die sich zur Begehung einer oder mehrerer komplexer Taten gebildet hat.⁵

2. Beihilfe durch Unterlassen

Neben einem aktiven Hilfeleisten kann die Haupttat auch durch das Unterlassen eigentlich erforderlicher Maßnahmen zur Verhinderung bzw. Erschwerung des tatbestandlichen Erfolges gefördert werden. Dies setzt freilich voraus, dass der Gehilfe eine Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB innehat, aus welcher die Pflicht zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen resultiert.⁶

3. Zeitpunkt für die Gehilfenhandlung

In zeitlicher Hinsicht sind der Gehilfenhandlung denkbar weite Grenzen gesetzt: Sie kann bereits während des Vorbereitungsstadiums geleistet werden⁷ und ist selbst zwischen Vollendung und Beendigung der Tat noch möglich (st. Rspr.).⁸

Zeitlich wie inhaltlich ist sie sogar dann noch denkbar, wenn der Täter bereits vor Ankündigung oder Vornahme der Unterstützungshandlung voll umfänglich zur Tat entschlossen war.⁹ Auch beseitigt es die Strafbarkeit der Beihilfehandlung nicht, wenn diese zu einem Delikt geleistet wird, das für den Täter nur eine mitbestrafte Nachtat darstellt.¹⁰

4. Subjektive Anforderungen

Der Gehilfe muss seine Unterstützungshandlung vorsätzlich vorgenommen sowie Vorsatz bezüglich der von ihm geförderten Haupttat haben. Diese muss er nicht insgesamt und detailliert vorhersehen, vielmehr reicht es aus, dass er sie in ihren Merkmalen oder Grundzügen erkennt¹¹ und ihren wesentlichen Unrechtsgehalt erfasst hat.¹² Einzelheiten der Haupttat braucht er nicht zu kennen.¹³ Der BGH konkretisierte die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz jüngst wie folgt:

„Dem Bestimmtheitserfordernis des Teilnehmervorsatzes liegt letztlich die Annahme zugrunde, dass nur derjenige Teilnehmer ernstlich mit der Begehung der Haupttat rechnet, der bereits wesentliche Einzelheiten des Tatplans kennt. Für den Vorsatz des Teilnehmers sind diejenigen Tatumstände als wesentlich anzusehen, deren Kenntnis die Begehung der Haupttat hinreichend wahrscheinlich werden lässt. Die unterschiedlichen Teilnahmestrukturen, die verschiedene Nähe zur Tat und die differenzierten Strafdrohungen gebieten es, an den Gehilfenvorsatz andere Maßstäbe anzulegen als an den Vorsatz des Anstifters. Während der Anstifter eine bestimmte Tat, insbesondere einen bestimmten Taterfolg vor Augen hat, erbringt der Gehilfe einen von der Haupttat losgelösten Beitrag. Er strebt diese nicht notwendigerweise an, weiß aber oder hält es für möglich und nimmt jedenfalls billigend in Kauf, dass sich sein Handeln als unterstützender Bestandteil einer Straftat manifestieren kann. Beihilfe kann deshalb schon begehen, wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels geförderte Haupttat verübt wird.“¹⁴

Eventualvorsatz ist für den Gehilfenvorsatz in aller Regel ausreichend. Weiß der Gehilfe positiv oder hält er es für höchst wahrscheinlich,¹⁵ dass seine Hilfe dazu geeignet ist, die fremde Haupttat zu fördern oder zu erleichtern, spielt es noch nicht einmal eine Rolle, ob er den Erfolg der Haupttat wünscht oder ihn lieber vermeiden würde: „Unter dieser Voraussetzung ist der Vorsatz selbst dann nicht in Frage gestellt, wenn der Gehilfe dem Täter ausdrücklich erklärt, er missbillige die Haupttat.“¹⁶

⁵ BGH NJW 2017, 498 (500), mit Anm. Grünwald; vgl. auch Rommel NSTz 2017, 161, sowie Safferling JZ 2017, 255 [258].

⁶ Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 01.08.2017, § 27 Rn. 3a.

⁷ Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 01.08.2017, § 27 Rn. 7.

⁸ BGH NSTz 2000, 31; BGH wistra 2008, 20; BGH NSTz 2012, 264; BGH, NSTz 2013, 463; NSTz 2017, 465 [466].

⁹ BGH NSTz 2010, 171, mit Anm. Mosbacher NSTz 2010, 457 und Möller, StV 2010, 249.

¹⁰ Joecks, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, StGB § 27 Rn. 4.

¹¹ BGH NSTz 2017, 274.

¹² Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 01.08.2017, § 27 Rn. 18.

¹³ BGH NSTz 2016, 39 [40].

¹⁴ BGH NSTz 2017, 274 [275].

¹⁵ BGH NZWiSt 2017, 185 [186].

¹⁶ BGH NJW 2000, 3010. Im Ergebnis ebenso BGH, Urt. v. 09.05.2017 - 1 StR 265/16, BeckRS 2017, 114578.

III. Allgemeines zur sogenannten „psychischen Beihilfe“

Was unter dem Begriff der psychischen Beihilfe zu verstehen ist, erklärt sich beinahe von selbst: Der Gehilfe leistet einen Beitrag zur Tat, indem er seelisch, moralisch bzw. geistig auf den Täter einwirkt und auf diese Weise zum Taterfolg beiträgt.¹⁷

Psychische Beihilfe kann durch die Erteilung von zielgerichteten Ratschlägen oder Unterstützung bei der Planung geleistet werden. In diesen Fällen – etwa wenn der Gehilfe dem Täter erklärt, wie dieser den zentralen Tresor im Casino am schnellsten und auf dem sichersten Weg „knacken“ kann – ist die Strafbarkeit der Beihilfe anerkannt.¹⁸ Unabhängig von den auch hier bestehenden Beweisschwierigkeiten sind schwieriger diejenigen Fälle zu beurteilen, in denen der Gehilfe den Täter nur in dessen Tatentschluss bestärkt. So hat der BGH in einem Beschluss aus dem Dezember 2015 verdeutlicht, dass im Regelfall allein das Wissen um eine Haupttat unter gleichzeitigem „Nichteinschreiten“ für eine Beihilfe nicht ausreicht:¹⁹

„Jedoch setzt Beihilfe durch positives Tun einen durch eine bestimmte Handlung erbrachten Tatbeitrag des Gehilfen voraus [...]. Dies gilt in den besonders problematischen Fällen der bloßen Vermittlung eines „Gefühls der Sicherheit“ erst recht. Allein das Wissen um die Begehung der Haupttat genügt den Anforderungen an eine Beihilfe durch aktives Tun daher nicht. Auch Handlungen, die erkennbar nicht erforderlich oder nutzlos für das Gelingen der Tat sind, reichen nicht aus, um daraus eine Beihilfe zu entnehmen [...].“

Der konkludente Erklärungswert der Äußerungen beim Gespräch des Angeklagten V. mit der Angeklagten K. ging nicht darüber hinaus, dass der Angeklagte V. die Begehung der Haupttat zur Kenntnis genommen hat und nicht dagegen einschreiten wollte. Die Wirkung dieses Geschehens bestand auch nach Ansicht des Landgerichts vor allem im Unterlassen einer Strafanzeige durch den Angeklagten V. . Ist der Schwerpunkt seines Verhaltens aber in einem Unterlassen zu sehen, das mangels Garantenstellung im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB nicht strafbar ist, so darf dieses Ergebnis nicht dadurch umgangen werden, dass das Verhalten in eine nicht näher konkretisierbare und feststellbare psychische Beihilfe durch aktives Tun umgedeutet wird.“

Ganz problematisch schließlich ist die Frage, ob und inwieweit die bloße Anwesenheit des Gehilfen als „aktive“ Unterstützung des Haupttäters gewertet werden kann. Der BGH hat hier in diversen Urteilen deutlich gemacht, dass der Täter durch die Anwesenheit des potentiellen Gehilfen zumindest in seinem Tatentschluss bestärkt worden sein muss oder ein erhöhtes Sicherheitsgefühl verspürt hat.²⁰ Diese Bestärkung bzw. die Vermittlung eines entsprechend erhöhten Sicherheitsgefühls setzt jedenfalls eine – ggf. konkludente – kommunikative Einwirkung des Gehilfen auf den Haupttäter voraus, die dieser auch wahrgenommen haben muss.²¹

Folglich ist weder die „bloß einseitige Kenntnisnahme von der Tat“ für die Annahme einer psychischen Beihilfe ausreichend²² noch die bloße Anwesenheit bei der Tat ohne jegliches aktive Tun.²³ Wann jedoch eine psychische Unterstützung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB positiv angenommen werden kann, ist jeweils Tatfrage und hängt von der konkreten Konstellation des Einzelfalles ab.²⁴

IV. Das berufstypische Verhalten

1. Definition aus der Rechtsprechung und der Literatur

Unter dem Schlagwort der „Strafbarkeit berufstypischen Verhaltens“ geht es – ganz allgemein gesprochen – um Konstellationen, in denen ein Berufsträger seiner beruflichen Tätigkeit nachgeht, die für sich genommen unverdächtig ist, sich aber in der Straftat eines anderen niederschlägt. Begrifflich wird diese Konstellation auch beschrieben als sog. äußerlich „neutrales“, „berufsbedingtes“ oder „sozialadäquates“ Verhalten.

¹⁷ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 20 Rn. 225 m.w.N.

¹⁸ Vgl. Joecks, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 27 Rn. 39.

¹⁹ BGH NStZ 2016, 463 [463, 464].

²⁰ S. beispielsweise BGH NStZ-RR 2016, 136.

²¹ Vgl. etwa die Ausführungen in BGH NStZ 2010, 224 [225].

²² BGH NStZ 1993, 233; NStZ 1996, 563. Anders noch: BGH StV 1982, 517 m. Anm. Rudolphi.

²³ So u.a. BGH NStZ-RR 2016, 136; NStZ 1993, 385; 1995, 490; NStZ-RR 2007, 37; StV 2014, 474; StraFo 2010, 339 f.

²⁴ Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Auflage 2017, § 27 Rn. 15: „Die Strafbarkeit setzt genaue Feststellungen dazu voraus, wodurch die Tat in ihrer konkreten Gestaltung objektiv gefördert oder erleichtert wurde.“ Vgl. auch Ransiek, in: Kohlmann, Steuerstrafrecht, 58. Lfg. (September 2017), § 370 Rn. 176.

Die Frage nach der zutreffenden strafrechtlichen Grenzziehung wird zumeist anhand folgender Beispiele diskutiert: Macht sich der Waffenhändler strafbar, der nach eingehender Prüfung feststellt, dass der Kunde eine Schusswaffe zwar formal erwerben darf, diese aber nutzen will, um einen anderen zu töten? Wie verhält es sich mit dem Bäcker bei dem Verkauf eines Brötchens, das zum Zweck der Vergiftung eines Dritten erworben wird? Wie ist die Lieferung von Essen an die zu einem Banküberfall entschlossene Bande zu bewerten? Dass die jeweilige Tätigkeit für sich genommen unproblematisch ist und in aller Regel ohne (straf-)rechtliche Konsequenzen bleibt, liegt auf der Hand. Was aber gilt, wenn das Handeln der jeweiligen Berufsträger – wie hier – in einem sachlichen Zusammenhang zu einer Straftat steht und der Berufsträger dies weiß? Wie ist es zu beurteilen, wenn er es nicht weiß?

Vor dem Hintergrund der einleitenden Ausführungen zur strafbaren Beihilfe ist man zu fragen geneigt, ob und – wenn ja – wie die Tat durch das Verhalten des Berufsträgers hinreichend gefördert wurde und der Berufsträger gegebenenfalls insoweit mit dem notwendigen Wissen und Willen zur Tatbestandsverwirklichung gehandelt hat. An sich keine Besonderheit. Daher stellt sich weiter die Frage, ob es sich bei der Kategorie des berufsneutralen Verhaltens tatsächlich um eine besondere rechtliche und für sich diskussionswürdige Kategorie handelt oder nicht einfach um eine Kategorisierung von Sachverhalten, deren Behandlung grundsätzlich den allgemeinen Regeln folgt.²⁵

2. Begriffliche Schwierigkeiten

Immerhin lassen schon die bei der Umschreibung des Problems festzustellenden begrifflichen Divergenzen und Unklarheiten daran zweifeln, dass es ein konsistentes Verständnis des Problems gibt: Der Begriff des „berufsneutralen“ Verhaltens überspielt, dass nahezu jede Beihilfehandlung neutral sein kann²⁶ – warum sollte dies im beruflichen Umfeld anders oder besonders sein? Oder ist damit die Neutralität des Berufsträgers gemeint, die als „professionelle Distanz“ von der strafbaren „Solidarisierung“ abzugrenzen ist? Durch die Bezugnahme auf die Neutralität soll möglicherweise aber auch zum Ausdruck gebracht werden, dass das Verhalten seiner Art nach einer herkömmlichen und üblichen, also „typischen“ Tätigkeit²⁷ bzw. vielleicht sogar den Regeln des jeweiligen Berufszweiges entspricht²⁸.

Pflichtwidriges Verhalten kann einerseits nicht von vornherein aus der strafrechtlichen Betrachtung ausgeschieden werden. Andererseits ist ein berufsrechts- oder standesrechtswidriges Verhalten nicht allein deshalb strafwürdig oder auch nur strafwürdiger, weil es sich in der Straftat eines Dritten niederschlägt. Die Schutzrichtung beruflicher Regelungen gibt ein solch pauschales Ergebnis sicher nicht her. Schließlich: Was ist mit dem Unterlassen einer Handlung und der psychischen Beihilfe als Tatbeitrag?

Schon diese Fragen zeigen, dass bereits die kategorisierende Umschreibung reichlich Konfliktpotential birgt. An Antworten auf die gerade den Praktiker drängende Frage nach der Strafbarkeit des Verhaltens ist dabei noch gar nicht gedacht.

3. Tatsächliche Besonderheiten der unter dem Begriff diskutierten Fallkonstellationen

Im Unterschied zu sonstigen – also nicht berufsbezogenen – Konstellationen ist als tatsächliche Besonderheit hervorzuheben, dass der Berufsträger oft zufällig und auch arglos mit dem Täter und der späteren Tat in Verbindung kommt. Der Berufsträger dient sich dem Täter nicht von vornherein als Unterstützer an und der Täter fragt in der Regel auch nicht aktiv um Unterstützung zur Verwirklichung seines Tatplans. Erst im Verlauf des Kontaktes zum Täter stellt sich für den Berufsträger heraus oder deutet sich zumindest an, wo die Reise hingehet. Eine strafrechtlich relevante Verständigung ist dann – anders als in üblichen Fällen – allenfalls in konkludenter Form gegeben.

Eine weitere und zumeist intensiv diskutierte Besonderheit bilden die Fälle, in denen zwar von vornherein klar ist, was der Täter vorhat, sich der Gehilfe aber auf das generelle Erlaubtsein seines konkret umrissenen und auch typischen Handelns zurückzieht. In einem solchen

²⁵ BGH NZWiSt 2014, 139 (141): „Diese Grundsätze dienen im Wesentlichen der Begrenzung von strafbarem Beihilfe-unrecht bei Verhaltensweisen, „die der Ausführende jedem anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt.“

²⁶ Vgl. BGH NSTZ 2017, 337 [338] m. Anm. Kudlich.

²⁷ S. dazu für ausgewählte Bereiche unten V.

²⁸ Zu beruflichem Handeln durch unrichtigen Rechtsrat s. Kudlich NSTZ 2017, 339.

Sachverhalt die strafrechtliche Verantwortung des Gehilfen für das strafbare Verhalten des Täters zu ermitteln und zu bewerten, ist bei allem Bemühen um Dogmatik die im Einzelfall anhand des Gesetzes zu bewältigende Herausforderung.

4. Die Problematik

Zündstoff bieten die dem Bereich des berufstypischen Verhaltens zugeordneten Sachverhalte, weil der Gehilfenbeitrag im Verhältnis zur Haupttat oftmals nur von geringem Gewicht, für sich genommen ohne spezifischen Unrechtsgehalt und zumeist aufgrund des Berufsbezuges für den Haupttäter allgemein verfügbar ist. In der Praxis hört der Verteidiger an dieser Stelle schon des öfteren Sätze wie „Aber ich habe doch nur meinen Job gemacht.“ oder „Wenn ich das nicht gemacht hätte, hätte es ein anderer gemacht. Sollte ich jedes Verhalten so auf die Goldwaage legen müssen, könnte ich bald schließen.“

Angesichts des üblichen Verständnisses von der Beihilfe als der – nicht notwendig kausalen – Förderung einer fremden Tat, gelangt der betroffene Berufsträger schnell in den Bereich der Strafbarkeit. Die Diskussion ist daher insoweit vorgeprägt, als es – abstrakt-generell – um die Begrenzung der Strafbarkeit von Berufsausübung geht.²⁹

Die Notwendigkeit einer auf einer wertenden Betrachtung beruhenden Korrektur der Zurechnung beruflichen Verhaltens hat der BGH dem Grunde nach bereits 1962 erkannt und hierzu ausgeführt:³⁰

„Zu den allgemein als sozial üblich anerkannten Verhaltensweisen gehört das Ausschchenken und der Genuß alkoholischer Getränke in Gastwirtschaften. Er führt nicht selten zu körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen bis zur Grenze der rechtlichen Verantwortlichkeit und über diese hinaus. Wäre der Gastwirt, dessen Gewerbe im Ausschchenken geistiger Getränke besteht, für die Folgen, zu denen übermäßiger Alkoholgenuß seiner Gäste führen kann, allgemein strafrechtlich verantwortlich zu machen, so würde er in den meisten der Fälle auf dem Wege über die strafrechtliche Garantenpflicht gleichsam zum Vormund oder Hüter seiner Gäste bestellt. Mit Recht untersagt § 16 Abs. 1 Nr. 3 GaststG dem Gastwirt die Abgabe geistiger Getränke aber nur an Betrunkene. [...] Soweit aus dem Ausschchenken von Alkohol an Gäste, auch an Kraftwagenführer, die ihr Fahrzeug bei sich haben, Gefahren erwachsen, nimmt sie die Gesellschaft, was die Rechtspflichten des Gastwirts angeht, in erträglichen Grenzen in Kauf. Eine Rechtspflicht des Gastwirts zum Eingreifen kann, solange ein Gast noch, sei es auch eingeschränkt, rechtlich verantwortlich ist, weder im Sinne des Gastes liegen, noch im Interesse der Allgemeinheit, noch würde sie allen Interessen des Gastwirts gerecht, die er als Gewerbetreibender erlaubterweise berücksichtigen darf. Innerhalb dieses Rahmens braucht sich der Gastwirt daher rechtlich auch nicht darum zu kümmern, auf welche Weise der Gast heimzukehren gedenkt.“

Ähnlich verhält es sich in vielen anderen Konstellationen des übrigen Wirtschafts- und Zusammenlebens, wo das Primat der Eigenverantwortung gilt und dem Vertrauensgrundsatz entsprechend in der Regel jeder davon ausgeht – und auch ausgehen darf –, dass sein Gegenüber kein potentieller Straftäter ist.³¹

„Grundsätzlich ist (zwar) davon auszugehen, daß Bewußtsein und Wille eines Rechtsanwalts bei Erteilung eines Rechtsrats in der Regel darauf gerichtet sind, pflichtgemäß Rat zu erteilen, und nicht etwa darauf, eine Straftat zu fördern (...).“

5. Der eigene Standpunkt

Bei der Problematik der Strafbarkeit „berufsneutralen“ Verhaltens geht es nach dem hier zugrunde liegenden Verständnis weniger um einen privilegierenden Schutz oder um Kriterien für die Begrenzung oder Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit.³² Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen sollte die Sozialadäquanz beruflichen Verhaltens dem Grunde nach feststehen und grundsätzlich nicht weiter erläuterungs- oder gar begründungsbedürftig sein. Andererseits kann ein nicht mehr sozialadäquates Verhalten nicht allein deshalb privilegiert werden, weil es formal berufsrechtlichen Regeln entspricht oder noch allgemeiner im Rahmen beruflicher Tätigkeit stattfindet. Letztlich geht es vor allem darum, die strafbaren Sonderfälle zu ermitteln und von nicht strafbarer Tätigkeit abzugrenzen.

²⁹ Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 01.08.2017, § 27 Rn. 11.

³⁰ BGHSt 19, 152 (154 f.).

³¹ BGH NSTZ 2000, 34.

³² So Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 01.08.2017, § 27 Rn. 11; Putzke ZJS 2014, 635 [636], jeweils m.w.N.

6. Die Auffassungen zur Strafbarkeit des berufsneutralen Verhaltens

Im Zentrum der Diskussionen steht eine in der Rechtsprechung des BGH in einem Beschluss vom 20.09.1999 entwickelte Formel, die auf Roxin³³ zurückgeht. Diese Formel ist seither durchgängig Grundlage gerichtlicher Entscheidungen:

„Danach sind für die Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen „neutralen“ Handlungen die folgenden Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.“

Kudlich hat dieser Rechtsprechung vorgeworfen, keine vertiefende eigene Argumentationsbasis erarbeitet zu haben, sondern stattdessen ihre Grundsätze ohne nähere Begründung formuliert und angewendet zu haben³⁴. Der BGH hat sich dann immerhin für Bankgeschäfte näher mit den in der Literatur gerade dazu vertretenen Ansichten auseinandergesetzt³⁵ und die vorstehende Formel unverändert zur Grundlage seiner Entscheidungen gemacht.

Allerdings ist sie bei näherer Betrachtung keineswegs eindeutig: Die fehlende Klarheit des Ausgangspunktes und die mit der Anwendung verbundenen Probleme wurden bereits oben skizziert und sie werden in den Begründungen diverser Entscheidungen deutlich: In einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 hat der 4. Senat des BGH – wie auch sonst – die Auffassung vertreten, als Beihilfe komme jede Handlung in Betracht, welche die Tat irgendwie objektiv fördere.³⁶ Nur selten wurde das Verhalten der Angeklagten als Teil des objektiven Tatbestandes näher geprüft. Der BGH hat – wie in der Entscheidung i.S. Mannesmann/Vodafone – zumeist die subjektive Ebene als Bezugspunkt für die rechtliche Prüfung einer Begrenzung der Strafbarkeit betont³⁷. Dieses Vorgehen hat möglicherweise auch die Instanzgerichte dazu „verführt“, bei ihren Prüfungen die Frage der objektiven Zurechenbarkeit bzw. die Prüfung objektiver Kriterien – systematisch ohnehin bedenklich³⁸ – zugunsten eines Fokus auf den subjektiven Tatbestand zu vernachlässigen.³⁹ Allerdings hatte der BGH die objektive Ebene immer wieder, wenn auch nicht kontinuierlich, in Bezug genommen.⁴⁰ In jedem Fall ist offen geblieben, ob bei der Beurteilung berufsneutralen Verhaltens die Lösung auch auf der objektiven oder nur auf der subjektiven Ebene zu suchen ist.⁴¹

Diese Unklarheiten haben sich in den Entscheidungen der Instanzgerichte niedergeschlagen, die der BGH, wie unten unter V. noch zu zeigen sein wird, in sehr vielen Fällen aufgehoben hat, weil ihm Feststellungen zu dem Verhalten, das dem Berufsträger im jeweiligen Fall konkret vorgeworfen wurde, fehlten. Angesichts der Betonung der subjektiven Ebene durch den BGH selbst, sind diese Entscheidungen der Instanzgerichte freilich kaum erstaunlich.

7. Klarstellung durch den BGH selbst

Mit seiner Entscheidung vom 22.01.2014 hat der 5. Senat BGH in größerem Maße für Klarheit gesorgt und sein Verständnis von den berufsneutralen Handlungen sowie das daraus folgende Prüfungsprogramm wie folgt formuliert:⁴²

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind für die Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen „neutralen“ Handlungen die folgenden Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der

³³ Roxin, Strafrecht AT/II, 1. Auflage 2003, § 26 Rn. 218 ff.

³⁴ Kudlich, in: von Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand 01.08.2017, § 27 Rn. 10.

³⁵ BGHSt 46, 107 [109 ff.].

³⁶ BGH NSTZ 2001, 364.

³⁷ BGHSt 50, 331 dort allerdings nicht abgedruckt.

³⁸ Vgl. dazu eingehend Greco wistra 2015, 1 [2 f.].

³⁹ Siehe unten.

⁴⁰ BGHSt 46, 107 [113].

⁴¹ So auch Putzke ZJS 2014, 635 [636].

⁴² BGH NZWiSt 2014, 139 [141 f.] m. Anm. Bott/Orlowski.

Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (BGH, Beschl. v. 20.9.1999 – 5 StR 729/98, BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 20; BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107, 112 ff.; Schönemann in LK, 12. Aufl., § 27 Rn. 19).

Diese Grundsätze dienen im Wesentlichen der Begrenzung von strafbarem Beihilfeunrecht bei Verhaltensweisen, „die der Ausführende jedem anderen in der Lage des Täters gegen-über vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täter-unabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt“ (Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, S. 4; Schönemann aaO Rn. 17). Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen sich der fördernde Beitrag des Gehilfen bereits objektiv nicht als strafbare Beihilfe darstellt, und denjenigen, in denen subjektive Gründe einer Strafbarkeit entgegenstehen.

Aus objektiven Gründen kann eine strafbare Beihilfe zu verneinen sein, wenn dem Handeln des – um die bevorstehende Deliktsverwirklichung wissenden – Täters der „deliktische Sinnbezug“ (Schönemann aaO Rn. 18) fehlt, weil das vom Gehilfen geförderte Tun des Haupttäters nicht allein auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt (vgl. Schönemann aaO), der Gehilfe mithin zwar den Täter, nicht aber unmittelbar dessen strafbares Tun durch seinen Beitrag unterstützt.

Subjektiv besteht insoweit Anlass zu einer Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit, als der Außenstehende eine deliktische Verwendung seines Beitrags durch den Täter zwar für möglich hält – also mit dolus eventualis handelt – aufgrund des Alltagscharakters seines Tuns aber darauf vertrauen darf, dass der andere dieses nicht zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat ausnutzen wird (vgl. Schönemann aaO Rn. 19; näher zum Vertrauensgrundsatz Roxin, FS Tröndle, 1989, S. 177). In dem der Bundesgerichtshof in den Fällen, in denen der Hilfeleistende nicht weiß, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, die Strafbarkeit davon abhängig macht, ob das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch ist, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein lässt, wird sichergestellt, dass sich niemand durch bloße Mutmaßungen über die Möglichkeit einer strafbaren Verwendung von alltäglichen, sozial nicht unerwünschten Handlungen abhalten lassen muss.“

8. Bewertung dieser Klarstellung

Mit dieser Entscheidung hat der BGH auf den ersten Blick seine bisherige Linie konkretisiert. Bei genauerer Betrachtung aber hat er seinen ursprünglichen Ausgangspunkt verlassen. Denn es geht nun nicht mehr um eine voraussetzende Begrenzung eines grundsätzlich für strafwürdig erachteten Verhaltens, was nämlich der Kern der alten Prämisse und der in der Literatur geführten Diskussion war: Vielmehr geht es nun in erster Linie um eine auf der Ebene des objektiven Tatbestandes liegende Gesamtbewertung des Tatgeschehens und der Überprüfung des Handelns des Berufsträgers darauf, ob es sich mit hinreichendem Gewicht und einer zu missbilligenden Weise im Taterfolg niedergeschlagen hat.

Dieses Vorgehen kann man als unbestimmt kritisieren und auch monieren, dass sich der BGH damit die Möglichkeit offenhalte, jedes ihm nicht passende, gleichwohl aber stimmige Tatgerichtsurteil aufzuheben, was erhebliche Abgrenzungsprobleme berge, wie Putzke⁴³ meint. Die Möglichkeit der Aufhebung der Instanzentscheidungen besteht allerdings – nahezu – immer. Immerhin birgt die nun im – neuen – ersten Schritt auf der objektiven Ebene zu suchende Lösung eine höhere Stringenz i.S. der allgemeinen Lehren. Zweitens ermöglicht das Vorgehen eine auf die objektiven Kriterien bezogene Auseinandersetzung mit dem äußeren Tatgeschehen anstelle einer vorschnellen Verlagerung der Tatbewertung auf die Ebene des Vorsatzes. Angesichts des Umstandes aber, dass der BGH vor allem in der Vergangenheit eine Vielzahl von Instanzentscheidungen aufgehoben hat, durch die die Berufs-

⁴³ So Putzke ZJS 2014, 635 [639].

träger verurteilt wurden, weil nur die innere Tatseite beurteilt wurde, schafft der BGH mit diesem Ansatz auch ein Mehr an beruflichem Freiraum und damit an Sicherheit.

Unklar bleibt jedoch der Bezugspunkt für die hier – immer noch – von dem BGH angesprochene „Solidarisierung mit dem Täter“. Diesen Gedanken hat der BGH – soweit erkennbar – bislang zweimal in Entscheidungen herangezogen⁴⁴. In beiden Fällen wurden die Angeklagten verurteilt. Der Gedanke der „Solidarisierung mit dem Täter“ hatte dabei stets nur im Fazit, nie aber in der Prämisse eine Rolle gespielt, er war also nie entscheidungserheblich. Er beruht auf einer die Strafwürdigkeit erläuternden Formulierung Roxins:⁴⁵ „(...) das Tun verliert dann seinen Alltagscharakter und ist als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten.“ Diese Wendung fasst die hinter der Prüfung stehenden Wertungen treffend zusammen, weil sie einerseits eine grundsätzlich strafwürdige Nähe und andererseits einen Mangel an professioneller Distanz zum Ausdruck bringt. Die Formulierung birgt allerdings die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts.⁴⁶ Die Bewertung des Gehilfenhandelns als Ausdruck vorhandener oder fehlender Solidarisierung mit dem Täter kann daher die Überlegungen immer nur abrunden, sie jedoch nie begründen.

9. Fazit

Betrachtet man den aktuellen Stand der Rechtsprechung zur Strafbarkeit berufsneutralen Verhaltens, so ist aufgrund der Entwicklungen der Rechtsprechung zur Beihilfe im Allgemeinen und aufgrund der Entscheidung vom 22.01.2014 festzustellen, dass sich die Grundsätze zunehmend „normalisieren“, indem sich die strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens von Berufsträgern zunehmend den allgemeinen Grundsätzen annähert. Dies ist zu begrüßen, weil die Rechtsanwendung damit systematisiert wird. Verbunden ist damit auch ein – ebenfalls zu begrüßender – anderer Blick auf das Verhalten der Berufsträger: Indem schon auf der Ebene des objektiven Tatbestandes das Verhalten kritisch gewürdigt wird, dürfte sich in Zukunft ein – noch – höheres Maß an Rechtssicherheit einstellen. Zugleich wird damit eine Art Entkriminalisierung bewirkt.

V. Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung

Die Bedeutung und die Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung wurden hier bereits mehrfach betont. Die folgenden Fälle mögen dies belegen und auch einen das Verständnis schärfenden Eindruck davon geben, wie die Rechtsprechung berufliches Verhalten in verschiedenen Fallgruppen beurteilt. Gerade für den anwaltlichen und den steuerberatenden Bereich liegen neuere Entscheidungen vor, die es auch im Hinblick auf die zuvor zitierte Entscheidung des BGH vom 22.01.2014 zu würdigen gilt. Ungeachtet dessen zeigt schon die Anzahl der in der jüngeren Vergangenheit entschiedenen Fälle, dass das berufliche Verhalten der im Bereich der Wirtschaft tätigen Berater zunehmend in den strafrechtlichen Fokus gerät. Dies gilt auch für Berufe, die kein typisiertes Bild haben, auf die abschließend eingegangen wird.

1. Anwaltliche Tätigkeiten

Rechtsanwälte werden in verschiedenen Zusammenhängen für Mandanten, seien es Unternehmen oder Einzelpersonen, tätig. Für die zutreffende Bewertung ihrer jeweiligen Tätigkeit als strafbare Beihilfe kommt es zunächst darauf an, diese konkret zu erfassen. Dies hat der BGH in verschiedenen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht. Denn je nach Tätigkeit galten und gelten unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe.

a) Gegenständliche Betrachtung

Der BGH differenziert allgemein zwischen berufstypischen Handlungen und sonstigen Tätigkeiten. Dabei ist der Ausgangspunkt für eine – nach dem Verständnis des BGH – privilegierende Betrachtung stets das erteilte Mandat⁴⁷:

„Nach den Urteilsfeststellungen erbrachte die Angeklagte alle in Rede stehenden Leistungen aufgrund einer Beauftragung als Rechtsanwältin. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend ausgeführt hat, sind die vom Landgericht festgestellten lediglich abstrakt um-

⁴⁴ BGHSt 46, 107 [114] und BGH NStZ-RR 2001, 241 [242].

⁴⁵ Roxin, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Auflage 1993, § 27 Rn 19.

⁴⁶ Zu diesem Vorwurf Roxin, Strafrecht AT Teil 2, 1. Auflage 2003, § 26 Rn. 245, m.w.N.

⁴⁷ BGH NZWiSt 2017, 362 [366] m. Anm. Beyer.

schriebenen Aktivitäten der Angeklagten (Vertretung gegenüber dem Finanzamt und anderen Behörden, Tätigkeit als Zeugenbeistand, Erstellung von Musterformularen etc.) allesamt dem Spektrum berufstypischer Handlungen zuzuordnen.“

Für sein Verständnis als berufstypisch hat der BGH an anderer Stelle⁴⁸ erkennen lassen:

„Allerdings ist die Erstellung der Broschüre durch den Angeklagten – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – nicht von vornherein lediglich als (straßloser) Rechtsrat eines Rechtsanwalts im Rahmen seiner Berufsausübung anzusehen. Die Tätigkeit des Angeklagten ging über eine nur "neutrale" anwaltliche Rechtsberatung hinaus (vgl. zur Tätigkeit eines Notars: BGHR StGB § 266 Abs. 1 Beihilfe 3).“

Und noch weiter führte der BGH zur Tätigkeit eines Notars aus⁴⁹:

„Danach war er zunächst mit rein notariellen Aufgaben betraut (Beurkundung einer Generalvollmacht ...); in der Folgezeit wurde er jedoch vermehrt in die (...) Vermögensanlageplanungen einbezogen. (...) Bei dieser Sachlage war der Angeklagte nicht mehr der Außenstehende, der darauf vertrauen konnte, sich bei seiner notariellen Tätigkeit im Rahmen eines erlaubten Risikos zu bewegen. Er überschritt vielmehr das ihm berufstypisch erlaubte Risiko und ließ sich die Förderung der "erkennbar tatgeneigten Täter" (...) angelegen sein" (...). Aufgrund der ihm bekannten Umstände hätte er die Mitwirkung beim Vertragsabschluß vielmehr mit Blick auf seine Berufspflichten (§ 14 Abs. 2 BNotO) versagen müssen.“

b) Zwischenergebnis

Schon bei der Frage, welches Verhalten eines Berufsträgers strafrechtlich beurteilt werden soll, ist eine differenzierte Betrachtung geboten. Diese ist an den für den Berufsträger geltenden gesetzlichen Regelungen als erster Ausdruck dessen zu messen, welches Verhalten die Allgemeinheit erwartet und für angemessen hält.

Dies ist für den Notar noch relativ einfach möglich, weil das Berufsbild vergleichsweise eng und die Pflichten konkret bestimmt sind. Für den Anwalt ist Ausgangspunkt die Unterscheidung zwischen der Beratung und Vertretung (vgl. § 2 BRAO). Die Rechtsgestaltung, sei es mit einer ausdrücklichen oder einer – wie bei der Vertragsgestaltung – mittelbaren Verhaltensempfehlung ist jedenfalls dann noch der „berufstypischen“ Beratung zuzuordnen, wenn und soweit diese i.S.d. Stellung eines Rechtsanwaltes unabhängig vorgenommen wird. Davon ausgehend ist im konkreten Fall zu fragen, ob die jeweilige Tätigkeit noch im Rahmen dessen liegt, was mit Blick auf die Rechtsposition des Mandanten und des Anwaltes objektiv angemessen und akzeptabel ist.

c) Vertretung durch eine Rechtsanwältin

Mit einer umfassenden Tätigkeit durch eine Rechtsanwältin hatte sich der BGH⁵⁰ zu befassen. In der Ausgangsentscheidung hatte das LG die Angeklagte wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung zu einer Haftstrafe verurteilt. Die Angeklagte war dauerhaft und umfassend für ein Unternehmen des Schrotthandels tätig. Unter Einschaltung von Strohmännern und unter Verwendung von Vollmachten praktizierte das Unternehmen schon vor der Mandatierung ein Handels-Modell, das den Vorsteuerabzug ermöglichte. In der Folgezeit haben die Unternehmensverantwortlichen weder das Modell noch dessen Umsetzung der Angeklagten gegenüber offen angesprochen. Die Angeklagte ging offenbar davon aus, dass das Modell legal war, riet zur Durchführung einer Außenprüfung und erstellte Gutachten, in denen sie das Modell für zulässig erklärte. Erst viel später, als die Steuerfahndung Ermittlungen aufgenommen hatte, reifte die Erkenntnis, dass das Verhalten der Mandantin steuerstrafrechtlich kritisch war. Die Angeklagte vertrat und verteidigte ihre Mandantin gleichwohl auf der bisherigen Linie und setzte diese selbst dann noch fort, als einer der Geschäftsführer von einem anderen Anwalt auf die seines Erachtens bestehende Strafbarkeit des Verhaltens hingewiesen wurde.

⁴⁸ BGH NStZ 2000, 34.

⁴⁹ BGH wistra 1999, 103.

⁵⁰ BGH NZWiSt 2017, 362.

Der BGH hob mit Beschluss vom 21.12.2016⁵¹ die Verurteilung auf. In den Gründen bezieht sich der 1. Senat auf die Entscheidungen des 5. Senats vom 22.01.2014⁵² und moniert die Feststellungen zum Tatvorwurf:

„Das Landgericht verhält sich schon nicht dazu, in welchen Handlungen der Angeklagten es die Tatbeiträge sieht, mit denen die Angeklagte die Steuerhinterziehungen von U. und B. unterstützt haben soll. Es verweist lediglich abstrakt auf deren „sonst dem Bereich der allgemeinen Anwaltschaft zuzuordnenden Aktivitäten“. Damit löst sich die vom Landgericht vorgenommene Prüfung des Tatvorsatzes rechtsfehlerhaft von konkreten Anknüpfungspunkten im Verhalten der Angeklagten.“

Zudem stünden die Tätigkeiten in einem typischen Zusammenhang mit dem beruflichen Verhalten. Die an die Begründung des Vorsatzes zu stellenden Anforderungen hatte das LG nicht erfüllt.

Obwohl der 1. Senat in dem der Prüfung zugrunde gelegten Obersatz auch die Entscheidung des 5. Senats zitiert hat, ist er auf die Frage nach dem „deliktischen Sinnbezug“ der Tätigkeit nicht näher eingegangen. Die bereits eingangs zitierte Passage aus dem Urteil, in der das Gericht auf das der Beklagten erteilte Mandat verweist, das die Grundlage ihres Handelns war, indiziert, dass der BGH bei anwaltlicher Tätigkeit sehr zurückhaltend ist bei der Annahme eines – objektiven – deliktischen Sinnbezugs. Zu Recht: Wie sonst könnte anwaltliche Tätigkeit in ihrer auch rechtsstaatlich bedeutsamen Funktion wahrgenommen werden? Hier gilt nichts anderes als für die Strafbarkeit wegen Geldwäsche durch die Annahme von Honoraren.⁵³

Allerdings hätte die in Bezug genommene Entscheidung des 5. Senates hier durchaus Anlass gegeben, die Feststellungen des Landgerichts gerade mit der Begründung aufzuheben, dass schon auf objektiver Ebene hohe Anforderungen an ein strafbares Verhalten anwaltlicher Tätigkeit zu stellen sind, wenn deren Tätigkeit typisch mandatsbezogen ist, also gegenüber dem Rechtsuchenden „professionell“ erbracht wird. Dass hier vor allem auf den fehlenden Vorsatz abgestellt wird, wird der notwendigen objektiven Beurteilung „typischer“ anwaltlicher Tätigkeit nicht gerecht.

d) Forderungsschreiben

Ein Rechtsanwalt hatte für einen Mandanten gegen dessen Versicherungen vorprozessual Ansprüche aus fingierten Unfällen geltend gemacht. Zu einer Auszahlung von Versicherungsleistungen kam es in beiden Fällen nicht. Das Landgericht war überzeugt, dass dem Angeklagten, nachdem er in zwei vorausgegangenen Fällen jeweils Schreiben der Versicherungen erhalten hatte, in denen diese die Auszahlung der erhobenen Forderungen wegen fehlender Plausibilität und Kompatibilität der Schäden verweigerten, die Betrugsabsichten der Mandanten bewusst waren. „Um im hart umkämpften Anwaltsmarkt keinen Mandanten zu verlieren“, sei der Angeklagte jedoch weiterhin bereit gewesen, für die Mitangeklagten tätig zu sein.⁵⁴ Der BGH hielt die durch das Landgericht getroffenen Feststellungen für nicht hinreichend. Ein Wissen um die intendierte Straftat sei nicht belegt:

„Das mehrfache Auftreten von Ersatzansprüchen der Eheleute T. innerhalb von mehr als drei Jahren hätte zwar Anlass sein können, an der Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche zu zweifeln, das Wissen um die Nichtberechtigung der Ansprüche folgt daraus – auch mangels näherer Auseinandersetzung des Landgerichts mit den Abläufen in der Kanzlei des Angeklagten und seiner Vorstellung über die Beschäftigung der Eheleute T. – indes nicht. Der Beweiswert der ablehnenden Schreiben der Versicherung lässt sich angesichts der kargen Feststellungen hierzu nicht beurteilen.“

Zu einer näheren Auseinandersetzung mit den Grundsätzen berufsneutralen Verhaltens gelangt der Senat hier nicht, da er die instanzgerichtlich getroffenen Feststellungen moniert. Nachdem der 1. Senat auch hier die Entscheidung des 5. Senats vom 22.01.2014 zitiert, hätte sich angeboten, bereits auf der objektiven Ebene klarzustellen, das Abfassen von Forderungsschreiben an eine Versicherung für sich genommen bereits objektiv für ein strafbares Verhalten ausscheidet, weil es speziell in Ausübung des erteilten Mandats erfolgte. Anders

⁵¹ BGH NZWiSt 2017, 362 [366].

⁵² BGH NZWiSt 2014, 139.

⁵³ BVerfG NZWiSt 2015, 469 m. Anm. Raschke.

⁵⁴ BGH NSTZ 2017, 461.

kann dies nur beurteilt werden, wenn weitergehende – objektive – Umstände festgestellt werden, auf die sich – subjektiv – Wissen und Wollen des Angeklagten bezogen haben. Immerhin gibt das Gericht folgenden Hinweis:

„Das neue Tatgericht wird jedoch die dem Angeklagten vorgeworfenen Beihilfehandlungen umfassend in objektiver und subjektiver Hinsicht zu überprüfen und hierzu insgesamt neue Feststellungen zu treffen haben.“

e) Forderungseinzug

Anzusprechen ist an dieser Stelle noch kurz die bereits mehrfach zitierte Entscheidung des 5. Senats vom 22.01.2014⁵⁵. Diese betrifft zwar nicht genuin anwaltliche Tätigkeiten, aber den Lastschrifteinzug durch einen Anwalt, wobei die entsprechenden Forderungen durch einen Telefonverkäufer betrügerisch erlangt worden waren:

In einem Telefonat mit den Tätern hatte der Angeklagte geäußert: „Wenn ich die Zahlen alleine zugrunde lege, die Statistiken, die wir haben ... Wenn ich diese Quoten nehme, dann weiß ich, dass Sie negativ verkaufen und dass da auch ganz schlecht verkauft wird.“ Das LG hat auf diese Äußerung sowie auf die dem Angeklagten bekannten statistischen Werte der Rücklastschriftquoten das Wissen um die Haupttat und auf den Umstand, dass ohne den Lastschrifteinzug die Haupttat nicht möglich gewesen wäre, die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum versuchten gemeinschaftlichen Betrug gestützt. Der BGH hielt die durch das LG in Bezug genommenen Grundsätze zur Strafbarkeit berufsneutralen Verhaltens für falsch angewendet⁵⁶:

„In objektiver Hinsicht stehe der „deliktische Sinnbezug“ des in der Durchführung des Lastschrifteinzugs liegenden Beitrags des Angeklagten außer Zweifel, weil das Handeln der Haupttäter nach den insoweit rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts ausschließlich auf die Begehung von Betrugstaten abzielte.“

Die Feststellungen belegen jedoch nicht das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen einer strafbaren Beihilfe. Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich das betrügerische Geschäft der W. angelegen sein lassen, weil er gewusst habe, dass das Risiko zahlreicher nicht gerechtfertigter Abbuchungen nicht nur extrem hoch gewesen sei, sondern bei 100 % gelegen habe, beruht auf einer nicht ausreichend tatsächengestützten und daher unzureichenden Beweiswürdigung.“

f) Fazit

Der BGH legt für die Strafbarkeit – zu Recht – hohe Maßstäbe an. Die jüngsten Entscheidungen lassen erkennen, dass auch der 1. Senat die von dem 5. Senat vorgenommene und zu begrüßende Würdigung der bzw. Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Elemente(n) aufgegriffen hat. In der Sache gilt, dass jedenfalls bei einer mandatsbezogenen und typischen anwaltlichen Tätigkeit eine strafbare Beihilfe fernliegt. Je weiter der Anwalt gestaltend und steuernd in das operative Geschehen eingreift, desto näher rückt er an die Grenze der Strafbarkeit.

2. Steuerberatung

Der Steuerberater leistet nach § 32 Abs. 1 StBerG geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen. Er ist also hauptberuflich Gehilfe – wenngleich die Vorschrift dabei sicherlich kein Hilfeleisten im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB im Blick hat. Vielmehr haben die Steuerberater „die Aufgabe, im Rahmen ihres Auftrags ihre Auftraggeber in Steuersachen zu beraten [...] und bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten Hilfe zu leisten“, § 33 S. 1 StBerG. Man darf also grundsätzlich unterstellen, dass der Steuerberater sich bei der Wahrnehmung seiner Tätigkeit rechtmäßig verhält.

Wo aber verlässt entweder der Auftrag als solcher den legalen Bereich oder der Steuerberater diesen bei der Erfüllung seiner an sich rechtmäßigen Aufgabe?

⁵⁵ BGH NZWiSt 2014, 139.

⁵⁶ BGH NZWiSt 2014, 139 [141].

a) Abgabe unrichtiger Steuererklärung – Honorarsplitting

In diesem durch den 1. Senat des BGH in 2014 entschiedenen Fall⁵⁷ hatte das LG einen Steuerberater zu einer Haftstrafe verurteilt, weil dieser Beihilfe zur Steuerhinterziehung geleistet haben soll. Seine Mandanten waren Ausländer, die in Deutschland selbständig tätig waren. Ihre Leistungen rechneten sie gegenüber ihren Auftraggebern über eine Abrechnungsagentur ab, die ihnen einen Teil des Geldes auf ein inländisches und den anderen Teil auf ein ausländisches Konto überwies. Von dem Honorarsplitting hatte der Angeklagte zunächst keinerlei Kenntnis. Aufgrund der Angaben seiner Mandanten fertigte er deren Steuererklärungen für den auf Deutschland entfallenden Lohnanteil. Später erfuhr er von dem Honorarsplitting und dem Ziel der Steuerverkürzung, ohne aber Informationen über die Höhe der ins Ausland geleisteten Zahlungen zu haben.

Der 1. Senat des BGH hob die Verurteilung – für das vorliegende Ziel bedauerlich – bereits auf die Verfahrensrüge des Angeklagten hin auf, weil das LG einen Beweisantrag zu Unrecht übergangen hatte.⁵⁸ Widersprüchlich seien zudem die Feststellungen des Landgerichts zum Gehilfenvorsatz gewesen. Die von dem BGH entwickelten Grundsätze zum berufstypischen Verhalten hatte das LG allerdings – soweit erkennbar – nicht herangezogen, so dass der 1. Senat für die Neuverhandlung einen entsprechenden Hinweis gegeben hat. Dabei bezieht er zwar die Entscheidung des 5. Senats vom 22.01.2014 in den Hinweis ein, beschränkt sich inhaltlich aber auf die Wiedergabe lediglich des ersten Absatzes zum Prüfungsprogramm, also die ursprüngliche Definition, ohne dabei auf die Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Ebene näher einzugehen.

In objektiver Hinsicht wäre hier in Umsetzung der durch den 5. Senat vorgegebenen Linie von Bedeutung, ob der Steuerberater eine Beihilfe dadurch leistete, dass er eine von ihm im Rahmen der Möglichkeiten zutreffend vorbereitete Steuererklärung abgegeben hat, deren Unvollständigkeit er dem Grunde nach zwar erkennt, die er aber mangels Kooperationsbereitschaft des Steuerpflichtigen inhaltlich nicht vervollständigen kann. Sollte man dies unter Würdigung auch der sonstigen objektiven, den Sachverhalt prägenden Umstände annehmen, wozu auch Überlegungen des Alternativverhaltens gehören können,⁵⁹ dann wäre die Grenze zur Strafbarkeit objektiv überschritten. Hatte der Steuerberater hinreichende Kenntnis, wofür je nach Fallgestaltung *dolus eventualis* genügend wäre, so wäre eine Verurteilung naheliegend.

b) Einreichung unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen – Umsatzsteuerkarussell

Hinweise darauf, wie der BGH die vorstehend umrissene Frage beantwortet, lassen sich der Entscheidung des 1. Senats vom 22.07.2015⁶⁰ entnehmen. In dem Fall ging es um Umsatzsteuervoranmeldungen im Zusammenhang mit Emissionszertifikaten. Der als Haupttäter angeklagte Geschäftsführer hatte gegenüber seinen Steuerberatern Umsatzsteuerzahlungen als Vorsteuer geltend macht, obwohl er wusste, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatzsteuerkarussell beteiligte. Die ebenfalls angeklagten Steuerberater hatten zwar keine Kenntnis von der Rolle der von ihnen beratenen Gesellschaft, hielten es aber für höchstwahrscheinlich, dass die Gesellschaft in der Vergangenheit über keine Betriebsstätte in Deutschland verfügte und daher in diesem Zeitraum deutsche Umsatzsteuer nicht ausweisen und einen Vorsteuerabzug nicht vornehmen durfte. Gleichwohl reichten die angeklagten Steuerberater korrigierte Steuervoranmeldungen ein, auf die dann Gutschriften erteilt wurden.

Der Steuerberater erkannte zwar nicht das Umsatzsteuerkarussell als solches, wohl aber die Tatsache, dass das Unternehmen in dem vorangemeldeten Zeitraum nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt war. Im Ergebnis wertete der BGH dies als Beihilfe zur Umsatzsteuerhinterziehung, ohne allerdings auf Fragen des berufstypischen Verhaltens eingegangen zu sein.

⁵⁷ BGH NStZ-RR 2014, 316.

⁵⁸ BGH NStZ-RR 2014, 316.

⁵⁹ Vgl. *Greco wistra* 2015, 1 [4].

⁶⁰ BGH NZWiSt 2017, 185.

c) Keine Beihilfe durch bloße Buchführung und Erstellung von Jahresabschlüssen

Das OLG Köln hat in einem Beschluss Ende des Jahres 2010 klargestellt, dass keine strafbare Beihilfe vorliegt, wenn der Steuerberater im Rahmen seiner Beauftragung nur für die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten des Steuerpflichtigen – wie die ordnungsgemäße Buchführung und die Erstellung eines Jahresabschlusses – sorgt.⁶¹ Dies gelte auch dann, wenn sich der Steuerpflichtige in der Krise befinde.

Zur Begründung seiner Entscheidung verweist das OLG Köln zunächst auf die zuvor zitierte ständige Rechtsprechung und führt dazu weiter aus:

„Das in Rede stehende Verhalten der Beschuldigten ist – jedenfalls vor dem Hintergrund der Erklärungen des Geschäftsführers und seiner (schließlich auch verwirklichten) Bereitschaft, eigenes Vermögen zur Rettung der GmbH einzusetzen – als noch „berufstypisch“ und „sozialadäquat“ im Sinne der oben unter II. 3. dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze zu bewerten. Zutreffend heißt es im Bescheid des Generalstaatsanwalts: „Hier ist zu ihren Gunsten nicht zu übersehen, dass die Beschuldigte mehrfach auf die schlechte finanzielle Situation des Unternehmens und die Konsequenzen einer möglichen Insolvenzverschleppung hingewiesen und ihm pflichtgemäßes Handeln eindringlich nahegelegt hat. Die Annahme, sie habe sich hier mit dem Firmeninhaber zu einer strafbaren Handlung solidarisiert (...) liegt fern.“

Diese Entscheidung überzeugt, deckt sie sich doch mit dem gesetzlichen Auftrag des Steuerberaters, dem Steuerpflichtigen bei der Erfüllung dessen steuerlicher Pflichten Hilfe zu leisten. Diese Pflichten – ebenso wie die handelsrechtlichen Pflichten, also etwa die Buchführungspflicht – bestehen auch in der Krise fort. Mehr noch: Werden bei Überschuldung oder drohender bzw. eingetretener Zahlungsunfähigkeit Handelsbücher nicht mehr ordentlich geführt oder entgegen dem Handelsrecht keine Bilanzen erstellt, droht – ggf. neben der Strafbarkeit nach § 15a InsO – eine strafrechtliche Verfolgung wegen Bankrotts, § 283 StGB.⁶² Vor dieser muss der steuerliche Berater seinen Mandanten bewahren. Hat er daneben noch auf die (bestehende oder drohende) Insolvenzreife hingewiesen, bleibt kein Raum mehr für strafrechtliche Vorwürfe gegen den steuerlichen Berater.⁶³ Ein Niederlegen des Mandates kommt in dieser Konstellation nicht in Betracht. Etwas anderes gilt möglicherweise, wenn der Steuerberater auch in Fragen der Sanierung berät (s.u.).

3. Tätigkeiten ohne typisches Berufsbild

a) Sanierungsberatung

Ob es im Bereich der Sanierungsberatung berufstypische Sachverhalte gibt, die schon bei objektiver Betrachtung und trotz ihrer Nähe zu Insolvenzdelikten als rechtlich zu billigen und sozialadäquat anzusehen sind, mag dahinstehen. Für Sanierungsberater besteht eine besondere Gefährdungslage. Denn der Sanierungsberater berät einerseits Personen, die – wie er selbst auch – den wirtschaftlichen Erfolg des kriselnden Unternehmens anstreben. Andererseits bewegen sich die Mandanten im oder jedenfalls an der Grenze zum Normbereich des § 15a InsO. Sie sind Adressaten der strafbewehrten Pflicht zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrages, wobei die Stellung des Insolvenzantrags als das gemeinsame Scheitern der Rettungsbemühungen von Sanierer und Mandant angesehen werden kann. Es ist überraschend, dass zu dieser risikoträchtigen Konstellation bislang – soweit ersichtlich – keine höchstrichterlichen Entscheidungen vorliegen.

Ungeachtet dessen dürfte wohl gelten: Nach dem Auftrag ist zu unterscheiden zwischen der reinen Steuerberatung und der Sanierungsberatung.⁶⁴ Die reine Steuerberatung ist – wie zuvor gesehen – auch in der Krise „neutral“. Deliktisch nicht neutral ist hingegen die fortgesetzte Sanierungsberatung, wenn die Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht erfüllt sind. Da der Sanierungsberater in der Regel die wirtschaftliche Situation kennt, kommt wohl regelmäßig eine Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe in Betracht, wenn der Berater über den Zeitpunkt hinaus, in dem die Anmeldevoraussetzungen erfüllt sind, seine Tätigkeit fortsetzt. Der zudem zur zivilrechtlichen Haftungsvermeidung gebotene Hinweis auf die An-

⁶¹ OLG Köln Beschl. v. 3.12.2010 – 1 Ws 146/10, BeckRS 2011, 03078.

⁶² Ebenso *Holch* FD-StrafR 2011, 315879.

⁶³ Vgl. auch *von Eichborn* DStR 2011, 1195.

⁶⁴ Ähnlich OLG Celle ZInsO 2011, 1004, zur Abgrenzung zwischen Steuerberatung und wirtschaftlicher Beratung.

tragspflicht⁶⁵ dürfte dann kaum genügen, weil der Berater dem Mandanten durch sein Handeln das Gefühl vermittelt, er glaube noch an die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens.

b) Broschüreneerstellung

Abschließend sei hier auf eine der Ausgangsentscheidungen des BGH⁶⁶ zu dieser Thematik hingewiesen.

Der Angeklagte, im Hauptberuf Rechtsanwalt, hatte für eine Gesellschaft, die betrügerisch Kapitalanlagen vermittelte, eine sachlich richtige und für sich genommen unverfängliche Broschüre erstellt, in der Warentermingeschäfte erläutert wurden. Diese Broschüre schickte das Unternehmen potentiellen Kunden zu, um ihnen sodann durch Telefonverkäufer schädigende Finanzprodukte zu verkaufen.

Der BGH stellt die Erstellung der Broschüre durch den Angeklagten in den richtigen Kontext: Es handelt sich nicht um von vornherein als straflos anzusehenden Rechtsrat eines Rechtsanwalts im Rahmen seiner Berufsausübung, sondern um eine davon abweichende Tätigkeit. Obgleich die Tätigkeit nicht ohne weiteres als unbedenklich anzusehen war, hob der BGH die Verurteilung wegen der unzureichenden Beweiswürdigung durch das LG auf: Die dem Angeklagten nachweislich bekannten Umstände von der für die Kunden nachteiligen Preisgestaltung und die Vermarktung durch Telefonverkäufer genügten dem BGH in der Gesamtschau nicht für eine Verurteilung. Zumal der BGH hier letztlich im Zusammenhang mit der Erstellung der Broschüre ein schützenswertes Vertrauen des Angeklagten angenommen hat.⁶⁷

„Auch die konkreten Anhaltspunkte, die der Angeklagte für einen solchen Fall aus einem Zivilprozeß erfahren hatte, reichen zum Beleg einer so weitgehenden generellen Bösgläubigkeit nicht aus. Immerhin war in jenem Fall noch ein anderer Prospekt verwendet worden; gerade das Zivilverfahren war vermutlich Anlaß für die Umstellung der Werbung auf den vom Angeklagten verfaßten inhaltlich zutreffenden Prospekt. Danach durfte sich der Angeklagte als außenstehender Berater darauf verlassen, daß die Telefonverkäufer zu hinreichend seriöser Kundenwerbung angehalten würden.“

c) Technische Unterstützung und Zuarbeit

Fragen nach der Beihilfestrafbarkeit der technischen Unterstützung oder Zuarbeit stellen sich nicht erst seit dem Dieselskandal, bei dem die Ermittlungen dem Vernehmen nach nun auch gegen Zulieferer der Automobilhersteller geführt werden.⁶⁸ Generell ist es die Folge einer zunehmend arbeitsteiligen und spezialisierten Wirtschaft, dass die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung des Lieferanten für die Verwendung seiner Produkte durch den Besteller bzw. umgekehrt die Verantwortung des Bestellers für die Arbeitsbedingungen des Lieferanten⁶⁹ gestellt wird. Angesichts einer wohl nicht nur gefühlten Erweiterung der strafrechtlichen Betrachtung wirtschaftlichen Geschehens soll dieser Bereich zumindest mit einer Entscheidung des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz⁷⁰ skizziert werden.

Den rechtlichen Rahmen für die strafrechtlichen Fragen bildete ein Haftungsbescheid, den das Finanzamt gegen einen Hersteller von Kassensystemen für die Gastronomie erlassen hatte. Den Grund für die Haftung sah das Finanzamt darin, dass der Beschwerdeführer dem Steuerschuldner, einem Gastronom, eine mit einer Manipulationssoftware ausgestattete Kasse geliefert hatte. Durch die Verwendung der Software wurden die offiziellen Einnahmen reduziert und so Steuern i.H.v. ca. 2,7 Mio. Euro hinterzogen. Das Finanzgericht hat den Haftungsbescheid gegen den Lieferanten mit Blick auf die Beihilfehandlung bestätigt.

VI. Zusammenfassung

Die strafrechtliche Dimension des beruflichen Verhaltens stellt sicherlich für den jeweiligen Berufsträger ein erhebliches Risiko dar. Wie die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben, wurde dieses in der Rechtsprechung des BGH stets mit Augenmaß gesehen. Dass der 5. Se-

⁶⁵ Dazu zuletzt: BGH ZInsO 2017, 432.

⁶⁶ BGH NStZ 2000, 34.

⁶⁷ Rn 23 der vorstehenden Entscheidung, dort aber nicht abgedruckt.

⁶⁸ Spiegel-online vom 16.12.2015 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-skandal-staatsanwaltschaft-ermittelt-offenbar-gegen-bosch-a-1068032.html>.

⁶⁹ Vgl. Bülte/Hagemeier NZWiSt 2015, 317.

⁷⁰ FG Rheinland-Pfalz NZWiSt 2015, 154.

nat des BGH die Vorgaben für die Prüfung klargestellt und an die für die Beihilfe allgemein geltenden Vorgaben angenähert hat, ist zu begrüßen. Zu begrüßen ist weiter, dass der 1. Senat diese Vorgaben zumindest formal rezipiert hat. Es steht zu hoffen, dass sie sich auch in dessen Spruchpraxis auswirken werden.

Ob die Diskussion um die Strafbarkeit des berufstypischen oder neutralen Verhaltens nun in der Wissenschaft abebbt, kann hier nicht prognostiziert werden. Für die Praxis allerdings dürfte die neu fundierte Rechtsprechung des BGH dazu führen, dass die Instanzgerichte die Strafbarkeit eingehender prüfen werden, was ihnen angesichts der Klarstellung des Prüfprogramms auch leichter fallen dürfte. In der Folge dürften so schließlich die anwaltlichen Berater und Verteidiger weniger Schwierigkeiten haben, die Grenzen der Strafbarkeit beruflichen Handelns zu beurteilen. Dies ermöglicht eine gezieltere Beratung und effektivere Verteidigung.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Gerst, Hamburg

Kryptowährungen und Steuerstrafrecht – Erste Fingerzeige zu einer aufkommenden Thematik

I. Einleitung

Wenn sich bis weit in die 1990er Jahre hinein mit schöner Regelmäßigkeit ein wiederholendes duales System beobachten lässt, wonach Entwicklungen, Erfindungen oder Zeitgeistererscheinungen der realen (Wirtschafts-)Welt ihre jeweilige Entsprechung in der Welt des (Straf-)rechts gefunden hatten, machte die Digitalisierung aus dieser Dualität in zunehmendem Maße eine Trias. Aus „reale Welt“ erreicht „(Straf-)Rechtswelt“, ist „reale Welt“ erreicht „virtuelle Welt“, erreicht „(Straf-)Rechtswelt“ geworden.

Lebenssachverhalte, die früher nur auf ihre strafrechtliche Relevanz im echten Leben und Erleben abseits der Digitalisierung und des Internets zu beurteilen gewesen waren, haben virtuelle Erscheinungsformen angenommen und sind dadurch und damit auch immer neuen strafrechtlichen Würdigungen zu unterwerfen.

Bekanntes und derzeit rechtspolitisch fokussiertes Beispiel: Beleidigen, verunglimpfen oder übelnachreden konnte man zum Zeitpunkt des Studiumsabschlusses des Verfassers ganz überwiegend¹ entweder (nur) von Angesicht zu Angesicht, schriftlich auf Papier oder im Rahmen von (Festnetz-) Telefongesprächen. Die heutigen Themen der Stunde zu diesen Straftatbeständen der alten Welt sind deren jetzt ubiquitäre Erscheinungsformen im Internet und deren Begehung über soziale Medien und Messenger-Dienste.

In die erwähnte Betrachtungstrias aufgenommen werden jüngst – freilich mit jeweils unterschiedlichen Prüfungsschwerpunkten – die an Präsenz in öffentlicher Wahrnehmung stets zunehmenden sogenannten „Kryptowährungen“ („crypto currencies“). Zu den althergebrachten, und damit auch (wirtschafts-) strafrechtlich wenig exotischen, Erscheinungen der Finanzinstrumente wie Aktien, Anleihen, Devisen und dergleichen mehr, gesellen sich jetzt diese Kryptowährungen wie „Bitcoin“, „Ethereum“ oder „Litecoin“², mit denen sich in atemberaubender Geschwindigkeit eine ganze Legion von neuen (straf-) rechtlichen Fragestellungen aufblättert. Bei Licht besehen ist die Trias im Fall der Kryptowährungen gar ein

¹ Von den wenigen und deutlich schwerer zugänglichen damaligen Möglichkeiten von Massenverbreitungen wie Funk, Fernsehen oder Printmedien abgesehen.

² Die BaFin hat Bitcoins in der Tatbestandsalternative der „Rechnungseinheiten“ gemäß § 1 Abs. 11 S. 1 KWG rechtlich verbindlich als Finanzinstrumente – nicht als gesetzliches Zahlungsmittel, Devisen oder Sorten – eingestuft. Das gilt gleichermaßen für alle Kryptowährungen (die BaFin nennt sie „VC- Virtuell Currencies“). Wenn im folgenden zur Verschärfung des Textes stets von „Bitcoins“ die Rede ist, sind damit immer alle vergleichbaren Kryptowährungen gemeint, die – obwohl in Ihrer Technologie durchaus unterschiedlich – jedenfalls für die Zwecke dieser Beitrags undifferenziert verallgemeinernd genannt werden können. Ansonsten bestehen natürlich – worauf Spezialisten für Kryptowährungen zu Recht wert legen werden – in der technischen Struktur der Blockchain-Technologie in Bezug auf Kryptowährungen (gerade in Sachen Rückverfolgbarkeit) einige Unterschiede.

verschobenenes duales System unter Auslassung der realen Welt als Ausgangspunkt. In ihr gab es sie nie.

II. Grundsätzliches

Mit der verstärkten – den enormen Kursanstiegen und teilweise sehr ambitionierten Prognosen zu Kursverläufen für die nächsten Jahre und Jahrzehnte geschuldet – Öffentlichkeit der Kryptowährungen³ und ihrer zunehmenden Verbreitung sowohl als Spekulationsobjekt als auch als Zahlungsmittel⁴ und den verschiedensten Geschäftsmodellen, die von kryptowährungsbasierten Unternehmen im In- und Ausland propagiert und umgesetzt werden, gehen eine Reihe von Risiken für mit ihnen agierenden Personen einher. Auch und gerade strafrechtliche, was aktuell in den aufkeimenden juristischen Wortmeldungen zum Sujet noch völlig unterrepräsentiert ist.

Sowohl für im Wesentlichen „private“ Nutzer von Bitcoins, als auch für die im „Bitcoin-Geschäft“ aktiven Finanzdienstleister, Trading-Plattformen, Schürfer⁵ und Unternehmen, sind die jetzt initiierten Diskussionen zu zivil-, steuer-, aufsichts- und strafrechtlichen Themen von immenser Bedeutung. Nur die (steuer-) strafrechtlichen können hier thematisiert werden. Und dabei wiederum im Wesentlichen lediglich die Berührungspunkte von einzel- nem Käufer und Verkäufer von Kryptowährungen zum Steuerstrafrecht. Einige einleitende Bemerkungen zu aufsichtsrechtlichen Aspekten sollen aber dabei als Orientierung und Abgrenzungsposten zum hier allein fokussierten „Privatmann“ dienen.

1. Aufsichtsrecht

Weil die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) Bitcoins als Rechnungseinheiten und damit als Finanzinstrument im Sinne des Kreditwesengesetzes eingestuft hat, erfordern zahlreiche Aktivitäten rund um Bitcoins eine bankaufsichtsrechtliche Erlaubnis⁶. Daneben ist bei der Abwicklung von Zahlungsvorgängen über Kryptowährungen stets das Zahlungsdienstleistungsgesetz⁷ zu beachten. Je nach Einsatzgebiet der Blockchain kann auch hiernach eine Erlaubnis der BaFin notwendig sein.

2. Bitcoinhandel als „Eigenhandel“

Altbekanntes Sujet ist, dass immer dann, wenn die Grenze zum sog. „Eigenhandel“ überschritten wird, potentielle Probleme mit der Erlaubnispflicht virulent werden. Dabei ist eine Variante des erlaubnispflichtigen Eigenhandels das kontinuierliche Anbieten des Kaufs oder Verkaufs von Finanzinstrumenten in einem multilateralen Handelssystem zu selbst gestellten Preisen. Wer aber an der Deutschen Börse in Frankfurt mit Aktien „handelt“, tritt für gewöhnlich nicht selber als Käufer oder Verkäufer auf, weil die Abwicklung über Broker erfolgt.

An den „Börsen“ und auf den webbasierten „Plattformen“ für virtuelle Währungen⁸ gibt es solche zwischenagierenden Personen oder Institutionen hingegen nicht. Das ist ja gerade das charmante und attraktiv-unmittelbare, in Millisekunden von jedem Tablet oder Smart-

³ Im Jahr 2009 – dem Geburtsjahr von Bitcoin und damit dem Phänomen der Kryptowährungen – löste ein unter dem Pseudonym Satoshi Nakamoto bekannter Programmierer ein altes kryptografisches Problem: Die dezentrale Speicherung von Informationen ohne gegenseitiges Vertrauen als notwendige Bedingung. Seine Idee war die sogenannte und jetzt als solche bekannte Blockchain. Dabei werden Informationen in Blöcken gespeichert. Eine Blockchain beginnt jeweils mit dem ersten sogenannten Genesisblock. Der verfügt über einen sogenannten Hash, eine eindeutige Identifikationsnummer. Um einen neuen Block zu erzeugen, muss, basierend auf diesem Hash, eine schwierige kryptografische Rechenoperation gelöst werden. Sobald dies geschieht, werden die bis dahin aufgelaufenen Informationen in den neuen Block geschrieben und dieser an den vorherigen Block angehängt. Es entsteht also tatsächlich eine Kette von Blöcken – eine Blockchain. Im Kontext der Kryptowährungen ist diese Blockchain als eine Art selbstreferentielles Orderbuch zu verstehen, das u.a. sicherstellt, dass die Zahlungsvorgänge keine bereits „genutzten“ Bitcoins betreffen.

⁴ Japan hat Bitcoin zum 1. April 2017 als offizielles Zahlungsmittel akzeptiert, vgl. einführend <http://www.finanzen.net/nachricht/devisen/staerker-reguliert-japan-erkennt-bitcoin-als-zahlungsmittel-an-5406663> (abgerufen am 04.10.2017).

⁵ Englisch: „Miner“, worunter vereinfacht gesagt Unternehmer oder Privatpersonen zu verstehen sind, die als „Vergütung“ für Ihre Teilnahme am Blockchain-System selbst Kryptowährungseinheiten erhalten, vgl. z.B. sehr anschaulich <https://www.btc-echo.de/tutorial/wie-kann-ich-bitcoins-minen> (abgerufen am 04.10.2017).

⁶ vgl. den Überblick auf der Internetpräsenz der BaFin: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node.html, (abgerufen am 29.09.2017).

⁷ Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstleistungsgesetz – ZAG), § 31 ZAG sieht Strafvorschriften des Nebenstrafrechts mit Strafandrohungen von immerhin bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vor.

⁸ Vgl. zur Sichtweise der BaFin dazu erneut https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node.html (abgerufen am 29.09.2017).

phone überall auf der Welt abwicklungsfähige dieser virtuellen Währungen. Der Käufer/Verkäufer/Investor selbst ist handelnde Person. Wer hier regelmäßig Kauf- oder Verkaufsordner platziert und dabei zudem nicht die bedingungslose Ausführung zum jeweils aktuellen Marktpreis, sondern zu einem nach den üblichen Mechaniken der „Trader“ selbst bestimmten Preis wählt, erfüllt schnell den Tatbestand des Eigenhandels. Und ist damit u.U. in der Erlaubnispflicht⁹.

3. Abgrenzung zum Eigengeschäft im Einzelfall

Aufsichtsrechtlich grundsätzlich unbedenklich ist hingegen das sogenannte Eigengeschäft. Das liegt in Abgrenzung zum Eigenhandel dann vor, wenn dem Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten der genuine Dienstleistungscharakter fehlt. Es ist in diesen Fällen (nur) des Verkäufers, Käufers oder des Spekulierenden Sache. Das jeweilige Geschäft dient dann ausschließlich eigenen Interessen. Wer also nur selten einige Bitcoinfragmente¹⁰ im Internet kauft oder am Arbeitsplatz oder im Studentenheim aus Neugier und Technikinteresse wenige Bitcoinfragmente „handelt“, betreibt ein grundsätzlich erlaubnisfreies Eigengeschäft. Aber: Es kommt stets auf eine Bewertung des individuellen Einzelfalls an. Kriterien sind insbesondere die Anzahl an Transaktionen, das Volumen und wie und wo gehandelt wird.

Wird der Eigenhandel ohne die notwendige Erlaubnis betrieben, droht gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Kreditwesengesetz (KWG) Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein Dammoklesschwert, dessen Existenz den ein oder anderen Kryptowährungsneuling überraschen dürfte.

III. Steuerstrafrecht und Kryptowährungen

1. Gewinne per Mausklick

Es spielt sich so unkompliziert, schnell und unaufgeregt ab. Ist in wenigen Sekunden getan und ohne Einbeziehung Dritter zu bewerkstelligen. Wer über webbasierte Handelsbörsen wie „Coinbase“¹¹ Kryptowährungen kauft und verkauft (und somit – vereinfacht gesagt – über bestimmte einfache (Tausch-)Prozesse aus realweltlich-physischen Währungen wie Euro oder US-Dollar Bitcoins generiert und umgekehrt), tut dies gerade in jüngster Zeit¹² vermehrt auch und gerade, um einen Transaktionsgewinn dabei zu erzielen.

Dabei könnte man zunächst meinen, das sei per se zunächst nichts anderes als altbekanntes Handeln über die vielen lange etablierten Onlineplattformen. Was aber bei den sekunden-schnellen Handelsvorgängen über Laptop oder Smartphone von außen zunächst vergleichbar scheinen mag, ist in Wahrheit wegen des besonderen Wesens der Blockchain, der fehlenden Einbeziehung Dritter bei An- und Verkaufsvorgang und der totalen Anonymität der Kryptowährung¹³ etwas komplett anderes. Allerdings eint beide Vorgänge die Tatsache, dass der Fiskus ggfs. seinen Anteil an Transaktionsgewinnen einzufordern berechtigt ist.

Dem ein oder anderen interessierten Neuling im Kryptowährungsumgang wird es völlig arglos an der Sensibilität für die Frage fehlen, ob und wie etwaige in wenigen Sekunden, neben der Einnahme des Frühstückskaffees lässig einhändig am Smartphone, generierte Transaktionsgewinne (und die sind bei der derzeitigen Volatilität der Kryptowährungen bisweilen ganz erheblich) zu versteuern sein könnten. Im Einzelfall stehen für solche Personen die Chancen wohl (noch) nicht zwingend ungünstig, mit einer Verteidigung durchzudringen, die mit fehlendem Vorsatz und schierem Unwissen über die Steuerrelevanz solcher Gewinne operiert. Dieser Argumentationskorridor dürfte aber täglich schmaler werden.

⁹ Aber auch abseits der Börse kann ein Eigenhandel bisweilen schnell vorliegen. Dafür reicht es grundsätzlich aus, wenn Finanzinstrumente auf eigene Rechnung angeschafft oder veräußert werden, soweit dies als Dienstleistung für andere geschieht. Dies erfasst insbesondere diejenigen, die durch ihr Auftreten am Markt Dritten überhaupt erst Zugang zu Bitcoin und andere virtuellen Währungen bieten.

¹⁰ Zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts kostete ein „ganzer“ Bitcoin auf der Handelsplattform coinbase € 3682,59, es werden (daher) nicht nur ganze Bitcoins (gleiches gilt für die weiteren Kryptowährungen) gehandelt, sondern bis hin zu Teilfragmenten in der Größe von 0,00000001 Bitcoin.

¹¹ Vgl. zur Einführung in das Thema der sog. „Bitcoin wallets“ („Bitcoin Briefertaschen“) als sog. „online walle“ z.B.: <https://de.wikipedia.org/wiki/Coinbase>, (abgerufen am 01.10.2017).

¹² Die früheren Zeiten der hauptsächlichlichen Akzeptanz und Nutzung der Kryptowährungen von zunächst (Banken-) Systemkritikern, dann deliktisch motivierten „darknet“-Usern, zu einem gewissen Anteil immer auch Idealisten und stets auch „Blockchain“-begeisterten „Techies“, scheinen dem Fokus von Gewinnstreben und Investorentum aus der gesellschaftlichen Mitte von (Kryptowährungs-)Marktteilnehmern mehr und mehr zu weichen.

¹³ Wobei es auch dort wiederum differenzierte Zuspitzungen in einigen neuen, noch anonymen „Coin“-Generation gibt, zu denen z.B. „ditecoin“ gehört.

Für regelmäßig und breiter agierende (Profi-)Marktteilnehmer¹⁴ in diesem Segment aber ist diese Frage bei hohen Volumina und Frequenzen zur Bedienung der Steuerehrlichkeit und damit Meidung von strafrechtlichen Konsequenzen von enormer Relevanz. Und das mögliche Exkulpationsszenario des neugierigen Gelegenheits(ver-)käufer nicht mehr ganz so greifbar. So virtuell Kryptowährungen auch sein mögen, mit Ihnen bzw. durch deren Handhabung begangene Steuerverkürzungen werden in Ihren Konsequenzen schnell allzu real.

2. Geschäftscharakter aus steuer(straf-)rechtlicher Sicht

Wann droht eine Strafbarkeit wegen Steuerverkürzung gem. § 370 AO? Der Verkauf von Bitcoins (unabhängig ob mit oder ohne Gewinn) ist privates Veräußerungs-geschäft – auch bekannt unter der Bezeichnung „Spekulationsgeschäft“ – im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG), sofern die Bitcoins zuvor angeschafft worden waren. Die Frage der Anschaffung stellt daher einen wesentlichen Aspekt bei der Frage der Besteuerung und subsequent möglicher Bestrafung bei mangelhafter Steuerehrlichkeit im Umgang mit einem Transaktionsgewinn dar.

Die Einstufung als Spekulationsobjekt führt dazu, dass Veräußerungsgewinne nach einer Haltefrist von mindestens einem Jahr komplett steuerfrei sind, vgl. § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG. Nicht alle Bitcoins die verkauft werden, wurden jedoch zuvor im Sinne dieser Vorschrift „angeschafft“, da die Verkäufer sie auf anderem Wege¹⁵ als durch den schlichten Ankauf auf einer Handelsplattformen wie Coinbase erhalten haben können. In jedem Einzelfall ist daher zu prüfen, ob über den definitorischen Flaschenhals der „Anschaffung“ der § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG überhaupt zur Anwendung kommt.

a) Freibetrag / Anschaffung zu unterschiedlichen Kursen

Wird ein privates Veräußerungsgeschäft in Gestalt eines Bitcoinverkaufs innerhalb der einjährigen Haltefrist (mit Gewinn) abgewickelt, greift zwar die Freigrenze von Euro 600 p.a. gemäß § 23 Abs. 3 S. 5 EStG. Und wo keine Steueranspruch des Fiskus, da keine Gefahr einer steuerstrafrechtlichen Verfolgung. Da die Freigrenze aber für alle privaten Veräußerungsgeschäfte im betreffenden Jahr kumuliert („erzielte Gesamtgewinn“, vgl. § 23 Abs. 3 S. 5 EStG) aufgestellt ist, bezieht sich diese, ohnehin betraglich nicht in den Himmel gewachsene, Freigrenze nicht nur auf Bitcoin-Geschäfte des Steuerpflichtigen. Und: Kursverläufe mit Ausschlägen von Euro 600 oder mehr binnen weniger Tage oder Wochen sind in der jüngeren Geschichte der Kryptowährungen – nicht nur bei der Richtwährung Bitcoin – alles andere als singuläre Ereignisse.

Der der Besteuerung zu unterwerfende Veräußerungsgewinn (und damit der im Falle der Nichtangabe im Rahmen der Steuererklärung relevante Verkürzungsbetrag) ergibt sich aus der Differenz zwischen dem erzielten Veräußerungspreis und den Anschaffungskosten und Werbungskosten der eingesetzten Bitcoins (z.B. Kaufpreis der früher erworbenen („angeschafften“) Bitcoins). Und damit öffnet sich für die sanktionsrelevante Frage des genauen Verkürzungsbetrags, wie in anderen Bereichen des Steuerstrafrechts auch, die Büchse der Pandora im Mikrokosmos potentieller Berechnungsansätze/-probleme.

b) Verrechnungsfähigkeit von Verlusten

Verluste aus dem privaten Veräußerungsgeschäft mit Bitcoins können – soviel wird den bekannten Grundsätzen abseits von Kryptowährungen und gemäß § 23 Abs. 3 EStG angenommen werden können – sowohl zurück, als auch in künftige Jahren vorgetragen und so mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften verrechnet werden. Bei der Ermittlung der Anschaffungskosten stellt sich häufig das Problem, dass die für das private Veräußerungsgeschäft genutzten/ausgegebenen Bitcoins zu sehr unterschiedlichen Zeitpunkten zu unterschiedlichen Kursen – also Anschaffungskosten – erworben wurden. Die in § 23 Abs. 1 Nr. 2 S. 3 EStG für Fremdwährungsgeschäfte angelegte sog. „First-in-first-out-Methode“ dürfte in diesen Fällen geeignet sein, die Anschaffungskosten zuverlässig zu bestimmen (vgl. zu Fremdwährungsgeschäften LfSt Bayern v. 12.03.2013, S 2256.1.1-6/4 St32¹⁶).

¹⁴ Wobei aus Platzgründen hier eine Besprechung der nicht minder akuten (Steuer-) Strafrechtlichen Fragen rund um Handelsplattformbetreiber und insbesondere „Schürfer“ (englisch: „miner“) von Kryptowährungen außen vor bleiben müssen.

¹⁵ Hauptvariante: „Schürfen“ von Bitcoins, vgl. FN 5.

¹⁶ Vgl. dazu und zum Wegfall der Abgeltungssteuer <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/498931/>.

Für Kryptowährungen hieße das also: Man unterstellt, dass diejenigen Bitcoins, die zuerst angeschafft wurden, auch diejenigen sind, die im Rahmen des privaten Veräußerungsgeschäfts als erstes eingesetzt/ausgegeben wurden. Dies wird (nur) dann nicht gelten, wenn der An- und Verkauf bestimmter Bitcoins ausnahmsweise klar von anderen Bitcoin-Geschäften abgegrenzt werden könnte¹⁷.

c) Gewinnbesteuerung nach individuellem Einkommensteuersatz

Um dem veranlagendem Finanzamt im Zweifel geeignete Nachweise über die im Einzelnen getätigten Transaktionen zu den jeweils stattgehabten Kursen vorlegen zu können, kann sich sowohl für das Besteuerungs- wie ggf. Steuerstrafverfahren anbieten, eine genaue Dokumentation der Transaktionshistorie vorzuhalten. Als Steuersatz wird der gewöhnliche individuelle Einkommensteuersatz zugrunde gelegt.

IV. Zusammenfassung

Das Phänomen der Kryptowährungen ist dauerhaft. Soviel kann nach den Erfahrungen und den Entwicklungen der letzten Zeit gesagt, von vielen frohlockt, von einigen befürchtet werden. Mit deren Einzug in den (Wirtschafts-)Alltag sind vielfältige rechtliche Fragestellungen zu beantworten, zu denen neben aufsichtsrechtlichen Sujets jene der möglichen Strafbarkeit wegen Steuerverkürzung und deren Voraussetzungen gehört.

Der Verkauf von Bitcoins ist ein privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG, bei dem außerhalb des Freibetrags i.H.v. jährlich Euro 600 Steuern anfallen können, die nach jeweils individuellem Einkommenssteuersatz zu berechnen sind. Kompliziert kann die Berechnung und Betrachtung bei der – eher die Regel als die Ausnahme bildenden – Anschaffung und Veräußerung von Bitcoins zu unterschiedlichen Kursen über dem Zeitstrahl werden, bei denen die nicht mehr obligatorische „First-in-first-out“-Betrachtung in Analogie zur Fremdwährung gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2 S. 3 EStG einen Anhalt bietet. Will der Steuerpflichtige sowohl im Besteuerungs- wie ggf. Steuerstrafverfahren für sich günstige Argumentationen unter diese Verwendung dieses Ansatzes stützen, ist eine entsprechend lückenlose Dokumentation der Transaktionsvorkommnisse unverzichtbar.

¹⁷ Denkbare praktisches Beispiel: Über coinbase werden 3 bitcoins am 01.02.2017 erworben und in der entsprechenden „online wallet“ vorgehalten, über eine neue erst ab dem 01.03.2017 an den Markt gegangene erdachte Handelsplattform Alpha ebenfalls 3 und in deren „online wallet“ hinterlegt. Wenn nun am 15.03.2017 über Handelsplattform Alpha 3 bitcoins gegen Euro „verkauft“ werden, beträfe dies in der steuer(straf-)rechtlichen Betrachtung unter dem Fremdwährungsansatz des EStG nach der „First-in-first-out“-Methode (nur) die über coinbase erworbenen bitcoins. Denkbar wäre aber auch die Argumentation, dass im Wege einer inselhaften Betrachtung nach jeweiligen Handelsplattformen die 3 zuletzt am 01.03.2017 über die Handelsplattform Alpha erworbenen bitcoins „raus gehen“, also (allein) deren Anschaffungswert für Besteuerungsfragen heranzuziehen sein wird.

Entscheidungskommentare

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

Keine Steuerverkürzung durch Unterlassen i.S.v. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO bei Kenntnis der Finanzbehörde

OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - III-1 RVs 253/16

Das Merkmal der „Unkenntnis“ ist nach einer recht aktuellen Entscheidung des OLG Köln in den objektiven Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO hineinzulesen. Dann scheidet eine vollendete Steuerhinterziehung durch Unterlassen in den Fällen aus, in denen die Finanzbehörden zum maßgeblichen Veranlagungszeitpunkt von den wesentlichen steuerlich relevanten Umständen bereits Kenntnis haben.

Gegen diese Entscheidung ist von einer Stimme in der Literatur vorgebracht worden, dass Systematik und Gesetzeszweck gegen das gefundene Ergebnis sprächen, so dass eine (abschließende) höchstrichterliche Klärung abzuwarten sei.¹ Diese vorgebrachten Einwände greifen in der Sache nicht durch. Soweit die Rechtslage nun zumindest obergerichtlich entschieden ist, folgt die Entscheidung den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Hiergegen vorgebrachte Erwägungen widersprechen bereits dem Wortlaut des Gesetzes, zumal für eine Pönalisierung um jeden Preis in der zu prüfenden Sachverhaltskonstellation kein Bedürfnis besteht.

Für Vorwürfe der Steuerhinterziehung durch Unterlassen bietet sich damit ein erheblicher objektiver und subjektiver Verteidigungsspielraum. Dies betrifft auch die in der Praxis – gerade in Unternehmen – häufigen Fälle einer nachträglichen Berichtigung nach § 153 Abs. 1 AO, deren Unterlassen einen typischen Anwendungsfall des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO darstellt.

I. Sachverhalt

Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung des OLG Köln zugrunde:

Das AG Bonn hat den Angekl. am 13.10.2015 wegen Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Auf seine hiergegen gerichtete Berufung hat die 9. kleine Strafkammer des LG Bonn – als Wirtschaftsstrafkammer – das amtsgerichtliche Urteil aufgehoben und den Angekl. freigesprochen.

Den Feststellungen der Strafkammer zufolge ist der Angekl. seit 2005 verheiratet. Seine Ehefrau ist (erst) seit November 2015 berufstätig. Beide Eheleute wurden in 2009 steuerlich gemeinschaftlich veranlagt. Der Angekl. ist Geschäftsführer der B. GmbH und bezog aus dieser Tätigkeit im Jahr 2009 ein Bruttogehalt von 180.000 EUR. Die entsprechende Lohnsteuer-Bescheinigung war ab dem 11.01.2010 im elektronischen Register der Finanzverwaltung NRW verfügbar. Daneben hält der Angekl. verschiedene Unternehmensbeteiligungen, die ihm in dem außergewöhnlich gut verlaufenen Geschäftsjahr 2009 insgesamt positive Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. 3.528.205 EUR einbrachten. Die Einkünfte wurden, wie in den Vorjahren, ordnungsgemäß und fristgerecht gegenüber den jeweils zuständigen Finanzämtern erklärt und sodann dem für den Angekl. zuständigen Veranlagungs-Finanzamt durch sog. ESt4B-Meldungen mitgeteilt. Die Meldungen erfolgten teils 2010, teils (zuletzt im Juli) 2011. Darüber hinaus erzielte der Angekl. für das Steuerjahr 2009 bereits an der Quelle versteuerte Kapitaleinkünfte i.H.v. 3.466 EUR sowie negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in einer Gesamthöhe von 100.035 EUR.

Eine Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 gab der stets durch Steuerberater vertretene Angekl. bis zum 30.11.2011, als die Steuerbehörde die Veranlagungsarbeiten im Wesentlichen (95 %) abgeschlossen hatte, nicht ab. Das Veranlagungs-Finanzamt erließ daraufhin auf der Grundlage der ihm vorliegenden Informationen unter dem 01.02.2012 einen Schätzbescheid über eine Steuerschuld i.H.v. 1.568.831 EUR. Der Angekl. ließ diesen Bescheid rechtskräftig werden und überwies den festgesetzten Betrag umgehend an die Finanzbehörden.

Nach Einleitung eines Steuerstrafverfahrens gegen ihn reichte der Angekl. im Februar 2013 schließlich für sich und seine Ehefrau die Einkommensteuererklärung für 2009 ein. In dem darauf ergangenen endgültigen, ebenfalls rechtskräftig gewordenen Steuerbescheid vom 17.10.2014 wurde gegen den Angekl. bei Anwendung der Splittingtabelle eine Steuerschuld i.H.v. 1.360.475 EUR festgesetzt, womit im Ergebnis eine Überzahlung vorlag.

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung hat die Strafkammer ausgeführt, der objektive Tatbestand einer Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO sei bezogen auf den relevanten Zeitpunkt einer möglichen Tatvollendung zu verneinen. Eine Strafbarkeit scheide aus, weil dem zuständigen Finanzamt zum 30.11.2011 alle positiven Einkünfte des Angekl. bekannt gewesen seien. Der Angekl. sei auch nicht wegen versuchter Steuerhinterziehung zu bestrafen, weil ihm ein Vorsatz, die Finanzbehörde bezüglich steuerlich relevanter Tatsachen in Unkenntnis zu lassen, nicht nachzuweisen sei.

Gegen das freisprechende Urteil richtet sich die mit der Verletzung materiellen Rechts begründete Revision der Staatsanwaltschaft, welcher die Generalstaatsanwaltschaft beigetreten ist. Beanstandet wird insbesondere, die Strafkammer habe zu Unrecht auf eine tatbe-

¹ Vgl. Roth NZWiSt 2017, 308.

standsausschließende Kenntnis der Finanzbehörde abgestellt. Das Merkmal des „In-Unkenntnis-Lassens“ sei regelmäßig bereits dann verwirklicht, wenn der Steuerpflichtige die Steuererklärung gem. § 149 AO pflichtwidrig nicht abgebe. Die von der Strafkammer vertretene Sichtweise führe zu Strafbarkeitslücken und Wertungswidersprüchen, was im Einzelnen ausgeführt wird.

II. Entscheidungsgründe

Das OLG Köln hat die Revision verworfen und den Freispruch mit folgenden Erwägungen bestätigt:

Der Freispruch hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung stand, weil die Strafkammer zu Recht davon ausgegangen ist, dass vorliegend weder die tatbestandlichen Voraussetzungen der vollendeten noch der versuchten Steuerhinterziehung gegeben sind.

Nach der allein in Betracht kommenden Vorschrift des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.

Das LG stellt in zeitlicher Hinsicht zunächst zutreffend fest, dass der steuerlich beratene Angekl. vorliegend spätestens mit Ablauf des auf das Steuerjahr 2009 folgenden Jahres, mithin ab dem 01.01.2011, den gesetzlich festgelegten Termin zur Abgabe der Steuererklärung überschritten hatte. Indes ist die Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO entsprechend ihrem Charakter als unechtes Unterlassungsdelikt (Erfolgdelikt) erst dann vollendet, wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für den fraglichen Besteuerungszeitraum im Wesentlichen abgeschlossen hat. Entscheidend für die Vollendung – und von der Revision auch nicht beanstandet – ist somit der Zeitpunkt, in dem der Steuerpflichtige bei pflichtgemäßer Abgabe der Steuererklärung spätestens veranlagt worden wäre; erst dann ist im Regelfall die rechtzeitige Festsetzung der Steuer vereitelt und der Verkürzungserfolg eingetreten. Solange dies nicht geschehen ist, kommt nur eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht. Anders ist dies nur, wenn – anders als im vorliegenden Fall – bereits vor Beendigung der Veranlagungsarbeiten ein Schätzungsbescheid ergangen ist, in dem die Steuer unzutreffend niedrig festgesetzt worden ist.

Spätester Veranlagungszeitpunkt war vorliegend der 30.11.2011. Nachdem dieser Termin verstrichen war, spielte es für die Beurteilung der Vollendung der Steuerhinterziehung keine Rolle, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Schätzungsbescheid ergangen ist.

Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung hat die Strafkammer gleichwohl rechtsfehlerfrei ausgeschlossen, weil dem für die Veranlagung des Angekl. (und seiner Ehefrau) zuständigen Finanzamt zum Veranlagungszeitpunkt die für die Steuerfestsetzung wesentlichen tatsächlichen Umstände bekannt waren.

Ob es für die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit einer Steuerverkürzung durch Unterlassen auf die Kenntnis der zuständigen Finanzbehörde von allen steuerlich relevanten Tatsachen ankommt bzw. in den Tatbestand das ungeschriebene Merkmal „Unkenntnis“ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt hineinzulesen ist, wie von Teilen der Kommentarliteratur befürwortet, ist bislang obergerichtlich und höchstrichterlich nicht entschieden worden.

Bezogen auf die aktive Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO nimmt der BGH in st. Rspr. an, dass die für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche objektive kausale Verknüpfung zwischen den unrichtigen Angaben gegenüber dem FA und dem Eintritt der Steuerverkürzung keine gelungene Täuschung mit Irrtumserregung beim zuständigen Finanzamt voraussetzt. Es genügt vielmehr, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen in anderer Weise als durch eine Täuschung für die Steuerverkürzung ursächlich werden. Danach kommt es für die vollendete Steuerverkürzung in dieser Tatvariante auf die Kenntnis der Finanzbehörden nicht an. Bezogen auf den Unterlassungstatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO hat der BGH diese Frage ausdrücklich offengelassen. In zwei *obiter dicta* der zuletzt zitierten Entscheidungen hat er allerdings ausgeführt:

„... Im Gegensatz zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO – schon nach seinem Wortlaut – nicht auf eine Kenntnis oder Unkenntnis der Finanzbehörden abzustellen oder das

ungeschriebene Merkmal der „Unkenntnis“ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt in den Tatbestand hineinzulesen...”

Das BayObLG hat in der von der Revision herangezogenen Entscheidung hingegen zu der Auffassung tendiert, die Finanzbehörden könnten ungeachtet ihres anderweit erlangten Kenntnisstandes bereits dann i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO in Unkenntnis gelassen werden, wenn Steuererklärungen pflichtwidrig (§ 149 AO) nicht abgegeben würden. Allerdings kam es in dem dort entschiedenen Fall auf die unmaßgebliche Kenntnis des eingesetzten Betriebsprüfers nicht an, so dass die grundsätzliche Frage offenbleiben konnte.

Der Senat teilt in der vorliegend entscheidungserheblichen Frage die Auffassung des LG, dass bei Kenntnis der Finanzbehörden von den wesentlichen steuerlich relevanten Umständen bezogen auf den maßgeblichen Veranlagungszeitpunkt eine vollendete Steuerhinterziehung durch Unterlassen ausscheidet, das Merkmal der Unkenntnis demzufolge in den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO hineinzulesen ist. Bekannt ist dabei, was sich aus den dort zum konkreten Steuerfall geführten Akten ergibt oder dem zuständigen Bearbeiter sonst bekannt ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich die Umstände aus den Akten selbst ergeben oder – wie hier – in dem elektronischen Register zur Verfügung stehen, auf welches der Sachbearbeiter im Rahmen seiner konkreten Zuständigkeit jederzeit Zugriff hat.

Schon begrifflich kann der Stpfl. die zuständige Finanzbehörde nicht in „Unkenntnis“ lassen, wenn diese in Wirklichkeit über alle wesentlichen für die Steuerfestsetzung maßgeblichen Umstände informiert ist. Die Kenntnis bezogen auf den Zeitpunkt der Steuerfestsetzung schließt vielmehr den Tatbestand aus. Das Normverständnis der Revisionsführerin knüpft hingegen an die Verletzung von Handlungspflichten an, wenn ausgeführt wird, der Steuerpflichtige müsse „die Finanzbehörden pflichtgemäß über steuerlich erhebliche Tatsachen in Kenntnis setzen“. Eine solche Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut nicht vereinbaren. Sie setzt, indem sie (bereits) die Verletzung von Handlungspflichten des Steuerpflichtigen sanktionieren will, den Versuch der Steuerhinterziehung mit deren Vollendung gleich. Der Schutzzweck der Vorschrift gebietet eine Strafbarkeit in diesen Fällen zumal nicht. § 370 AO schützt allein das öffentliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen der einzelnen Steuern, d.h. die Verwirklichung des staatlichen Anspruchs auf den vollen Ertrag aus jeder einzelnen Steuerart. Dagegen ist es nicht Zweck der Vorschrift, die steuerlichen Mitwirkungs- und Erklärungspflichten als solche zu schützen; ihre Verletzung ist lediglich Voraussetzung für jedes tatbestandsmäßige Verhalten.

Der Senat vermag die gegen diese Auffassung ins Feld geführten Bedenken nicht zu teilen.

Soweit diese zunächst darauf gestützt werden, § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO laufe nach der hier vertretenen Auslegung weitgehend ins Leere, ist zunächst anzumerken, dass der praktische Anwendungsbereich der Vorschrift auch bisher eher gering einzuschätzen war. Dies mit Blick darauf, dass das Verschweigen steuerlich relevanter Umstände bereits in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO von dem Merkmal der Unvollständigkeit erfasst wird, sofern eine Steuererklärung (überhaupt) zu den Akten gereicht wird. Zuzugeben ist der Beschwerdeführerin, dass sich mit den fortschreitenden Möglichkeiten des elektronischen Datenaustauschs die praktische Relevanz der Strafnorm verringert haben mag. Dies rechtfertigt es aber nicht, die Vorschrift über ihren Wortsinn hinaus und unter Erweiterung ihres Schutzbereiches anzuwenden. Die Begehungsvariante der Steuerhinterziehung durch Unterlassen dürfte ihre Bedeutung zudem uneingeschränkt für diejenigen Fallgestaltungen behalten, bei denen dem Finanzamt regelmäßig nicht von dritter Seite aus im Rahmen eines standardisierten Verfahrens die steuerlich erheblichen Tatsachen übermittelt werden – wie dies etwa bei Einkünften aus Vermietung oder Verpachtung oder aus dem Betrieb eines Gewerbes der Fall ist –, schließlich aber auch in allen übrigen denkbaren Fällen, in denen die vorgeschriebenen Mitteilungen entweder gar nicht erstellt werden oder nicht rechtzeitig vor dem Veranlagungszeitpunkt bei den Finanzbehörden eingehen.

Soweit die Revisionsführerin Wertungswidersprüche und/oder Strafbarkeitslücken befürchtet, verfangen auch diese letztlich nicht. Auch die Anwendung des erhöhten Strafrahmens bei den in § 370 Abs. 3 Nr. 2 und 3 AO vorgesehenen besonders schweren Fällen setzt zunächst die Erfüllung des Grundtatbestands voraus. Es ist den Strafgerichten verwehrt, tatsächlich oder vermeintlich bestehende Strafbarkeitslücken – auch mit Blick auf eventuelle Qualifikationstatbestände – zu schließen. Diese Aufgabe obliegt dem Gesetzgeber. Fälle des kollusiven Zusammenwirkens des Steuerschuldners und der Finanzbehörden bei unterlassener Abgabe von Steuererklärungen dürften im Übrigen nur selten vorkommen. Es dürfte

zudem fraglich sein, ob bei zutreffender und zulässiger Auslegung des Tatbestands des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO das Tatbestandsmerkmal der Unkenntnis der Finanzbehörde zu bejahen wäre. Denn in jenen Fällen würde der Finanzbeamte, welcher mit dem Steuerpflichtigen in rechtswidriger Art und Weise zusammenwirkt, nicht im Rahmen gesetzeskonformer Dienstaussübung handeln und damit nicht mehr als Repräsentant der Finanzbehörde anzusehen sein. Das darf mit Blick auf eine Entscheidung des BGH angenommen werden, wonach in einem Fall der (aktiven) Steuerhinterziehung die Kenntnis eines vorsätzlich zum Nachteil der Finanzbehörde handelnden Amtsträgers dessen Wissen der Finanzbehörde nicht zuzurechnen ist, wenn dieser außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs handelt. Diese Sichtweise wird soweit ersichtlich auch vom BFH geteilt.

Eine Strafbarkeitslücke dürfte entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft auch nicht in den Fällen vorliegen, in denen das zuständige Veranlagungs-Finanzamt im Rahmen einer Kontrollmitteilung der Steuerfahndung vor Abschluss der Veranlagungsarbeiten (sog. 95 %-Zeitpunkt) Kenntnis von steuererheblichen Tatsachen erlangt: Sofern der Zeitpunkt der Kenntniserlangung nach dem Ablauf der Steuererklärungsfrist – d.h. dem Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens – liegt, kommt eine Strafbarkeit des Steuerpflichtigen wegen versuchter Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. §§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. 22 und 23 StGB in Betracht.

Auch in den von der Staatsanwaltschaft herangezogenen Fällen der Pflichtveranlagung gem. § 46 Abs. 2 Nr. 3a EStG, bei denen beide Ehegatten Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit beziehen und einer von ihnen nach der Steuerklasse V besteuert wird, läuft die Vorschrift des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO bei der vom Senat vertretenen Rechtsauffassung nicht ins Leere. Insoweit fehlt es regelmäßig an einer Unkenntnis der Finanzbehörde, da diese durch die dem Arbeitgeber nach § 41b EStG obliegende Verpflichtung zur Übermittlung der elektronischen Lohnsteuer-Bescheinigung Kenntnis von den steuererheblichen Tatsachen erhält und die Ehegatten regelmäßig davon ausgehen werden und dürfen, dass dies tatsächlich auch geschieht. Eine Gefährdung des Steueranspruchs, welche durch § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO verhindert werden soll, besteht in derartigen Fällen somit nicht.

In Anlegung dieser Maßstäbe weisen die Ausführungen des LG keine Rechtsfehler auf:

Nach den Feststellungen der Berufungsstrafkammer war der Zeitpunkt, zu dem der Angekl. bei pflichtgemäßer Abgabe der Steuererklärung spätestens veranlagt worden wäre, der 30.11.2011. Zu diesem Zeitpunkt waren, so die weiteren Feststellungen der Strafkammer, dem für die Veranlagung zuständigen Beamten des Veranlagungsfinanzamts alle zu veranlagenden positiven Einkünfte des Angekl. aus dem Jahre 2009 indes positiv bekannt:

Die Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit i.H.v. 180.000 EUR waren dem Veranlagungsfinanzamt bereits seit dem 12.01.2010 bekannt.

Die zu versteuernden Einkünfte aus Unternehmensbeteiligungen waren dem zuständigen Veranlagungsbeamten des Finanzamts ausweislich der Urteilsfeststellungen jeweils durch die sogenannten ESt4B-Mitteilungen bekannt geworden, von denen die letzte vom 05.07.2011 datierte, sodass ebenfalls mehrere Monate vor dem 30.11.2011 eine tatbestandsausschließende Kenntnis vorlag.

Auch soweit die Strafkammer eine Strafbarkeit nach Versuchsgesichtspunkten verneint hat, hat sie dies in rechtsfehlerfreier Weise begründet. Die insoweit gegen die Beweiswürdigung geführten Angriffe verfangen nicht.

Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss der Tatrichter im Urteil zunächst diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen – zusätzlichen – Feststellungen zur objektiven oder zur subjektiven Tatseite nicht getroffen werden können. Die Begründung muss so gefasst sein, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind, insbesondere ob der den Entscheidungsgegenstand bildende Sachverhalt erschöpfend gewürdigt worden ist. Die der Beweiswürdigung zugrunde liegenden wesentlichen Erwägungen sind in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise darzulegen. Die Anforderungen an eine umfassende Würdigung der festgestellten Tatsachen sind beim freisprechenden Urteil nicht geringer als im Falle der Verurteilung.

Diesen Anforderungen genügen die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung.

Im Rahmen der Prüfung einer etwaigen Versuchsstrafbarkeit geht die Strafkammer mit nicht zu beanstandender Begründung davon aus, dass der Angekl. zum maßgeblichen Zeitpunkt der Überschreitung des gesetzlich festgelegten Termins zur Abgabe der Steuererklärung, welcher vorliegend auf den 31.12.2010 datierte, nicht den Vorsatz gefasst hatte, die zuständige Finanzbehörde über den wesentlichen Abschluss der Veranlagungsarbeiten hinaus über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und dadurch Steuern zu verkürzen. Insoweit ergibt sich aus den Feststellungen, dass der Angekl. bereits seit Januar 2010 durch die auch ihm übersandte elektronische Lohnsteuer-Bescheinigung für das Jahr 2009 vom 08.01.2010 wusste, dass seine Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit innerhalb der Finanzbehörden seinem Veranlagungsfinanzamt elektronisch übermittelt und damit bekannt werden würden.

Im Hinblick auf die zu versteuernden Einkünfte aus Unternehmensbeteiligungen geht die Berufungsstrafkammer davon aus, dass der Angekl. für die am 01.01.2011 noch nicht festgestellten Beteiligungsergebnisse zwar das Risiko hätte sehen müssen, dass seine positiven Zuflüsse dem Veranlagungsfinanzamt bis zum wesentlichen Abschluss der Veranlagungsarbeiten weiterhin unbekannt bleiben würden, zumal ihm der genaue Zeitpunkt, zu dem im Veranlagungsfinanzamt die Veranlagungsarbeiten im Wesentlichen abgeschlossen sein würden, im Vorfeld nicht bekannt sein konnte und er naturgemäß keinen Einfluss darauf hatte, wann dieser Zeitpunkt eintreten würde. Den weiteren Feststellungen zu Folge kannte der Angekl. jedoch das grundsätzliche System, das im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellungen der Ergebnisse seiner Unternehmensbeteiligungen dazu führte, dass von den Feststellungsfinanzämtern zusammen mit der Feststellung Quermittelungen, sog. ESt4B-Mitteilungen, an die Veranlagungsfinanzämter der Anteilseigner der jeweiligen Beteiligungen verschickt würden. Vor diesem Hintergrund ist die Berufungsstrafkammer mit nicht zu beanstandender Begründung davon ausgegangen, dass der Angekl. auch bereits bei Überschreitung des Abgabetermins am 01.01.2011 wusste, dass sein Veranlagungsfinanzamt Kenntnis von seinen Einkünften bekommen würde, wie es auch in den Vorjahren stets der Fall gewesen war und zu keinerlei Problemen geführt hatte. Da die ESt4B-Mitteilungen auch tatsächlich sämtlich bis zum Sommer 2011 und damit Monate vor dem Abschluss der Veranlagungsarbeiten beim Veranlagungsfinanzamt eingingen, ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass ihm nicht zu widerlegen sei, ab dem 01.01.2011 darauf vertraut zu haben, dass sein Veranlagungsfinanzamt rechtzeitig Kenntnis von seinen Beteiligungsgewinnen erlangen würde.

III. Anmerkung

Mit seiner außergewöhnlich umfangreich und tiefgehend begründeten Entscheidung hat das OLG Köln die aus seiner Sicht geltenden Maßstäbe der Berücksichtigung einer Kenntnis des Finanzamts in Fällen der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) dargelegt. Auch wenn eine tragende Bestätigung durch den BGH insoweit aussteht, spricht viel dafür, dass sich diese Sichtweise durchsetzt. Dabei kann die Bedeutung für die Praxis nicht hoch genug eingeschätzt werden.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die Steuerhinterziehung durch Unterlassen i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO voraussetzt, dass der Täter die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuererhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch den Erfolg herbeiführt. Tatbestandsmäßig sind sowohl die Nichtabgabe als auch die verspätete Abgabe einer Steuererklärung ohne Fristverlängerung nach § 109 AO, nicht hingegen die die nur teilweise Erklärung, die von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO erfasst wird.

Die Begrifflichkeit des „in-Unkenntnis-lassens“ ist dabei relevant für die Entscheidung des OLG Köln, denn daran wird der Unterschied zur Steuerhinterziehung durch Tun nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 herausgearbeitet.

1. Die Unterschiede des Kenntniselements in § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO

Bei der Steuerhinterziehung durch Tun ist die höchstgerichtliche Rechtsprechung klar positioniert: Der 1. Strafsenat des BGH nimmt an, dass bei der für die Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Verknüpfung zwischen den unrichtigen Angaben gegenüber dem Finanzamt und dem Eintritt der Steuerverkürzung keine (gelungene) Täuschung beim zuständigen Fi-

nanzamt vorausgesetzt wird.² Auf die Kenntnis der Finanzbehörden kommt es in dieser Tatvariante für die vollendete Steuerverkürzung nicht an.³ Diese Rechtsprechung war indes nicht immer so klar. So hieß bei dem früher für Steuerstrafsachen zuständigen 5. Strafsenat des BGH zunächst noch:⁴

„... Falls es überhaupt auf die Kenntnis der Finanzbehörden ankommen sollte, wäre zu differenzieren, worauf sich der Kenntnisstand der Finanzbehörden beziehen muss: So kommen zum einen Tatsachen in Betracht, die den bloßen Verdacht begründen, dass die Angaben unrichtig sind, zum anderen Tatsachen, welche die positive Kenntnis vermitteln, dass die Angaben falsch sind, oder schließlich die positive Kenntnis aller Tatsachen, die für eine zutreffende Steuerfestsetzung erforderlich sind. Nur in der zuletzt genannten Konstellation könnte die Kenntnis der Finanzbehörden bedeutsam sein. In einem solchen Fall müssten darüber hinaus die Beweismittel i.S. von § 90 AO bekannt und verfügbar sein. ...“

In seiner nächsten Entscheidung ging der nun zuständige 1. Strafsenat des BGH deutlich über diese Ausführungen hinaus, als er postulierte:⁵

„... Darüber hinaus greift § 370 I Nr. 1 AO selbst dann ein, wenn der zuständige Veranlagungsbeamte von allen für die Veranlagung bedeutsamen Tatsachen Kenntnis hat und zudem sämtliche Beweismittel (§ 90 AO) bekannt und verfügbar sind (vgl. BGH Beschl. v. 19. 10. 1999 – 5 StR 178/99, wo die aufgezeigte Fragestellung nicht entscheidungserheblich war). (...) Der Erfolg wäre auch bei Kenntnis der Finanzbehörden vom zutreffenden Besteuerungssachverhalt – anders als in der Unterlassungsvariante – weder ganz noch zum Teil ohne den vom Steuerpflichtigen in Gang gesetzten Geschehensablauf eingetreten. Insofern realisiert sich gerade auch in dem Machen der falschen Angaben (neben einem möglicherweise strafrechtlich relevanten Verhalten des die zutreffenden Besteuerungsgrundlagen kennenden Veranlagungsbeamten) die durch § 370 I Nr. 1 AO rechtlich missbilligte Gefahr einer Steuerverkürzung (so jetzt auch Ransiek in Kohlmann, SteuerstrafR, [...], § 370 Rn 581ff.). ...“

Diese deutliche Verschärfung ist mit der letzten Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH zu diesem Themenfeld noch einmal bestätigt worden, die vorhergehende Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH findet darin keine Erwähnung mehr.⁶

Inwiefern es bei einer Steuerverkürzung durch Unterlassen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO auf die (Un-)Kenntnis der zuständigen Finanzbehörde hinsichtlich der steuerlich relevanten Tatsachen ankommt, ist höchststrichterlich bislang nicht tragend entschieden. Eine Tendenz ist allerdings vorgegeben, wenn es in den bereits angesprochenen jüngeren Entscheidungen des 1. Strafsenats des BGH heißt:⁷

„... Im Gegensatz zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist bei § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO – schon nach seinem Wortlaut – nicht auf eine Kenntnis oder Unkenntnis der Finanzbehörden abzustellen oder das ungeschriebene Merkmal der ‚Unkenntnis‘ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt in den Tatbestand hineinzulesen. ...“

Dem folgt, soweit ersichtlich, die Literatur⁸ ebenso wie nun das OLG Köln in seiner Entscheidung, soweit es das Ergebnis betrifft.

2. Die (Gegen-)Auffassung von Roth

Nun gibt es eine (erste) Stimme, nach der die Sichtweise, wie sie das OLG Köln begründet, zu bestreiten sei.⁹

Es wird von Roth darauf verwiesen, dass die Formulierung des Gesetzes „in Unkenntnis lassen“ eine „opferbezogene“ Sichtweise einnehme und darüber hinaus in die Formulierung hineinlese, dass die Finanzbehörde auch „in Unkenntnis ist“. Soweit er nun meint, diesem Sprachverständnis sei nicht zu folgen, übersieht er Folgendes: Schon strukturell ist das „in Unkenntnis lassen“ dem Unterlassen nachgebildet. Ein – als vermeintliche Begründung für die gegenteilige Auffassung – herangezogener Verweis auf die positive Formulierung „in

² BGH NStZ 2000, 38; NStZ 2011, 408; NStZ 2013, 411.

³ So bspw. auch Schott, in: Hüls/Reichling, Steuerstrafrecht, 1. Aufl. 2016, § 370 Rn. 57 n.w.N.; a.A. hingegen Schmitz/Wulf, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2015, § 370 AO Rn. 260 m.w.N.

⁴ BGH NStZ 2000, 38.

⁵ BGH NStZ 2011, 408; m. Anm. Wulf NStZ 2011, 408 und m. Anm. Zimmermann Beck FD-StrafR 2011, 314692.

⁶ BGH NStZ 2013, 411; m. Anm. Krug Beck FD-StrafR 2013, 341369.

⁷ BGH NStZ 2011, 408; NStZ 2013, 411.

⁸ Jäger, in: Klein, AO, 14. Aufl., § 370 Rn. 60; Schott a.a.O. (Fn. 3), § 370 Rn. 143 f. m.w.N.

⁹ Roth a.a.O. (Fn. 1).

Kenntnis setzen“, wäre hingegen strukturell dem Tatbestand des Tuns in § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO zuzuordnen. Naheliegend – wenn nicht gar zwingend – ist bei wörtlicher Auslegung ohnehin, dass nur derjenige in Unkenntnis gelassen werden kann, der in Unkenntnis ist. Die Klärung der Frage einer Strafbarkeit kann unter Berücksichtigung dieser Prämisse nur über den subjektiven Tatbestand erfolgen, wenn der Erklärungsspflichtige um die Kenntnis der Finanzbehörde nicht weiß.

Sofern *Roth* weiter systematische Argumente für seine vorzugswürdige Auslegung heranziehen will, ist auch diesen nicht zu folgen. Dreh- und Angelpunkt der beiden Tatbestandsvarianten ist ihr Wortlaut, der einmal auf die Unkenntnis abstellt und einmal nicht. Die Logik, dass § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO hinsichtlich des Kenntnisstands der Finanzbehörden gleich zu behandeln wären, ist damit von vornherein nicht zwingend. Zudem ist die Unkenntnis der Finanzbehörde der Grund dafür, dass die Modalitätenäquivalenz¹⁰ gegeben ist, welche ansonsten durch § 13 StGB geregelt wird. Mit der Vorschrift des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO bzw. seiner Vorgängernormen wollte man dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Genüge tun und die Tatmodalität des Unterlassens ausdrücklich regeln.¹¹ Der damalige Gesetzesentwurf stellte das „unrichtige-Angaben-machen“ dem „in-Unkenntnis-lassen“ ausdrücklich gegenüber.¹² Beide Tatbestandsvarianten sollten gleichwertig sein, weswegen § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO auch keine Möglichkeit der Strafmilderung i.S.d. § 13 Abs. 2 StGB vorsieht. Wäre die tatsächliche Unkenntnis der Finanzbehörde entbehrlich, dann wären die Tatvarianten nicht mehr vergleichbar. Denn es handelt sich bei § 370 AO nicht um ein rein erfolgsbezogenes Delikt, sondern um ein Delikt mit Handlungsbezug, so dass es einer Begründung erfordert, warum das Unterlassen einem aktiven Tun gleichgestellt sein soll. Wollte man also wirklich zu einer Gleichbehandlung beider Tatbestandsvarianten kommen, dann spräche mit der Literatur deutlich mehr dafür, die Überlegungen zu § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO auch auf § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO zu übertragen,¹³ wie es ursprünglich auch der 5. Strafsenat des BGH erwog.¹⁴

Soweit *Roth* dann auf die Auslegungsmöglichkeiten der Regelbeispiele nach § 370 Abs. 3 Nr. 2 und 3 AO verweist,¹⁵ hat das OLG Köln hierzu in der Tat ein abweichendes Verständnis. Die Regelbeispiele können danach nur zur Auslegung des Grundtatbestands beitragen, wenn dieser erfüllt ist.¹⁶ Dieser Ansatz überzeugt. Zur Frage des „wie“ tragen Regelbeispiele im Zweifel bei, zur Frage des „ob“ können sie hingegen nicht weiterhelfen. Im Übrigen helfen die Regelbeispiele auch inhaltlich wenig bei der Auslegung, denn bei § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO geht es um die Kenntnis der Finanzbehörde, in den Regelbeispielen hingegen um die aktive Einbindung eines Amtsträgers in die Tat.

Schließlich scheint *Roth* in seiner Diskussion die Neuregelung des § 150 Abs. 7 S. 2 AO¹⁷ zu übersehen, zumindest hält er diese für nicht diskussionsbedürftig. Geregelt ist darin mit Wirkung seit dem 01.01.2017 Folgendes:

„Daten, die von mitteilungspflichtigen Stellen nach Maßgabe des § 93c an die Finanzverwaltung übermittelt wurden, gelten als Angaben des Steuerpflichtigen, soweit er nicht in einem dafür vorzusehenden Abschnitt oder Datenfeld der Steuererklärung abweichende Angaben macht.“

Diese Neuregelung soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine Deklaration durch den Steuerpflichtigen entbehrlich machen in den Fällen, in denen die Finanzbehörde ohnehin Kenntnis hat.¹⁸ Welchen Einfluss die Regelung auf die Praxis der Finanzverwaltung und die Rechtsprechung haben wird, bleibt abzuwarten.¹⁹ Naheliegender ist eine dem OLG Köln widersprechende Auslegung der Tatbestandsvariante des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO unter Berücksichtigung aller Argumente und der Neuregelung des § 150 Abs. 7 S. 2 AO jedenfalls nicht geworden.

¹⁰ Zum Begriff: *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 13 Rn. 83 ff. m.w.N.

¹¹ *Bülte* BB 2010, 607 m.w.N.

¹² BT-Drs. VI/1982, 194.

¹³ *Webel* wistra 2017, 366 (Anm. zu *OLG Köln* wistra 2017, 363); *Schmitz/Wulf* a.a.O. (Fn. 3), § 370 AO Rn. 260 m.w.N.

¹⁴ *BGH* NStZ 2000, 38.

¹⁵ BayObLG NStZ 2002, 552; *BGH* NStZ 2011, 408; NStZ 2013, 411; zur Diskussion auch: *Steinberg* wistra 2012, 45.

¹⁶ *Webel* a.a.O. (Fn. 10).

¹⁷ BGBl. I 2016, 1679.

¹⁸ BT-Drs. 1884/34, 112 (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses vom 11.05.2016).

¹⁹ *Webel* a.a.O. (Fn. 10).

3. Folgerungen für die Praxis

Die Verfolgung einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist, obwohl eigentlich der „Paradefall“ des Tatbestands, in der Praxis ohnehin eher die Ausnahme. Bei der Erfüllung der entsprechenden steuerlichen Erklärungspflichten²⁰ kommt es in besonderen Konstellationen gleichwohl zu – insbesondere betragsmäßig – relevanten Fällen, etwa bei der nachträglichen Berichtigung nach § 153 Abs. 1 AO in Unternehmen.²¹ Hier bietet die aktuelle Entscheidung des OLG Köln viel Argumentationspotential in objektiver und subjektiver Hinsicht, wobei sich bereits jetzt weitere Streitpunkte abzeichnen: Welchen Grad die Kenntnis der Finanzbehörde haben muss²² oder auf wessen Kenntnis genau es ankommen soll,²³ um nur zwei zu nennen.

Durch diese Auslegung des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO entstehen auch keine relevanten Strafbarkeitslücken. Davon abgesehen, dass nicht Strafbarkeits- sondern Schutzlücken die Begründung für eine Strafbarkeit wären, gilt Folgendes: Natürlich ist denkbar, dass sich bspw. ein Steuerpflichtiger in entsprechenden Besteuerungsverfahren – auch bei fehlender Kenntnis der Finanzbehörde – darauf beruft, er sei davon ausgegangen, dass bei ordnungsgemäßen Gang der Mitteilungen innerhalb der Finanzbehörden die entsprechende (tatbestandsausschließende) Kenntnis beim Finanzamt vorgelegen hätte.²⁴ Diese im Gesetz ausdrücklich angelegte Sichtweise entspricht indes den Grundprinzipien des Strafrechts: Ohne Vorsatz muss der Tatbestand ausscheiden. Die erforderliche Prüfung einer Strafbarkeit verlagert sich schlicht in den subjektiven Tatbestand, ohne dass man dafür den objektiven Tatbestand *contra legem* extensiv auslegen müsste.

²⁰ Schott a.a.O. (Fn. 3), § 370 Rn. 109 ff. m.w.N.

²¹ Krug/Skoupil NZWiSt 2015, 453.

²² Dazu bspw. Jäger a.a.O. (Fn. 8), Rn. 60. und Weibel a.a.O. (Fn. 10).

²³ Roth a.a.O. (Fn. 1) m.w.N.

²⁴ Roth a.a.O. (Fn. 1).

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

Akteneinsicht an verfahrensunbeteiligte Dritte in Steuerstrafverfahren - § 475 StPO, § 30 AO

Die Gewährung von Akteneinsicht an verfahrensunbeteiligte Dritte richtet sich ausschließlich nach § 475 StPO, es sei denn, die Antragsteller sind ihrerseits Geschädigte im Sinne des § 406e StPO.

Die Akteneinsicht ist zu versagen, wenn schutzwürdige Interessen dem entgegenstehen (§ 475 Abs. 1 S. 2 StPO), oder aber sie anderweitigen gesetzlichen Verwendungsregelungen zuwiderlaufen würde (§ 477 Abs. 2 StPO).

Aus dem Steuergeheimnis (§ 30 AO) ergibt sich eine derartige entgegenstehende gesetzliche Verwendungsregelung. Sie ist auch dann strikt zu beachten, wenn im Zusammenhang mit einer Unternehmensinsolvenz die Geltendmachung von Regressforderungen gegen die vormaligen Organe beabsichtigt ist, und die begehrte Akteneinsicht zur Vorbereitung zivilrechtlicher Schritte dienen soll.

OLG Rostock, Beschluss vom 13.07.2017 – 20 Ws 146/17, ZlInsO 2017, 1734.

II. Materielles Strafrecht

1. Betrug durch einen Insolvenzverwalter bei unzutreffenden Vergütungsanträgen - § 263 StGB

Eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB kann konkludent dergestalt erfolgen, dass der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt. Welcher Inhalt einer solchen Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich nach dem objektiven Empfängerhorizont, der unter Berücksichtigung der Erwartungen der Beteiligten und der Verkehrsanschauung festzulegen ist. Der Empfängerhorizont wird hier wie auch sonst bei Erklärungen im Verkehr regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt, in dem die Erklärung steht.

Der Rechtsverkehr erwartet im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Anspruchs vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung solcher Tatsachen, die wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs sind und die der Adressat aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann.

Vor diesem Hintergrund macht sich auch derjenige strafbar, der die von ihm bei einer Abrechnung einzuhaltenden Normen missachtet. Wer für seine Anspruchsbildung an bestimmte Vorschriften gebunden ist, der erklärt schlicht durch sein Verhalten, dass er die einschlägigen Regeln beachtet. Insoweit enthält zwar die bloße Aufforderung zu einer Leistung nicht generell die Behauptung eines Anspruchs hierauf. Treten indes die folgenden besonderen Umstände hinzu, ist eine konkludente Täuschung zu bejahen: Fehlende Wahrung der einschlägigen Bestimmungen - Maßgeblichkeit der Bestimmungen für die Beurteilung des Anspruchs - fehlende Möglichkeit des Adressaten, die Berechnungsgrundlagen ohne weiteres zu überprüfen.

LG Aurich, Urteil vom 25.04.2017 – 15 KLS 1000 Js 17239/10 (3/14), BeckRS 2017, 117963

Das sehr umfangreiche und ausnehmend sorgfältig begründete Urteil ist die vermutlich letzte strafgerichtliche Entscheidung, die im Zusammenhang mit der Insolvenz des Wiesmoorer Bauunternehmens Bohlen & Doyen im Jahr 2007 ergangen ist. Die Umstände dieses Insolvenzverfahrens waren in der Vergangenheit Gegenstand vielfältiger Beurteilung; s. zur vergütungsrechtlichen Seite etwa Haarmeyer, ZInsO 2013, 2399. Eine strafrechtliche Aufarbeitung ist mehrfach gescheitert. So hat das LG Aurich die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den seinerzeit zuständigen Insolvenzrechtspfleger, der wegen Rechtsbeugung und Untreue angeklagt worden war, abgelehnt; vgl. LG Aurich, Beschluss vom 13.05.2013 – 15 KLS 1000 Js 55939/12 (2/13), ZInsO 2014, 343 m. Anm. Weyand. Ursprünglich hatte die dieselbe Kammer auch die Zulassung der Anklage gegen den jetzt – von einem anderen Spruchkörper des Gerichts - freigesprochenen Insolvenzverwalter verweigert; vgl. LG Aurich, Beschluss vom 27.07.2015 – 15 KLS 1000 Js 17239/10 (3/14), ZInsO 2015, 1809 mit Anm. Weyand, ZInsO 2015, 1843. Dieser Nichteröffnungsbeschluss wurde auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin durch das OLG Oldenburg zwar aufgehoben; vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 25.04.2016 – 1 Ws 508/15, ZInsO 2016, 1659 m. Anm. Weyand. Dem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft war aber, wie die jetzt vorliegende sehr ausführlich und ausnehmend gründlich begründete Entscheidung des LG Aurich belegt, nur ein kurzfristiger vorläufiger Erfolg beschieden. Das LG geht nunmehr – stark vereinfachend – davon aus, dass bereits der objektive Tatbestand des Betruges nicht verwirklicht wurde, da der Angeklagte sich zwar – möglicherweise – unzutreffende Rechtsauffassung zu eigen gemacht, in seinen Ausführungen zum Vergütungsanspruch aber keine falschen Sachverhalte bzw. unrichtige vergütungserhebliche Umstände vorgetragen habe. Mit anderen Worten: Wer objektiv unzutreffende Rechtsmeinungen vertritt, begeht allein hierdurch noch keinen Betrug. Durch die zwischenzeitlich erfolgte Rücknahme der von der Staatsanwaltschaft zunächst noch eingelegten Revision hat der BGH leider keine Möglichkeit mehr, zu der vom LG aufgeworfenen Problematik Stellung zu nehmen. Vgl. im Übrigen ausführlich zu diesem Themenbereich bereits Bittmann, ZInsO 2009, 1437 sowie speziell zum Urteil des LG Aurich vom 25.04.2017 jüngst Bittmann, ZInsO 2017, 1874.

2. Verstoß gegen § 325 HGB als Untreue - § 266 StGB

Ein Verstoß gegen § 325 HGB durch Nichteinreichen des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Bestätigungsvermerks beim Bundesanzeiger stellt keine untreuerelevante

Pflichtverletzung dar, auch wenn deswegen Ordnungsgeldbescheide ergehen. Der Vorschrift kommt - jedenfalls für das zu betreuende Gesellschaftsvermögen - kein vermögensschützender Charakter zu.

LG Ravensburg, Beschluss vom 22.02.2017 – 2 Qs 9/17, NStZ-RR 2017, 145.

3. Tateinheit von falscher Versicherung an Eides statt und Bankrott - §§ 283 Abs. 1 Nr. 1, 156, 52StGB

Gibt der Schuldner gegenüber dem mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher Vermögenswerte in seinem Vermögensverzeichnis, dessen Richtigkeit er in der Folge an Eides statt versichert, nicht an und verschweigt er diese Werte in einem Insolvenzantrag anschließend auch gegenüber dem Insolvenzgericht, stehen beide Delikte im Verhältnis der Tateinheit, weil beides der Verschleierung der wahren Vermögenslage und dem Verheimlichen von Vermögensbestandteilen dienen soll.

BGH, Beschluss vom 21.03.2017 – 1 StR 602/16, ZInsO 2017, 1314.

4. Bankrott durch Verletzung einer Auskunft- oder Anzeigepflicht - § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, § 305 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Wer eine insolvenzrechtliche Auskunft- oder Anzeigepflicht verletzt, kann den Tatbestand des Bankrotts in der Variante des Verheimlichens erfüllen.

BGH, Beschluss vom 09.05.2017 - 1 StR 626/16, ZInsO 2017, 1429.

5. Besonders schwerer Fall des Bankrotts bei Handeln aus Gewinnsucht - § 283a Satz 2 Nr. 1 StGB

Gewinnsucht i.S.d. § 283a Satz 2 Nr. 1 StGB ist ein Streben nach Gewinn um jeden Preis.

BGH, Urteil vom 31.05.2017 - 2 StR 489/16, ZInsO 2017, 1425.

Zu der Entscheidung s. Oehmichen, FD-StrafR 2017, 393179.

6. Insolvenzverschleppung: Zahlungsunfähigkeit und Zufluss liquider Mittel aus illegalen Einkünften - §§ 64 Abs. 1 Satz 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a.F. §§ 15a Abs. 1, Abs. 4, 17 Abs. 2 Satz 1 InsO

Zahlungsunfähigkeit kann durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden.

Nur wenn der Wille der Gläubiger deutlich wird, die Erfüllung seiner Ansprüche zu verlangen, ist von fälligen Forderungen auszugehen, die allein bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind.

Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ist es irrelevant, aus welcher Quelle tatsächlich vorhandene Mittel des Schuldners stammen; auch aus Straftaten herrührende illegale Einkünfte sind als liquide Mittel zu berücksichtigen.

BGH, Beschluss vom 16.05.2017 - 2 StR 169/15, ZInsO 2017, 1364.

III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Verlust der Geschäftsführerstellung mit rechtskräftiger Verurteilung wegen einer Katalogtat - § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 15a InsO

Die rechtskräftige Verurteilung wegen einer in § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG aufgeführten Katalogtat führt von Rechts wegen zum sofortigen Verlust des Amts als Geschäftsführer, weshalb eine Eintragung im Handelsregister lediglich deklaratorischen Charakter hat.

Die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung entfällt, wenn die formelle Geschäftsführerstellung endet, und der Täter auch nicht faktischer Geschäftsführer ist.

LG Halle (Saale), Urteil vom 10.05.2017 - 2a Ns 2/17, ZInsO 2017, 1439.

Zur Inhabilität s. jüngst auch LG Leipzig, Beschluss vom 12.10.2016 - 15 Qs 1 48/1 6, ZInsO 2017, 41, sowie OLG Naumburg, Beschluss vom 30.01.2017 – 5 Wx 2/17, ZInsO 2017, 839 = GmbHR 2017, 403 m. zust. Anm. Melchior.

2. Haftung des Strohmann-Geschäftsführers für nichtabgeführte Arbeitnehmeranteile - § 823 Abs. 2 BGB, §§ 266a, 14 StGB

Auch ein Geschäftsführer, der als Strohmann fungiert, die Wahrnehmung seiner Kompetenzen Dritten überlässt und sich um die Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse der Mitarbeiter der Gestaltung nicht kümmert, haftet wegen der Vorenthaltung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und nimmt die Nichtabführung (im Sinne bedingten Vorsatzes) zumindest in Kauf.

OLG Celle, Urteil vom 10.05.2017 - 9 U 3/17, ZInsO 2017, 1547.

Zu der Entscheidung s. Ambrosy, jurisPR-StrafR 14/2017 Anm. 3.

3. Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung bei möglichem Verbotsirrtum - § 823 BGB, § 54 KWG

Hält der Täter des § 54 KWG seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so unterliegt er aus strafrechtlicher Sicht einem Verbotsirrtum im Sinne des § 17 Abs. 1 StGB. Ist dieser unvermeidbar, so scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB aus.

Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Täters bei der zuständigen Aufsichtsbehörde dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, so scheidet seine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem betreffenden Strafgesetz infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Täter eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat.

Vertraut der Täter auf eingeholten anwaltlichen Rat, begründet dies nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum. Insbesondere darf er sich nicht allein auf die Auffassung eines Rechtsanwaltes verlassen, nur weil diese für sein Vorhaben günstig ist.

BGH, Urteil vom 16.05.2017 – VI ZR 266/16, ZInsO 2017, 1666.

4. Insolvenzantrag einer führungslosen UG - § 15a InsO

Der Insolvenzantrag eines Gesellschafters einer prozessunfähigen GmbH – hier: einer UG – nach § 15a Abs. 1 InsO ist als unzulässig zurückzuweisen, wenn nachfolgend kein gesetzlicher Vertreter, sei es ein Prozesspfleger, sei es ein Notgeschäftsführer, bestellt wird. Dies gilt auch dann, wenn die UG durch den Wegfall ihres einzigen Geschäftsführers führungslos geworden ist.

Die Bestellung eines Notgeschäftsführers zur Herstellung der Prozessfähigkeit der Insolvenzschuldnerin ist nicht vom Insolvenzgericht, sondern von den Gesellschaftern zu betreiben.

LG Kleve, Beschluss vom 21.03.2017 – 4 T 577/16, ZInsO 2017, 1751.

IV. Verwaltungsrechtliche Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

1. Erkennungsdienstliche Maßnahmen nach Verurteilung wegen Insolvenzdelikten - § 81b Abs. 2 StPO, § 15a InsO, § 283 StGB

Erkennungsdienstliche Maßnahmen i.S.d. § 81 b Abs. 2 StPO sind nur zulässig, wenn sie geeignet sind, mögliche in Zukunft erforderliche Ermittlungen zu fördern.

Eine solche Förderung zukünftiger Ermittlungen kommt im Bereich der Insolvenzdelikte insbesondere dann in Betracht, wenn die Identität des erkenntnisdienlich zu Behandelnden im vorangegangenen Ermittlungsverfahren fraglich war bzw. die tatsächlichen Firmenverhältnisse verschleiert wurden.

Verwaltungsgericht des Saarlandes, Urteil vom 29.03.2017 – 6 K 1127/15,n.v.; juris.

2. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit bei vorübergehender Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen und bei Steuerrückständen - § 35 Abs. 1 GewO, § 266a StGB

Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender von dem Augenblick an, an dem ein Lebenssachverhalt eingetreten ist, angesichts dessen er keine Gewähr mehr für eine künftig ordnungsgemäße Gewerbeausübung bietet.

Einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Entscheidung kommt in einem Gewerbeuntersagungsverfahren indizielle Wirkung dafür zu, dass der vom Strafgericht zugrunde gelegte Sachverhalt, auf den sich der Unzuverlässigkeitsvorwurf stützt, den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Einer Krankenkasse als Einzugsstelle für Sozialversicherungsbeiträge entsteht auch dann ein Schaden, wenn ihr geschuldete Beträge zwar nicht auf Dauer vorenthalten bleiben, wohl aber vorübergehend nicht abgeführt werden.

Das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen stellt – ebenso wie Haftbefehle zur Erzwungung der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung – ein starkes Indiz dafür dar, dass Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO eingetreten ist, weil diese Forderungen in der Regel wegen der drohenden Strafbarkeit nach § 266a StGB bis zuletzt bedient werden.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 29.03.2017 – 22 ZB 17.244, ZInsO 2017, 1221.

3. Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung und waffenrechtliche Unzuverlässigkeit - § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst a WaffG, § 15a InsO

Bei der Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO) wird die gesetzliche Vermutung der waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit im Sinne des § 5 Abs. 2 WaffG nicht deswegen widerlegt, weil es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt

Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer waffenrechtlichen Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 WaffG ist auch bei einer lange zurückliegenden Straftat des Betroffenen nicht auf den Zeitpunkt der berufsgerichtlichen Verhandlung abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung.

Die Behörde darf grundsätzlich von der Richtigkeit einer strafgerichtlichen Verurteilung ausgehen und sich auf die Prüfung beschränken, ob das die Sanktion begründende Verhalten im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen die Annahme waffenrechtlicher Unzuverlässigkeit rechtfertigt.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 28.06.2017 – 21 CS 17.196, ZInsO 2017, 1727.

Internationales

Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA, beide Wien

WisteV-Länderbericht Österreich

I. Disziplinarrecht

§ 9 RAO; § 2 RL-BA 1977 (= § 17 RL-BA 2015); Art XIV RL-BA 1977 (= § 58 RL-BA 2015); Art 1.5 CCBE-Berufsregeln - Androhung nicht sachbezogener Maßnahmen (Strafanzeige); grenzüberschreitende anwaltliche Tätigkeit

Die Drohung mit einer Strafanzeige ist nur dann zulässig, wenn der Rechtsanwalt nach sorgfältiger Prüfung zur Überzeugung gelangt, dass das Verhalten des Gegners strafgesetzwidrig ist und ein durchsetzbarer Anspruch vorliegt.

Im Fall grenzüberschreitender Tätigkeit iSv Art 1.5 Berufsregeln der europäischen Rechtsanwälte (CCBE) unterstehen Rechtsanwälte zusätzlich auch diesen Berufsregeln. Bei Kollisi-

on der insoweit kumulativ geltenden Normen hat sich der Rechtsanwalt an die strengere der beiden Regeln zu halten.

OGH 20. 9. 2016, 20 Os 6/16g

Sachverhalt:

Der beschuldigte Rechtsanwalt hatte mit Schreiben vom 24. 3. 2015 gegenüber einer AG mit Sitz in der Schweiz die Geltendmachung einer Forderung von € 13.952,90 sA für Marketing- und Dienstleistungen unter Setzung einer dreitägigen Zahlungsfrist mit der Ankündigung verbunden, für den Fall, dass ein Mandant weiterhin von der AG über deren Zahlungsbereitschaft getäuscht und die Forderung nicht fristgerecht bezahlt werde, Betrugsanzeige zu erstatten.

Über den Disziplinarbeschuldigten wurde hierfür eine Geldbuße in Höhe von € 3.500,- verhängt und dabei erschwerend die Ankündigung einer Strafanzeige (statt etwa einer Zivilklage) mit größerem Beunruhigungspotential, als mildernd die disziplinäre Unbescholtenheit und die „wahrheitsgemäße Verantwortung“ des Disziplinarbeschuldigten gewertet.

Der OGH gab der Berufung nicht Folge.

Aus den Gründen:

Die mit dem Einwand fehlender inländischer Disziplinargerichtsbarkeit begründete Rechtsrüge (Z 9 lit a) verkennt grundlegend, dass das inkriminierte Schreiben durch einen österreichischen Rechtsanwalt, versendet wurde. Das begründet jedenfalls die Kognition der (ober)österreichischen Standesgerichtsbarkeit (*Lehner in Engelhart et al* RAO⁹ DSt § 10 Rz 2). Es geht nämlich bei der disziplinären Beurteilung des fallgegenständlichen Briefs keineswegs um das Recht auf freie Berufsausübung bei einer grenzüberschreitenden anwaltlichen Tätigkeit, konkret die Benachteiligung aufgrund Agierens in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Es ist nicht ersichtlich, warum die disziplinäre Verantwortlichkeit davon abhängen soll, ob sich der Adressat der Drohung im Ausland oder im Inland befindet. Dies ergibt sich auch aus der in Art XIV RL-BA 1977, nunmehr in § 58 RL-BA 2015 normierten Verbindlichkeit der RL für alle in Österreich niedergelassenen Rechtsanwälte, mit der in Abs 2 der zweitgenannten Bestimmung normierten Ergänzung, wonach diese im Fall deren grenzüberschreitender Tätigkeit iSv Art 1.5 Berufsregeln der europäischen Rechtsanwälte (CCBE) zusätzlich auch diesen Berufsregeln unterstehen. Bei Kollision der insoweit kumulativ geltenden Normen hat sich der Rechtsanwalt an die strengere der beiden Regeln zu halten und kann sich nicht auf günstigere Regelungen in den Berufsregeln der europäischen Rechtsanwälte oder des Staats, in welchem er tätig ist, oder umgekehrt seines Heimatstaats berufen (*Engelhart in Engelhart et al*, RAO⁹ RL-BA 1977 Art XIV Rz 4; AnwBl 2010/8241).

Zu tragen kommen bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit auch unmittelbare Auswirkungen auf Ehre und Ansehen des Stands der österreichischen Rechtsanwaltschaft gemäß den Grundprinzipien der Berufsausübung in § 1 RL-BA 2015, dessen Schutz die Standesregeln bezwecken. Damit verfehlen die Ausführungen der Berufung zum in der Schweiz geltenden Berufsrecht ihr Ziel.

Der festgestellten Tatsachengrundlage zufolge wurden dem Disziplinarbeschuldigten vor seinem an die Anspruchsgegnerin gerichteten Schreiben vom 24. 3. 2015 diverse Informationen seines Klienten im Wesentlichen über dessen Geschäftsbeziehung mit der Anspruchsgegnerin, so das erfolgte Erbringen von Designerleistungen, die offene Bezahlung der im Februar(!) 2015 in Rechnung gestellten Honorare, ebenso der Bestand von Auffassungsunterschieden über die Basis der Honorierung, nicht aber irgendwelche Informationen eines von der Anspruchsgegnerin gesetzten, den strafrechtlichen Tatbestand eines Betrugs erfüllen den Verhaltens (was jedenfalls Täuschung vor Leistungserbringung vorausgesetzt hätte) mitgeteilt (ES 5). Trotzdem schrieb der Disziplinarbeschuldigte: „Sollte mein Mandant weiterhin von ihnen über ihre Zahlungsbereitschaft getäuscht werden und das Geld nicht fristgerecht auf meinem Konto eingehen, so wird mein Mandant noch vor Ostern Betrugsanzeige bei den Strafbehörden erstatten“ (ES 6). Der vorgelegte Schriftverkehr aus dem Frühjahr 2016 vermag für den Informationsstand im März 2015 nichts auszusagen.

Die Drohung mit einer Strafanzeige ist disziplinarrechtlich gesehen nur dann zulässig, wenn ein Rechtsanwalt nach sorgfältiger Prüfung zur Überzeugung gelangt, dass das Verhalten des Gegners strafgesetzwidrig ist und ein durchsetzbarer Anspruch vorliegt (vgl 20 Os 7/14 a; RIS-Justiz RS0056214; Feil/Wennig, Anwaltsrecht⁸ § 9 RAO Rz 15, § 2 RL-BA Rz 2). Da dem

Disziplinarbeschuldigten den Konstatierungen zufolge keine einen konkreten Betrugsverdacht rechtfertigende Information vorlag und er dennoch in seinem Schreiben eine Betrugsanzeige für den Fall der nicht binnen drei(!) Tagen erfolgenden Erfüllung des allein zivilrechtlich begründeten Zahlungsverlangens unter Bezug auf rund eineinhalb Monate offene Rechnungen ankündigte, hat er den disziplinären Verstoß einer Anwendung unzulässiger Druckmittel gem § 2 RL-BA 1977 zu verantworten. Mangels zum Zeitpunkt des Schreibens gegebener strafrechtlicher Indikation liegt die Unzulässigkeit der Vertretungshandlung im Fehlen jeder Sachbezogenheit zum angedrohten Vorgehen für die allein zivilrechtliche Forderungsbetreibung.

Den Überlegungen des Berufungswerbers zu den unterschiedlichen Formulierungen der RL-BA 1977 und der RL-BA 2015 genügt der Hinweis auf die Übergangsbestimmung des § 59 Abs 3 RL-BA 2015 (Anordnung der Weitergeltung der früheren Rechtslage für bis 31. 12. 2015 verwirklichte Sachverhalte).

Im Übrigen änderte die Neuformulierung in § 17 RL-BA 2015 mit der Umschreibung des Mangels am Vorliegen einer Mittel-Zweck-Relation als nicht sachbezogene Maßnahme gegenüber dem Terminus des sachlich nicht gerechtfertigten Druckmittels in § 2 RL-BA 1977 nichts am Beurteilungsmaßstab.

Anmerkung:

Es ist gefestigte standesrechtliche Judikatur, dass der Rechtsanwalt vor Drohung mit einer Strafanzeige sorgfältig zu prüfen hat, ob Anhaltspunkte für ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Gegners vorliegen. Daran ändert auch die geringfügig geänderte Formulierung von § 17 RL-BA 2015 (Verbot, „nichtsachbezogene Maßnahmen anzukündigen oder anzuwenden“) gegenüber dem bisherigen § 2 RL-BA 1977 nichts (Verbot, „sachlich nicht gerechtfertigte Druckmittel anzukündigen oder anzuwenden“). Dies hat der OGH mit der vorliegenden Entscheidung nun klargestellt.

Dass bei grenzüberschreitender anwaltlicher Tätigkeit stets das Standesrecht beider Staaten einzuhalten ist, wird oft übersehen, gewinnt aber zunehmend an Bedeutung. Auch damit setzt der OGH die bisherige Judikatur der OBDK fort (etwa 3 Bkd 3/13 AnwBl 2013, 727).

(Michael Buresch, AnwBl 2017,103)

II. Aus der aktuellen Rechtsprechung

1. Zusammentreffen von Verbrechen nach StGB und Finanzdelikten nach FinStrG

ZWF 2017/34

§ 22 Abs 1 FinStrG

OGH 13.3.2017, 13 Os 10/116a

Das Zusammentreffen des Verbrechens der Untreue (§ 153 Abs 1 und 2 Fall 2 StGB [aF]) mit Finanzdelikten darf zufolge des Gebots zur separaten Sanktionierung gem § 22 Abs 1 FinStrG bei der Strafbemessung nicht als erschwerend gewertet werden. Die Finanzvergehen sind in die Strafbemessung nach dem StGB ebenso wenig miteinzubeziehen wie das Verbrechen nach dem StGB in jene nach dem FinStrG.

(Rainer Brandl/Roman Leitner, ZWF 3/2017)

2. Zurechnung der Handlungen von Mitarbeitern

ZWF 2017/35

§ 35 Abs I lit a FinStrG

EuGH 25. 1. 2017, C-679/15, Ultra -Brag

Für abgabenrechtliche Zwecke muss sich der Arbeitgeber auch das Verhalten seiner Mitarbeiter zurechnen lassen, die unter Beachtung des Rahmens der ihnen von ihrem Arbeitgeber übertragenen Aufgaben und damit im Rahmen ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs im Namen und für Rechnung ihres Arbeitgebers den Grund für das vorschriftswidrige Verbringen von Waren gesetzt haben.

(Rainer Brandl/Roman Leitner, ZWF 3/2017)

3. § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO (§ 65 StGB): Ausländisches Recht als Gegenstand von Feststellungen

= EvBl-LS 2017/15

Hängt die Anwendbarkeit der österreichischen Strafgesetze davon ab, dass die Tat nach den Gesetzen des Tatorts mit Strafe bedroht und die Strafbarkeit nicht durch Erledigung des Strafanspruchs im Ausland erloschen ist (§ 65 Abs 1, 3 und 4 StGB), bedarf es „entsprechender - hier fehlender - Konstatierungen, die es ermöglichen, die Strafbarkeit der vorgeworfenen Handlung im Tatortstaat zu beurteilen (vgl RIS-Justiz RS0092377)“.

OGH 7.9.2016, 15 Os 42/16 i.

4. § 44 Abs 2 StGB (§ 27 StGB):

Ausschluss von Gewerbeausübung kann bedingt nachgesehen werden = EvBl-LS 2017/16

Beim Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes nach § 13 Abs 1 GewO 1994 handelt es sich um eine Rechtsfolge, die nach § 44 Abs 2 StGB bedingt nachgesehen werden kann.

OGH 3.10.2016, 17 Os 10/16y.

5. § 5 Abs 3 StPO (§ 133 Abs 5 StPO):

Tatprovokation = EvBl 2017/27

Eine unzulässige, ein Verfolgungshindernis darstellende polizeiliche Tatprovokation liegt nur vor, wenn sich die beteiligten Polizeibeamten nicht auf eine weitgehend passive Strafvermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass diese zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie andernfalls nicht begangen hätte.

OGH 15. 11. 2016, 11 Os 102/16h

6. § 167 Abs 2 Z 2 StGB (§ 1444 ABGB):

Tätige Reue = EvBl 2017/28

Gänzlicher oder teilweiser Verzicht auf Schadensgutmachung ist nur dann Grundlage für die Annahme tätiger Reue, wenn der Täter dem Geschädigten den Ersatz des ganzen Schadens realistisch anbietet und der Geschädigte is eines freiwilligen und schenkungsweisen Schulderrlasses daraufhin einen Verzicht erkläre.

OGH 15.11.2016, 11 Os 97/16y

Jus-Extra OGH-St 5099 = EvBl 2017/28 S 181 - EvBl 2017,181 = ZWF 2017/16 S 81 - ZWF 2017,81 = JSt-LS 2017/29 S 161 - JSt-LS 2017,161 = AnwBl 2017,285 = RZ 2017,108 EÜ69 - RZ 2017 EÜ69 = RZ 2017/5 S 119 - RZ 2017,119 = AnwBl 2017,339

Aus der Entscheidung:

*“Der Oberste Gerichtshof hat am 15. November 2016 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schwab als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger, Mag. Michel und Mag. Fürnkranz und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Rathgeb als Schriftführerin in der Strafsache gegen Martin H***** wegen des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1, Abs 3 zweiter Fall StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Linz als Schöffengericht vom 14. Juni 2016, GZ 23 Hv 38/16k-15, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Eisenmenger, des Angeklagten und seines Verteidigers Mag. Eilmsteiner zu Recht erkannt:*

In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

*Martin H***** ist schuldig, er hat von April 2011 bis 22. Juli 2013 in O***** seine ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, als Bankangestellter über das Vermögen der R******

W***** eGen (mbH) zu verfügen, wissentlich missbraucht und dadurch der Vollmachtgeberin einen 300.000 Euro übersteigenden Vermögensschaden zugefügt, indem er unter Umgehung des internen Kontrollsystems und unter Missachtung von Dienstanweisungen in unzähligen Angriffen Bartransaktionen von Kunden fingierte und willkürlich Buchungen vom Hauptbuchkonto Nr ***** auf eigene Kreditkartenkonten sowie auf von ihm verwendete (stillgelegte) Kundenkonten lautend auf Anabela C***** und Gregor G***** vornahm, wodurch der R***** W***** eGen (mbH) ein Vermögensnachteil in Höhe von 939.034,98 Euro zugefügt wurde.

Er hat hiedurch das Verbrechen der Untreue nach § 153 Abs 1, Abs 3 zweiter Fall StGB begangen und wird hiefür nach dem zweiten Strafsatz des § 153 Abs 3 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt.

Gemäß § 43a Abs 4 StGB wird ein Strafteil von 20 Monaten unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen.

Gemäß §§ 389 Abs 1, 390a Abs 1 StPO fallen dem Angeklagten die Kosten des Strafverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Martin H***** von dem wider ihn mit Anklageschrift vom 6. Mai 2016 erhobenen Vorwurf, er habe von April 2011 bis 22. Juli 2013 in O***** seine ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis als Bankangestellter über das Vermögen der R***** W***** eGen (mbH) zu verfügen, wissentlich missbraucht und dadurch der Vollmachtgeberin einen 300.000 Euro übersteigenden Vermögensschaden zugefügt, indem er unter Umgehung des internen Kontrollsystems und unter Missachtung von Dienstanweisungen in unzähligen Angriffen Bartransaktionen von Kunden fingierte und willkürlich Buchungen vom Hauptbuchkonto Nr ***** auf eigene Kreditkartenkonten sowie auf von ihm verwendete (stillgelegte) Kundenkonten lautend auf Anabela C***** und Gregor G***** vornahm, wodurch der R***** W***** eGen (mbH) ein Vermögensnachteil in Höhe von 939.034,98 Euro zugefügt wurde, gemäß § 259 Z 3 StPO (verfehlt auch von der rechtlichen Kategorie; vgl Lendl, WK-StPO § 259 Rz 1) freigesprochen.

Nach den Feststellungen hat der bis zu seiner Entlassung am 22. Juli 2013 bei der Geschädigten im Privatkundenbereich beschäftigte Angeklagte den Tatbestand durch die im Spruch geschilderten Verhaltensweisen zwar in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Bereits vor Kenntnis der Behörde (§ 151 Abs 3 StPO) von seinem Verschulden verpflichtete er sich indes zur Gutmachung des aus seiner Tat entstandenen Schadens, indem er am 23. Juli 2013 bzw am 30. Oktober 2013 eine Vereinbarung abschloss, wonach er einen (nach Leistung von Rückzahlungen verbliebenen, rechnerisch nicht nachvollziehbaren) Schaden in der Höhe von (letztlich) 864.157,62 Euro durch Zahlung von monatlichen Raten in der Höhe von jeweils 300 Euro beginnend ab 1. September 2013 sowie durch eine weitere Zahlung von 60.000 Euro bis zum 31. Dezember 2018 wiedergutmachen werde. Überdies stimmte er zu, ab 1. Jänner 2019 mit der R***** W***** eGen (mbH) – bei sonstiger sofortiger Fälligkeit der Gesamtforderung – eine neue Rückzahlungsvereinbarung zu treffen und sämtliche in seinen Verfügungsbereich kommenden Vermögenswerte und Ansprüche gegen Wettbüros und sonstige Dritte an die Geschädigte zu zedieren. Dadurch sollte der Geschädigten ermöglicht werden, die Ratenzahlung an die aktuelle Einkommens- und Vermögenslage des Angeklagten anzupassen (US 4). Im Fall des Nichtzustandekommens einer solchen Vereinbarung sollte die ursprünglich vereinbarte Ratenzahlung fortgesetzt werden (US 5).

Ausgehend davon sah das Erstgericht den Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue (§ 167 Abs 1 StGB) verwirklicht.

Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die aus Z 9 lit b (richtig Z 9 lit a; vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 562) des § 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft.

Sie zeigt – wie auch die Stellungnahme der Generalprokuratur – zutreffend auf, dass dem Erstgericht auf Basis der getroffenen Feststellungen ein in der Annahme tätiger Reue (§ 167 Abs 1 StGB) bestehender Rechtsfehler (Z 9 lit a) unterlaufen ist.

Die Befreiung eines Täters von der Strafbarkeit eines reuefähigen Delikts tritt – neben bereits erfolgter vollständiger Schadensgutmachung – dann ein, wenn er sich vor Kenntnis der Behörden von seinem Verschulden freiwillig verpflichtet, dem Geschädigten binnen einer bestimmten Zeit

vollständige Schadensgutmachung zu leisten. Hält der Täter seine Verpflichtung nicht ein, lebt die Strafbarkeit wieder auf (§ 167 Abs 2 Z 2 StGB).

Eine vertragliche Zusage befreit den Täter aber nur dann, wenn durch die dem Betrag nach fixierte Gutmachung bis zum vereinbarten Endtermin realistischer Weise vollständige Schadensgutmachung erreicht werden kann.

Die festgestellte Verpflichtung des Martin H*****, den Schaden durch Leistung von 2.881 monatlichen Raten zu 300 Euro, also nach Ablauf von 240 Jahren, gutzumachen, genügt zur Annahme tätiger Reue schon deshalb nicht, weil aufgrund der (notorischen) durchschnittlichen Lebensdauer eines Menschen feststeht, dass der Angeklagte bis zu seinem Ableben allein durch Leistung der vereinbarten Raten keine vollständige Schadensgutmachung leisten kann. Demzufolge erlischt auch seine Strafbarkeit nicht. Die bei Einhaltung der Verpflichtung allein mögliche Gutmachung eines Teils des Schadens kann nur als Milderungsgrund gewertet werden.

Die vertragliche Zusage des Angeklagten, die Raten einkommensabhängig zu erhöhen sowie bis 31. Dezember 2018 eine zusätzliche Zahlung von 60.000 Euro zu leisten und jene, bei sonstiger sofortiger Fälligkeit der Gesamtforderung eine neue Rückzahlungsvereinbarung zu treffen, genügt den Erfordernissen zur Annahme tätiger Reue ebenso wenig.

Ein gänzlicher oder teilweiser Verzicht auf Schadensgutmachung wäre (nur) dann Grundlage für die Annahme tätiger Reue, wenn der Täter dem Geschädigten (unter den weiteren Voraussetzungen des § 167 StGB) den Ersatz des ganzen Schadens realistisch anbietet und der Geschädigte im Sinne eines freiwilligen und schenkungsweisen Schuldlasses (§ 1444 ABGB) daraufhin einen Verzicht erklärt (RIS-Justiz RS0095360 [T2]; Kirchbacher in WK2 StGB § 167 Rz 76). Die hier konstatierte Verpflichtung, den durch die Untreuetaten herbeigeführten und noch nicht beglichenen Schaden in 240 Jahren vollständig gutzumachen, kann vom Angeklagten nicht erfüllt werden, sodass die Frage eines allfälligen – nach den Feststellungen im Übrigen gerade nicht vorliegenden – Verzichts der Geschädigten auf einen Teil der Forderung von vornherein dahin stehen kann.

In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft war daher das angefochtene Urteil aufzuheben.

Da das Erstgericht die für eine Entscheidung in der Sache selbst erforderlichen Feststellungen getroffen hat (US 2 bis 5), weder der Angeklagte in seiner Gegenausführung zur Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft Mängel oder erhebliche Bedenken (Z 2 bis 5a des § 281 Abs 1 StPO) behauptet noch eine amtswegige Prüfung durch den Obersten Gerichtshof derartiges ergeben hat (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 415), war die Basis für die abschließende rechtliche Beurteilung des vom Erstgericht mit Freispruch erledigten Sachverhalts durch einen Schuldspruch wegen des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1, Abs 3 zweiter Fall StGB gegeben.

Bei der zufolge dieser Entscheidung notwendig gewordenen Strafbemessung war erschwerend der lange Tatzeitraum und die mehrfache Überschreitung der Wertgrenze des § 153 Abs 3 zweiter Fall StGB, mildernd dagegen der bisher ordentliche Lebenswandel, die teilweise Schadensgutmachung, das reumütige Geständnis und der Beitrag zur Wahrheitsfindung.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände und der in § 32 StGB bezeichneten allgemeinen Grundsätze der Strafbemessung sowie generalpräventiver Erfordernisse im besonders sensiblen Bereich von Bankgeschäften entspricht eine Freiheitsstrafe in der Dauer von 30 Monaten der personalen Täterschuld und dem sozialen Störwert des begangenen Verbrechens. Da die Taten von Martin H***** unter dem Einfluss einer Spielsucht begangen wurden, die von ihm bereits durch therapeutische Maßnahmen bekämpft wurde, besteht aber eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass er keine weiteren strafbaren Handlungen mehr begehen wird, sodass ein Strafteil von 20 Monaten gemäß § 43a Abs 4 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen werden konnte.

Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten beruht auf §§ 389 Abs 1, 390a Abs 1 StPO.“

7. Art 6 EMRK (Art 90 Abs 2 B-VG; § 295 StGB):

Kein Zwang zur Selbstbelastung durch § 295 StGB = EvBl-LS 2017/23

Aus dem Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung folgt die Obliegenheit der Strafverfolgungsbehörden einen Beschuldigten zu überführen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwangs- oder Druckmittel ohne den Willen des Beschuldigten erlangt wur-

den. Verboten ist nur der Zwang zur aktiven Mitwirkung an der Schaffung von Beweisen gegen sich selbst, nicht aber die Verwertung von Material, das unabhängig vom Willen des Beschuldigten bereits eigenständig existiert.

OGH 11. 10. 2016, 11 Os 60/16g, 118/16 m.

8. Betrug ; Täuschung ; Vermögensschaden; Vortat

ZWF 2017 / 25

§§ 28, 133, 146 StGB

OGH 15.2.2017, 15 Os 47/ 16 z; RIS-Justiz RS011/258

Täuschungshandlungen zur Sicherung oder Deckung zuvor vom selben Täter begangener Vermögensstraftaten erfüllen nicht zusätzlich den Betrugstatbestand, soweit der Vermögensschaden bereits durch die Vortat verursacht wurde. Wird jedoch durch die Täuschung ein Dritter geschädigt oder der durch die Vortat eingetretene Vermögensschaden auf einen Dritten überwält, ist der Täter auch wegen Betrugs strafbar.

Entscheidungstexte

15 Os 47/16z

Entscheidungstext OGH 15.02.2017 15 Os 47/16z

Beisatz: Hier: Veruntreuung von Mineralölprodukten durch einen Tankwagenfahrer. (T1)

Beisatz: Für die Beurteilung, ob der Schaden zunächst beim verkaufenden Großhändler oder bereits beim sodann über die Menge des abgelieferten Treibstoffs getäuschten Käufer eintrat, ist der aus der zivilrechtlichen Vereinbarung über die Vertragserfüllung ableitbare Gefahrenübergang maßgeblich. (T2)

Beisatz: Im Fall des ursprünglichen Schadenseintritts bei den Mineralölgroßhändlern und der zeitlich nachgelagerten Schadensüberwälzung auf die belieferten Kunden durch deren spätere Zahlung eines nicht der tatsächlichen Lieferung entsprechenden Preises direkt an die Mineralölgroßhändler ist weder ausdrückliche oder stillschweigende Subsidiarität noch Konsumtion anzunehmen. (T3)

9. Betrug ; Konkurrenz

ZWF 2017 / 26

§§ 146, 153d StGB

OGH 26. I. 2017, 12 Os 103/ 16p; RIS-Justiz RS0131254

Die Tatbestände des Betrugs und des betrügerischen Anmeldens zur Sozialversicherung oder Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse stehen zueinander im Verhältnis echter Konkurrenz.

(Mario Schmieder/ Norbert Wess, ZWF 3/2017)

10. Verbandsverantwortlichkeit; Bereicherung

ZWF 2017 / 30

§ 3 Abs 1 Z 1 VbVG

OGH 28. 2. 2017, 11 Os 10/16d; RIS-Justiz RS0131245

Eine Straftat wird jedenfalls dann zugunsten des Verbandes begangen, wenn dieser durch die Tat bereichert wurde, sich einen Aufwand erspart hat, sonst einen (selbst bloß mittelbaren) wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat oder einer dieser Erfolge hätte eintreten sollen.

(Mario Schmieder/ Norbert Wess, ZWF 3/2017)

11. Sicherstellung ; Ausfolgerung; Verfügungsmacht

ZWF 2017 / 28

§ 114 Abs 2 StPO

OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 46116b; RIS-Justiz RS0131296

In § 114 Abs 2 StPO sollte den Strafbehörden keine diffizile Unterscheidung zwischen Eigentum, Besitz oder bloßer Innehabung, zB aufgrund von Verwahrungspflichten oder Ähnlichem iSd ABGB, aufgetragen, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass die sichergestellten Gegenstände grundsätzlich der Person zurückzustellen sind, bei der sie sichergestellt wurden, die also zu diesem Zeitpunkt - aus welchem Grund immer - deren Inhaber war.

(Mario Schmieder/Norbert Wess, ZWF 3/2017)

12. Bewilligung ; Durchsuchung ; Zeitpunkt der Entscheidung

ZWF 2017 / 27

§§ 89, 117 Z 2, II 9, 120 StPO

OGH 22. 2. 2017, 13 Os 67/ 16a; RJS-Justiz RS0131252

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bewilligung einer Durchsuchung durch das Beschwerdegericht hat sich auf den Zeitpunkt der Entscheidung durch das Erstgericht zu beziehen (Ex- ante-Perspektive). Nachträglich eingetretene oder bekannt gewordene Umstände, die aus späterer Sicht zur Annahme führen, es fehle an einer Durchsuchungsvoraussetzung, machen die seinerzeitige Entscheidung nicht rechtswidrig.

(Mario Schmieder/Norbert Wess, ZWF 3/2017)

13. § 1 Abs 2 GRBG (§ 363a Abs 1 StPO)

ZWF 2017/15

Kein höchstgerichtlicher Grundrechtsschutz bei Entscheidungen über bedingte Entlassung

Gemäß § 1 Abs 1 GRBG steht wegen Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit durch eine strafgerichtliche Entscheidung oder Verfügung nach Erschöpfung des Instanzenzugs Grundrechtsbeschwerde an den OGH zu. Für den Vollzug von Freiheitsstrafen und vorbeugenden Maßnahmen wegen gerichtlich strafbarer Handlungen schließt § 1 Abs 2 GRBG die Grundrechtsbeschwerde und damit auch den dazu subsidiären Erneuerungsantrag ausdrücklich aus. Damit ist bei Vollzug von Freiheitsstrafen ein Grundrechtsschutz durch den OGH gesetzlich nicht vorgesehen.

OGH 13. 12. 2016, 11 Os 133/161 = EvBI-LS 2017/55

14. § 282 Abs 1 StPO

ZWF 2017 / 16

Rechtsfehlerhafte Subsumtion ohne Beschwer nicht bekämpfbar

Wird durch die vom Angeklagten angestrebte Beurteilung eines Teils der dem Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG subsumierten Suchtgifte nach § 27 Abs 1 Z 1 SMG die rechtliche Unterstellung nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG nicht berührt, wird dessen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu seinen Gunsten ausgeführt, weil zu seinem Nachteil ein zusätzliches Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 SMG anzunehmen wäre.

OGH 18. 1. 2017, 15 Os 92/ 161 = EvBI-LS 2017/56.

15. §§ 37 Abs 2, 485 Abs 1 Z 1 StPO

ZWF 2017/37 (4/2017 ZWF)

Zuständigkeit; Sachverhalt; Verdachtslage

Bezugspunkt sowohl der örtlichen als auch der sachlichen Zuständigkeitsprüfung ist der von der Anklage vorgegebene Prozessgegenstand (Sachverhalt). Ist für die örtliche Zuständigkeit die Subsumtion der unter Anklage gestellten Tat maßgeblich, ist der Einzelrichter nicht an die rechtliche Beurteilung der Staatsanwaltschaft gebunden, sondern hat diese

selbständig anhand der Verdachtslage (iS eines Anschuldigungsbeweises) vorzunehmen, wie sie sich aus dem Strafantrag in Verbindung mit dem Inhalt der Ermittlungsakten ergibt.

OGH 4.4.2017, 14 Ns 14/17 w; RIS-Justiz RS0131309

16. Art 6 EMRK; § 126 Abs 5 StPO

ZWF 2017/39 (4/2017 ZWF)

Das in § 126 Abs 5 Satz 1 StPO enthaltene Vorschlagsrecht gewährt dem Beschuldigten kein subjektives Recht auf Bestellung der als besser qualifizierten genannten Person zum Sachverständigen.

OGH 6.3.2017, 17 Os 19/16x; RIS-Justiz RS0131300

Rezensionen

Wirtschaftsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Wagner, Markus: Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts – Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts

C.F. Müller, Heidelberg 2016, zugleich Diss. Gießen 2015; 369 S., 109,99 €.

Wagner „segelt“ unter falscher Flagge: Er schreibt Dissertation drauf, wo Habilitation drin ist. Er hat damit allerdings insoweit recht als ihm das Werk allein noch keinen Zugang zu einem eigenen Lehrstuhl verschaffen kann. Das Thema klingt sehr theoretisch und ist es auch. Dabei bleibt Wagner aber nicht stehen, sondern leitet aus seinen Erkenntnissen konkrete Ergebnisse für die Anwendung ab und bietet damit der Praxis Orientierung im besten Sinne: Klare Aussagen, aber nicht aus der Luft gegriffen, anscheinend oder gar scheinbar zufällig, sondern aus seinem dem geltenden Recht abgrungenen System abgeleitet und in dieses stimmig eingebettet. So sollten Wissenschaft und Praxis zusammenwirken – unbeschadet durchaus möglicher Kritik an Ableitung und manchem Ergebnis.

Teil I steht unter der Überschrift „Rechtstheoretische Grundlagen“. Ausgangspunkt ist die Betrachtung des Akzessorietätsphänomens als solches (Rn. 7 ff.). Aber bereits hier zeigt sich das Ziel des *Autors*, Abstraktes mit Konkretem zu verbinden. Der Befassung anderer Juristen mit dem Thema entnimmt er die Erkenntnis, dass insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht eine (noch näher zu untersuchende) doppelte Abhängigkeit festzustellen ist, von nicht-strafrechtlichem Recht einerseits und außerstrafrechtlichen Bezugsobjekten andererseits (Rn. 9). Der Erläuterung der Begriffe *Recht* (Rn. 15 f.) und *Wirklichkeit* (Rn. 17) folgt der Blick auf ihr Verhältnis zueinander (Rn. 18 ff.). Überzeugend konstatiert *Wagner*, dass Rechtsetzung darauf zu achten habe, der Wirklichkeit Rechnung zu tragen, während dies für die Rechtsanwendung eine Öffnungsklausel im Recht selbst voraussetze (Rn. 35 und passim; zur Wirtschaft Rn. 42 ff.; zu Kultur und Zeitgeist Rn. 47 ff.; zur Moral Rn. 50). Für die dynamische technische Entwicklung muss angesichts der Schwerfälligkeit der Gesetzgebung häufig auf private Regelwerke von Fachverbänden verwiesen werden (Rn. 46; näher Rn. 572 ff.: für das staatliche Recht nur aufgrund von Öffnungsklauseln relevant, Rn. 581, und als dynamische Verweisung z.B. auf den Stand der Technik von gerichtlicher Feststellung abhängig, Rn. 584; zum Problem der Zugänglichkeit des Textes Rn. 633 f.; exemplifiziert an DIN-Standards, Rn. 842 ff. – keine dynamische Verweisung zulässig, Rn. 858; und am DCGK, Rn. 860 ff., als Konkretisierung von §§ 91, 116 AktG, und strafrechtlich zumindest insoweit relevant, wie sich ein Unternehmen zu seiner Einhaltung verpflichtet, Rn. 870 f.). Dem *lex-mitior*-Grundsatz, § 2 Abs. 3 StGB (Rn. 675 ff.), misst *Wagner* entgegen der h.M. Verfassungsrang zu

(Rn. 679) und erweitert seinen Anwendungsbereich sogar auf die nachträgliche gerichtliche Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts (Rn. 700 ff.) Rechtstaatlich konsequent ist das, obwohl *Wagner* damit ziemlich allein steht. Einer nachträglichen behördlichen Genehmigung legt er keine Rückwirkung bei. Sie schaffe eine neue Situation (ob darin ein neuer Sachverhalt liegt, so *Wagner*, Rn. 707, mag dahinstehen). Ausführlich befasst er sich mit dem Verhältnis von Recht und Sprache, dabei Fach- und Alltagssprache unterscheidend (Rn. 52 ff.). Insbesondere für das EU-Recht stellt sich die Frage nach dem Inhalt einer Norm, wenn die Fassung in verschiedenen Sprachen verbindlich ist. Insoweit entnimmt *Wagner* dem Art. 103 Abs. 2 GG die strikte Beschränkung auf die Maßgeblichkeit der deutschen Fassung für die Straf- = Sanktionsnorm (Rn. 602 ff.).

Unter der Überschrift „Akzessorietät des Rechts zum Recht“ (Rn. 58 ff., Zwischenergebnis Rn. 152 ff.) widmet sich *Wagner* ausführlich den übergeordneten Gesichtspunkten der „Einheit“ bzw. „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ (Rn. 60 ff.), abgeleitet aus dem Demokratieprinzip (Rn. 85). Er widerspricht jedoch dem möglichen Einwand, dadurch werde das BVerfG zu einem Superrevisionsgericht – eine Rolle, die ihm nicht zukomme (Rn. 108), obwohl der Verdacht bestehe, dass es sich selbst zu einem solchen erhoben habe (Rn. 109). Als eine wesentliche Konsequenz betrachtet *Wagner* die Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsurteils (Rn. 116 ff.), ohne dass dadurch allerdings Rechtswidrigkeit mit Strafbarkeit gleichzusetzen sei, weil sich die Konsequenzen des Rechtswidrigkeitsurteils unterscheiden könnten (Rn. 121 f.). Kein Widerspruch dazu liege in der Befürwortung der Relativität der Rechtsbegriffe, weil Begriff und Bedeutung zu unterscheiden und für letztere immer auch der Kontext zu berücksichtigen sei (Rn. 129 und ff.). Ob es sich wirklich um eine Ausnahme handelt, dass er Legaldefinitionen unabhängig vom jeweiligen Normtext, d.h. immer einheitlich verstehen will, ist zweifelhaft, weil er diese Pflicht auf solche Normtexte bezieht, die auf die Legaldefinition Bezug nehmen (Rn. 138) – das kann aber häufig wiederum nur Ergebnis einer Auslegung sein.

Auf dieser allgemeinen Grundlage konkretisiert *Wagner* seine Überlegungen zur „Akzessorietät des Strafrechts“ (Rn. 157 ff.), beginnend mit einem institutionengeschichtlichen Abriss (Rn. 162 ff.), der gedanklich bei *Binding* anfängt (Rn. 165) und im Kern seine (überzeugende) These von der Trennung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm dekliniert, und zwar selbst dort, wo erstere sich erst konkludent aus letzterer ableiten lässt (z.B. Rn. 209). *Wagner* stellt sich Zweifeln an der Tragfähigkeit der Doktrin vom Wortlaut als Grenze der Auslegung (angelegt Rn. 215 ff., thematisiert Rn. 222 ff.) und relativiert sie dahingehend, dass derjenige, der vom Wortlaut abweichen will, quasi die Beweislast für die dafür bestehende Notwendigkeit trage (Rn. 229). Die Akzessorietät zum Rechtsgut lässt ihn die streng formale Betrachtung insbesondere in den Fällen des ärztlichen Abrechnungs‘betrugs‘ verwerfen, weil nicht der Verstoß gegen das Sozialrecht, sondern die Verletzung des Vermögens der Sozialversicherungsträger geschützt sei (Rn. 758 ff.).

Damit hat *Wagner* den Boden bereitet für die Untersuchung der Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts (Rn. 234 ff.). Auch sie beginnt mit einem Überblick über die geschichtlichen Anfänge (Rn. 236 ff.). Den jüngsten Ansatz, die Habilitation *Marco Mansdörfers*, inzwischen Ordinarius in Saarbrücken, „Theorie des Wirtschaftslebens“ (dazu *Bittmann*, WiJ 2014, 274 ff.) lehnt *Wagner* aufgrund des methodologisch individualistischen Rückgriffs auf das Erklärungsmodell des homo oeconomicus ab, weil es verfassungsrechtlich verbürgte Garantien wie den ultima-ratio-Grundsatz und die Subsidiarität des Strafrechts verdränge (Rn. 260). Da ihn auch die sonstigen früher angestellten Überlegungen nicht (vollends) überzeugen, sucht er nach einer eigenen Erklärung dafür, was das Wirtschafts- vom allgemeinen Strafrecht unterscheide. Schon der Wortlaut weist ihm den Weg: es ist die Beziehung des Strafrechts zur Wirtschaft (Rn. 262; Beispiel: DCGK, Rn. 862 ff.). Er betrachtet sie als Öffnungsklauseln (Rn. 263 ff.), über die wirtschaftsbezogene außerrechtliche Maßstäbe auf die Auslegung der einschlägigen Strafnormen einwirken (Rn. 268). Seine Kernthese gleicht *Wagner* anschließend mit anderen Ansätzen ab (Rn. 269 ff.). Einen Verstoß gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts (Rn. 715 ff.) verneint er (Rn. 717 ff.).

Teil 2 ist überschrieben mit „Die Begründung des Akzessorietätsverhältnisses“, Rn. 279 ff. Gegenstand ist nicht die Forschung nach irgendeinem Gründungsakt, sondern nach dem Bezugsobjekt im Deliktsaufbau. Anknüpfend an sein Ergebnis von der Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsurteils gelangt *Wagner* konsequent zur Rechtswidrigkeit, auf die das Wirtschaftsrecht als Ausfluss bereichsspezifischer Sozialadäquanz auf das Strafrecht einwirkt (Rn.

325). Darin sieht er (etwas überraschend) einen Unterfall des erlaubten Risikos (Rn. 326). Die Sozialadäquanz könne sich aus außerrechtlichen Umständen (Rn. 330) und aus Rechtssätzen verschiedener Hierarchieebenen ergeben (Rn. 331 ff.). Die Wirkung werde über verschiedene Techniken erzielt wie Blanketttatbestände (Rn. 358 ff.), normative Tatbestandsmerkmale (Rn. 363 ff.; die Abgrenzung zueinander ausführlich darstellend Rn. 403 ff. und mit dem bemerkenswerten Fazit der Überflüssigkeit dieser Differenzierung endend, z.B. Rn. 440 ff., ferner Rn. 686 ff.), die sich letztlich aber funktional nicht von deskriptiven unterscheiden (Rn. 397 ff.), gesamtatbewertende Merkmale und Komplexbegriffe (Rn. 367 ff.) sowie Generalklauseln (Rn. 370 ff.).

Der Schwerpunkt liegt auf Teil 3, „Die Begrenzung der Akzessorietät und ihre Folgen“, der als Bindeglied zwischen Theorie und Rechtsanwendung fungiert (Rn. 449 ff.). Begrenzungsnormen finden sich auf verschiedenen hierarchischen Ebenen wie formellen (deutschen) Gesetzen und EU-Rechtsakten (Rn. 457 ff.) und zwar sowohl materiell wie kompetentiell. Das Rechtsstaatsprinzip betrachtet *Wagner* nicht als Hindernis einer Verweisung in der Strafnorm selbst auf Regelungen in Form einer Rechtsverordnung (Rn. 484 ff. und Rn. 507 ff.). Das könnte das BVerfG enger sehen, betrachtet man die Entscheidung zur Rindfleischetikettierungsverordnung (BVerfG, NJW 2016, 3648 ff.). Im Ergebnis hält aber auch *Wagner* Rückverweisklauseln für verfassungswidrig (Rn. 518 ff.; ebenso sanktionsnormerhebliche dynamische Verweisungen auf EU-Verordnungen, Rn. 570; ferner spricht er sich gegen die Umdeutung einer Verweisung auf eine EG-Norm in eine Verweisung auf eine nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Kraft getretene – ändernde oder neue – EU-Norm aus (Rn. 606 ff. und Rn. 644). Anstelle einer Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip will *Wagner* die gebotene Restriktion über den ultima-ratio-Grundsatz erreichen (Rn. 503). Er sieht sich zudem in Übereinstimmung mit den Ergebnissen der Rechtsprechung des BVerfG zu den normativen Tatbestandsmerkmalen (Rn. 505, auch Rn. 515). Ausführlich befasst sich *Wagner* mit der Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG (Rn. 489 ff.) und gelangt zu dem Ergebnis, dass sie sich nicht auch auf die Verhaltensnorm erstreckt. Gleiches vertritt er in Bezug auf den Einfluss verwaltungsrechtlicher Regelungen unterhalb der Ebene der Rechtsverordnungen: Sie können die Verhaltensnorm beeinflussen, nicht aber die Sanktionsnorm (Rn. 558 ff.; zu Kettenverweisungen Rn. 588 ff. und Rn. 611 f.)

Begünstigende Verwaltungsakte, die eine Genehmigung erteilen, würden auch dann das Strafrecht binden, ihm also vorgehen, wenn sie materiell rechtswidrig, trotzdem aber formell rechtswirksam seien (Rn. 538). Darüber kann man ernsthaft für die Konstellation eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Begünstigtem und Amtsträger streiten. *Wagner* verneint die Strafbarkeit allein bei (allerdings recht großzügig angenommener) Nichtigkeit einer Genehmigung (Rn. 733 ff.). Die umgekehrte Konstellation, Strafbarkeit trotz Rechtswidrigkeit verwaltungsseitiger Untersagung (Rn. 541 ff.), betrachtet *Wagner* differenzierter. Im Grundsatz befürwortet er eine Verwaltungsaktsakzessorietät (Rn. 548), die er jedoch über eine Rechtsgutsbetrachtung (Rn. 549) einschränkt, exemplifiziert am Umweltstrafrecht (Rn. 761 ff.). Dies führt ihn zu einer Differenzierung zwischen Genehmigungsanspruch einerseits und Ermessensentscheidung andererseits (Rn. 767 ff.). Ein daran erinnernder, aber auch dort nicht konsentierter Ansatz findet sich im Rahmen des Untreuestrafrechts im Hinblick auf die tatbestandliche Relevanz von Sanktionen (self-fulfilling und Legalitätsprinzip einerseits, Festlegung nach Ermessen andererseits).

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Ausprägung als Übermaßverbot entnimmt *Wagner* nicht nur das ultima-ratio-Prinzip, sondern – deutlich weitergehend – das Gebot restriktiver Auslegung von Strafnormen (Rn. 787 f.). Dass dies eine heikle These ist, erkennt *Wagner* nicht, verzichtet aber auf eine Vertiefung dieses Themas. Der von ihm anerkannte Vorrang des etwaigen gegenteiligen (d.h. ausdehnenden) Willens des Gesetzgebers verschärft das Problem gerade dort, wo eine Lösung besonders wichtig ist. Sie kann, ohne dass er sich insoweit positioniert, nur im Verdikt der Verfassungswidrigkeit liegen. Die Anknüpfung an die von *Wagner* selbst befürwortete strikte Bindung an das Rechtsgut führte hingegen zu flexibleren Lösungen (z.B. teleologische Reduktion). Welche Grenzen das Grundgesetz dem zur Pönalisierung neigenden Gesetzgeber setzt, ist eine andere, wenngleich höchst aktuelle Frage, der sich das BVerfG aber bisher nur mit allergrößter Zurückhaltung widmete. Als Ausfluss des Gebots restriktiver Auslegung betrachtet *Wagner* die Beschränkung der Strafbarkeit wegen Untreue auf gravierende Rechtsverletzungen (Rn. 789 ff.). Diese ist allerdings keineswegs eindeutig, auch nicht durchweg akzeptiert und wandelt sich gerade hin zum Abstellen auf Evidenz (*Bittmann*, wistra 2017, 121 ff., 122, unter Bezug-

nahme auf z.B. BGHSt 61, 48 ff., Nürburgring, und v.a. BGH, NJW 2017, 578 ff., HSH-Nordbank,). Zutreffend siedelt Wagner dies Kriterium auf der Ebene der Primärnormen an (Rn. 792). Weil er diese als ggf. im Tatbestand selbst enthalten ansieht (z.B. Rn. 209), handelt es sich dabei nicht um eine Frage der Akzessorietät des Strafrechts zum Primärrecht (Rn. 792).

Im Teil 4 beschäftigt sich *Wagner* mit „Prozessualen Aspekten der Akzessorietät“. Im Blickpunkt steht zunächst das Verhältnis des materiellen zum Verfahrensrecht (Rn. 805 ff.). Im Anschluss an *Perron* betrachtet *Wagner* das materielle Recht als den Gegenstand, den erst der Strafprozess in die Welt des Realen versetzt. Damit diene – sehr abgewogen und realistisch abschichtend – das Verfahren(srecht) vorrangig der Durchsetzung der Straftatbestände, müsse allerdings auch noch anderen Zielen wie etwa der Wahrung der Rechte sowohl des Beschuldigten als auch anderer Verfahrensbeteiligter Rechnung tragen (Rn. 803). Aus der Tatsache, dass im Verfahren nicht an einen gesichert feststehenden Sachverhalt, sondern nur an verdachtsbegründende Momente angeknüpft werden könne, folgert *Wagner* (überzeugend), dass der prozessuale Tatbegriff weitergefasst sein müsse als der materielle (Rn. 809).

Wagner lässt seine tiefschürfenden Überlegungen in drei gerichtsverfassungsrechtliche Reformvorschläge münden: (1) In Wirtschaftsstrafsachen bedürfe es fachkundiger Schöffen (Rn. 828 f.); (2) Wirtschaftsstrafsachen seien nur solche, zu deren Bearbeitung es besonderer Kenntnisse des Wirtschaftslebens bedürfe – diese seien aber sämtlich bei der Wirtschaftsstrafkammer zu verhandeln (Rn. 830 ff.), und schließlich (3) seien (hier ist *Wagner* allzu zurückhaltend und geht strukturell kaum über die Realität hinaus) Wirtschaftsstrafkammern bezirksübergreifend zu konstituieren, korrespondierend mit einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft, der entsprechend fachlich ausgebildete polizeiliche Fachkräfte zuzuordnen seien (Rn. 836). Die Realisierung dieser Vorschläge – personell auskömmlich unterlegt – stelle aus Sicht der Praxis eine deutliche Verbesserung gegenüber dem Ist-Zustand dar.

Wagner schlägt einen großen Bogen, rekurriert auf rechtshistorische, -philosophische und -dogmatische Grundlagen, die er der Beurteilung ganz konkreter praktischer Phänomene zugrundelegt und aus denen er – soweit ersichtlich – widerspruchsfrei praxisgerechte Lösungsvorschläge entwickelt. Über das wissenschaftliche Gewicht seiner Arbeit zu mutmaßen, steht dem Rezensenten nicht an. Seine Ergebnisse sind jedoch durchweg praxisrelevant, selbst wenn man ihm nicht in jeder Hinsicht folgen will oder kann. *Wagners* systematisch hergeleiteten dogmatischen Positionen zur Untreue wohnt das Potential inne, mittels Spezifizierung Meinungsverschiedenheiten in bemerkenswertem Umfang als Scheingegensätze aufzudecken und bereits dadurch den konsentierten Teil des Verständnisses der Bestimmung deutlich zu erweitern. Folgt man ihm in der (methodisch rechtshistorisch abgesichert und -philosophisch verbreiteten) Trennung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm und konstatiert, dass Erstere konkludent in Letzterer enthalten sein kann, so lassen sich damit der Umfang strittig diskutierter Akzessorietätsfragen und manche Bedenken gegen die Bestimmtheit spürbar reduzieren. Damit ist ein Weg zu überzeugender Einschränkung aller möglichen Pflichtwidrigkeiten auf evidente vermögensrelevante Verstöße gebahnt. Das allein schon rechtfertigte eine Dissertation – ist aber bei weitem nicht alles, was *Wagner* bietet!

Wirtschaftsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Windsberger, Alexandra: Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des sog. bedingten Gefährdungsdelikts

C.F. Müller, Heidelberg 2017, XVI, 255 Seiten, 89,90 Euro.

I. Ein „bedingtes Gefährdungsdelikt“ erfasst ein Verhalten, das nicht erst dann bestraft werden können soll, wenn das Rechtsgut so konkret in Gefahr ist, dass es allein vom Zufall abhängt, ob es verletzt wird, aber auch nicht immer schon dann, wenn seine Beeinträchtigung abstrakt denkbar ist. Es konkretisiert die Voraussetzungen, unter deren Vorliegen ein bestimmtes Verhalten entweder vorgeschrieben ist oder umgekehrt zu unterbleiben hat, nicht wie regelmäßig über einschränkende Tatbestandsmerkmale, sondern mittels einer (oder mehrerer) Strafbarkeitsbedingung(en), S. 132. Untersuchungsgegenstand von *Windsberger* sind die Bestimmungen über den Bankrott und die Verletzung der Buchführungspflicht, mit ihren Strafbarkeitsbedingungen Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung eines Eröffnungsantrags mangels einer die Kosten deckenden Masse, § 283 Abs. 6 StGB bzw. im Wege der Verweisung darauf, § 283b Abs. 3 StGB. Die zumindest verwandten Strafbarkeitsbedingungen bei der Gläubiger- und der Schuldnerbegünstigung bezog *Windsberger* nicht mit in ihre Überlegungen ein.

II. 1. a) Ausgangspunkt ist das einschränkende Verlangen von Rechtsprechung und überwiegender Meinung im Schrifttum, derzufolge das Eintreten einer der drei Strafbarkeitsbedingungen die Verfolgungssperre nur dann auflöst, wenn zwischen der Tathandlung und dem Eintritt der Strafbarkeitsbedingung ein tatsächlicher Zusammenhang besteht. *Windsberger* konstatiert zutreffend, dass auch fast 130 Jahre nach dem erstmaligen Anerkennen dieses Restriktionskriteriums im Urteil des Reichsgerichts vom 21.11.1888, RGSt 5, 415 (S. 18 – 21) kein Konsens über dessen näheres inhaltliches Verständnis bestehe (S. 1 – 3). Sie dokumentierte diese Feststellung in einem historischen Abriss (S. 4 – 56) zunächst anhand der Rechtsprechung (S. 4 – 33). Dabei übergang sie allerdings die einschlägige Stelle einer Entscheidung des 3. Strafsenats (BGH, Urt. v. 30.8.2007 – 3 StR 170/07, Rn. 6, wistra 2007, 463 f.), in welcher dieser sich den auf den Wortlaut bezogenen Argumenten gegen die h.M. öffnete. Er musste sich jedoch nicht entscheiden, denn der tatsächliche Zusammenhang lag vor. Nach dem Vorstellen des Schrifttums (S. 34 – 49), deckte sie dogmatische Inkonsistenzen (S. 49 – 52) und Folgeprobleme (S. 52 – 55) auf, um anschließend den Verdacht zu formulieren, die h.M. laufe, wie sich insbesondere anfangs des 20. Jahrhunderts gezeigt habe (S. 57 – 69), trotz aller gegenteiliger Beteuerungen doch auf ein Kausalitätserfordernis hinaus. Diesem tritt sie entschieden entgegen und sieht sich in Übereinstimmung mit der Nachkriegsgesetzgebung bis hin zum 1. WiKG mit der Rückführung des Insolvenzstrafrechts in das StGB (S. 69 – 93), welche allerdings von der Rechtsprechung gedanklich unzutreffend rezipiert worden sei (S. 94 – 110), jedoch unter weitgehendem Beifall des Schrifttums (S. 110 – 132).

b) Das Erfordernis des tatsächlichen Zusammenhangs solle in der Vorstellung seiner Protagonisten drei (der Sache nach sind es nur zwei) Funktionen erfüllen, den zu weiten Wortlaut und die zu lange Dauer bis zum Eintritt der Verjährung korrigieren, um so die Wirkungen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit einzuschränken (S. 132 – 153). *Windsberger* trennt bei ihrer Betrachtung strikt zwischen Tathandlung und Strafbarkeitsbedingung. Mit dem Bankrott befasst sie sich im Schwerpunkt (S. 154 – 266), um sich anschließend den Abweichungen bei § 283b StGB zuzuwenden (S. 266 – 274).

c) Bei ihrer Suche nach dem Strafgrund fragt sie danach, ob bereits die Tathandlung als solche Strafe rechtfertige (S. 166) und bejaht dies in differenzierenden Erwägungen für § 283 StGB (z.B. S. 246), oder ob sich das strafwürdige Unrecht erst aufgrund des Zusammenspiels zwischen Tathandlung und Strafbarkeitsbedingung ergäbe, so von ihr für die Verletzung der Buchführungspflicht angenommen (S. 267). Die abstrakt gefährliche Tathandlung allein dürfe nur dann die Strafbarkeit begründen, wenn dies auch im konkret ungefährlichen Einzelfall gerechtfertigt sei. Nach a.A. fallen hingegen letztgenannte Konstellationen aus dem Anwendungsbereich heraus. Als eigene Lösung entwickelt *Windsberger* eine „Maximin-Regel“, aufgefächert in Rechtsgüterschutz, objektive Gefährlichkeit und das Fehlen entgegenstehender Interessen (S. 174 – 179). Die Auswahl der Verhaltensweisen, welche diesen Anforderungen gerecht werde, obliege allein dem Gesetzgeber (S. 180). Daher schieden restringierende Interpretationen auf Rechtsanwendungsebene auch für den konkret ungefährlichen Einzelfall aus (S. 182 – 186). Der Gesetzgeber könne hingegen über die Normierung von Strafbarkeitsbedingungen Einschränkungen vornehmen. Da sie im Fall des § 283 StGB nicht unrechtskonstituierend ausgestaltet seien (z.B. S. 246), handele es sich um rein kriminalpolitisch motivierte Restriktionen (S. 186 – 189).

2. a) Diese Erkenntnis exemplifizierte sie sowohl für die bestandsbezogenen Bankrottalternativen (S. 212 – 226), die sie anschaulich als eine Art „Gläubigeruntreue“ mit der Wirkung strafrechtlich begründeter Verfügungsverbote ansieht, als auch für die informationsbezo-

genen Tatbestände des § 283 StGB (S. 227 – 246). Diese betrachtet sie als Blankettverweisungen auf das Handelsrecht, welche Vermögensgefährdungen vermeiden sollen (S. 234 – 245). Die Strafbarkeitsbedingungen hätten den Zweck, auch zu Gunsten der Gläubiger, der Gefahr des Herbeiführens des endgültigen wirtschaftlichen Zusammenbruchs durch Strafverfolgung entgegenzuwirken, solange noch eine Erholung möglich sei (S. 250). Die in § 283 Abs. 6 StGB aufgeführten Strafbarkeitsbedingungen markierten demgegenüber den Zeitpunkt des sowieso unumkehrbaren wirtschaftlichen Endes, so dass nun die Strafverfolgung die Gläubiger nicht mehr gefährden könne und deshalb einsetzen solle (S. 247). Damit unvereinbar sei das zusätzliche Verlangen nach einem tatsächlichen Zusammenhang zwischen Tathandlung und eingetretener Strafbarkeitsbedingung. *Windsberger* sieht darin gar einen Verstoß gegen das Schuldprinzip (S. 250) – freilich einen solchen zugunsten des (potentiellen) Täters.

b) aa) Ihr für § 283 StGB gefundenes Ergebnis stellte sie anschließend auf die Probe verschiedener Gründe, die in Rechtsprechung und Schrifttum für die h.M. angeführt werden. Die Lösung für das Problem der „ewigen Verjährung“, resultierend aus der Annahme, erst der Eintritt einer der Strafbarkeitsbedingungen markiere die Beendigung der zuvor begangenen Tathandlung und setze damit den Lauf der Verjährungsfrist in Gang, sieht *Windsberger* darin, auf den Abschluss der Tathandlung abzustellen (S. 256 f.). Das damit einhergehende Schaffen eines strafrechtlichen Unikums, nämlich das Kreieren einer (zunächst oder, wenn die Strafbarkeitsbedingung erst nach mehr als 5 Jahren eintritt, sogar dauerhaft) nicht verfolgbaren Straftat, nimmt sie bewusst in Kauf (S. 257 f.).

Den vorverlagerten Beginn der Verjährung versteht sie auch als Ausgleich dafür, dass beim Verzicht auf einen Zusammenhang zwischen Tathandlung und Eintritt einer der Strafbarkeitsbedingungen das Überwinden der Krise die Strafverfolgung nicht mehr hindere. Das sei schon deshalb akzeptabel, weil nur die nachhaltige Sanierung und nicht die nur vorübergehende Überwindung der Krisenmerkmale die Straffreiheit zu rechtfertigen vermöge (S. 259). Die damit konkludent verbundene Annahme, nachhaltige Sanierung setze wirtschaftliche Gesundung über einen Zeitraum von 5 Jahren nach der Tathandlung voraus, ist angesichts möglicher externer Insolvenzursachen arg forsch. Der gewünschte Restriktionseffekt lässt sich überdies nicht durchweg erzielen. Er mag eintreten, wenn Insolvenzeröffnung oder Abweisung mangels Masse erst 5 Jahre nach der Bankrottat zu verzeichnen sind. Ging die beim Begehen der Bankrottat bestehende Krise jedoch mit einer Zahlungseinstellung einher (dafür genügt das Nichtbegleichen einer einzigen, aber wesentlichen Zahlung), so ist trotz gesunde(r) wirtschaftlicher Verhältnisse weder die Verfolgbarkeit noch die Verjährung herausgeschoben – das allerdings ist auch auf der Basis der h.M. so.

bb) *Windsberger* verweist auf (nicht zu leugnende) Wertungswidersprüche zwischen den (mit dem ESUG weiter in den Vordergrund getretenen) Sanierungszielen der InsO und dem Strafrecht, weil sowohl der Antrag auf Eigenverwaltung als auch auf Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens mit einem Insolvenzantrag einhergingen. Das trifft zu, zielt aber nur bei isoliert beehrter Eigenverwaltung auf unbedingte Eröffnung des Verfahrens und damit zum Eintritt dieser Strafbarkeitsbedingung, während diese Folge bei erfolgreicher Sanierung innerhalb des Schutzschirmverfahrens gerade vermieden wird, s. § 270b Abs. 4 S. 3 InsO. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hindert allerdings (zumindest de jure) nicht die Möglichkeit einer doch noch erfolgreichen Sanierung.

c) Im Anschluss an die Dissertation *Habethas* befürwortet *Windsberger* eine teleologische Reduktion des § 283 Abs. 6 StGB für den Fall der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens (S. 261). Die für diesen Kerngedanken aufgeführten weiteren Gewährsleute äußerten sich allerdings nicht zum Schutzschirmverfahren, welches es zur Zeit der Veröffentlichung dieser Stimmen noch gar nicht gab. Sie lehnten zudem die Annahme des Eintritts der Strafbarkeitsbedingung der Eröffnung des Verfahrens nicht bereits für den Fall angestrebter Sanierung in der Insolvenz ab, sondern nur nach deren tatsächlichem Gelingen. Ist dies binnen der maximal 3 Monate, die das Schutzschirmverfahren dauern darf, der Fall, so bleibt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedoch sowieso aus und ob eine spätere Sanierung doch noch zur Straffreiheit führen soll, ist weder konsentiert noch von *Windsberger* eingehend begründet.

Zutreffend legt *Windsberger* den Finger in die Wunde der Befürworter der Nichtverfolgbarkeit einer Bankrottat nach erfolgreicher außergerichtlicher Sanierung. Ohne Wertungswiderspruch lasse sich dies nur dann vertreten, wenn die „Rettung“ aus eigener Kraft gelinge

und nicht von Dritten finanziert werde (von Gläubigern, der öffentlichen Hand, S. 262 f.). Auf das damit verbundene und in der Finanzkrise zutage getretene Druckpotential zur Rettung „systemrelevanter“ Unternehmen, v.a. Banken, geht *Windsberger*, ihrem Thema geschuldet und damit konsequenterweise, nicht ein. Außergerichtlich kann eine Krise allerdings nur im Fall beseitigter Zahlungseinstellung oder bei Rücknahme eines Insolvenzantrags überwunden werden. Nach Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse fehlt es de jure an einer Möglichkeit zur Sanierung. Hauptsächlich jedoch zeigt sich die Inkonsistenz zwischen Insolvenz- und Strafrecht bei erfolgreicher Sanierung im Insolvenzverfahren. Diese geht allerdings in aller Regel einher mit Forderungsverzichten Dritter. Dann aber scheidet eine strafrechtliche Privilegierung auch nach *Windsbergers* Prämissen zur außergerichtlichen Sanierung aus. Konequent ist demgemäß ihr Vorschlag, de lege ferenda eine Regelung tätiger Reue einzuführen (S. 264). Die Ausgestaltung wäre jedoch äußerst schwierig, weil sie sich im Spannungsfeld zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sanierung einerseits und dem wertungswidersprüchlichen Privileg der Verantwortlichen aufgrund von Dritten aufgebrachtter Finanzhilfen zu bewegen hätte, wobei es eigentlich nur bei externen Insolvenzsachen systemgerecht ist, die Handelnden weiter zu unterstützen, und im Übrigen nur eigene Anstrengungen strafrechtlich anzuerkennen.

d) Die Variante der Auffassung vom nötigen Zusammenhang zwischen Bankrottbehandlung und Strafbarkeit, die auf Krisenidentität abstellt, lehnt *Windsberger* aus verschiedenen Gründen ab, u.a. weil diese Variante nicht die Verbindung zwischen Schaffen der Gefahr für die Gläubiger und dem Eintritt des Erfolgs (= Strafbarkeitsbedingung) im Blick habe (S. 262 f.). Das trifft zu, ist aber nur geeignet, *Windsbergers* Vermutung zu widerlegen, das Bestehen auf dem „tatsächlichen Zusammenhang“ ziele verkappt auf Kausalität (S. 56), spricht jedoch nicht gegen den Eintritt des im Kern auch von ihr für nötig erachteten Restriktionseffekts. Das sieht die *Autorin* ebenso, will sie fehlende Krisenidentität doch auf der Ebene der Strafzumessung, § 46 Abs. 3 StGB, mildernd berücksichtigen.

3. Für § 283b StGB gelangt *Windsberger* zu dem Ergebnis, dass die Tathandlung für sich gesehen nicht als Kriminalunrecht (wohl aber als Ordnungswidrigkeitentatbestand, S. 274) angesehen werden könne. Dies ändere sich erst beim Zusammentreffen mit einer der Strafbarkeitsbedingungen. Ihr Eintritt sei daher (anders als bei § 283 StGB) das Unrecht konstituierend (S. 267). Den damit einhergehenden Bedeutungswandel des § 283 Abs. 6 StGB allein aufgrund der Verweisung in § 283b Abs. 3 StGB erklärt sie mit der Anordnung nur „entsprechender“ Geltung (S. 268 f.).

Überdies betrachtet es *Windsberger* als einen Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung, dass § 283b StGB Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten pönalisieren, an welche das Primärrecht (Handels-, ebenso Steuerrecht) überhaupt keine Rechtsfolgen knüpfe (S. 267 f.). Deswegen sei eine Beschränkung des unter den weitgefassten Wortlaut des § 283b StGB subsumierbaren Anwendungsbereichs zwingend. Die erwogene verfassungskonforme Auslegung (S. 269) verwirft sie allerdings ebenso wie die Restriktion über die Annahme eines tatsächlichen Zusammenhangs (S. 270). Auf welche Weise jedoch sie ihren verfassungsrechtlichen Bedenken (S. 270 – 274) Rechnung tragen will, und woraus diese angesichts ihrer zu § 283 StGB vertretenen Auffassung, allein der Gesetzgeber habe über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Normierung eines abstrakten (ggf. bedingten) Gefährdungsdelikts zu befinden (S. 180), überhaupt resultieren können, lässt sie offen.

III. Der Eindruck ist zwiespältig: Verdienstvoll ist das Aufgreifen dogmatischer Unklarheiten, sind die tiefgründigen systematischen Überlegungen, ist auch das Ableiten ihrer Ergebnisse, anerkennenswert ihr Mut, auch deren Nebenwirkungen selbst zu beschreiben. Angesichts ihrer argumentativen Gestaltungskraft wäre *Alexandra Windsberger*, wäre sie bei Fertigstellung ihrer Arbeit darauf hingewiesen worden, sicherlich in der Lage gewesen, die hier formulierten Nachfragen aufzugreifen und konsistent zu beantworten. Es bleibt die Hoffnung, dass sie in der Zukunft die Gelegenheit findet, ihren dogmatischen Ansatz noch zu vertiefen und zu verfeinern.

Dr. Matthias Heiniger, Muttentz (CH)

Sandra Flemming: Die bandenmässige Begehung, eine umfassende Darstellung der Bandenmässigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung von Kindern

Duncker & Humblot, Berlin 2014, 352 S. EUR 79,90.

Die Besprechung der von der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Jahre 2012 als Dissertation angenommenen Abhandlung gliedert sich in zwei Teile. In einem ersten Teil werden die wichtigsten Erkenntnisse dieser Arbeit kurz dargestellt. Abschliessend erlaubt sich der Autor dieser Rezension eine kurze persönliche Einschätzung des Werks.

1. Teil: Historische Entwicklung der Bandenmässigkeit

In einem ersten Teil zeigt die Autorin auf, wie sich der Begriff der Bandenmässigkeit in der Rechtsgeschichte herausgebildet hat. Dabei verschafft sie einen kursorischen Überblick über die Regelungen des römischen Rechts, die Rechte der germanisch-fränkischen Zeit, die Rechte des Hoch- und Spätmittelalters sowie die Rechte der frühen Neuzeit. Im Unterschied zu den früheren Rechtsordnungen, welche dem Bandenbegriff ähnliche Rechtsinstitute kannten, sei der für das Strafrecht der Neuzeit grundlegenden *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 (Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V., CCC) der Bandenbegriff nicht bekannt gewesen. Erst im 18. Jahrhundert sei in den Partikulargesetzbüchern ausdrücklich der Begriff der Bande erschienen. Als Beispiel führt die Autorin den *Codex Juris Bavarici Criminalis* von 1751 auf, welcher den bandenmässig begangenen Diebstahl mit höherer Strafe bedrohte. Besondere Erwähnung erfährt dabei auch das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, welches schon eine der heutigen Regelung der bandenmässigen Tatbegehung ähnliche Bestimmung enthielt.

Einlässlich untersucht die Autorin die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts sei der Bandenbegriff geprägt gewesen von der sogenannten Komplottlehre, welche die Bedeutung der Bande, entgegen dem heutigen Verständnis, als Beteiligungsform verstand, vergleichbar mit dem Institut der Mittäterschaft und der Verbrechens verabredung. Die Autorin zeigt auf, wie die Komplottlehre in der Mitte des 19. Jahrhunderts an Bedeutung verlor. Das Komplott als Beteiligungsform sei ersetzt worden durch die Mittäterschaft. Die landesrechtlichen Strafgesetzbücher dieser Zeit seien dazu übergegangen, die Bande nicht mehr als Beteiligungsform, sondern nur noch als Straferhöhungsgrund zu verstehen. Unterschiedlich geregelt worden sei dabei die Frage nach der Mindestzahl von Mitgliedern, welche eine Bande aufweisen musste. Währenddem beispielsweise das Preussische StGB zwei Personen habe genügen lassen, habe das Bayerische StGB drei oder mehrere Personen verlangt. Die Frage nach der Mindestanzahl von Bandenmitgliedern sei in der Folge bis in die jüngste Zeit hinein kontrovers diskutiert worden, bis dann der Bundesgerichtshof in BGHSt 46, 321 die Mindestanzahl bei drei Mitgliedern festgesetzt habe.

Den Streifzug durch die Geschichte des Bandenbegriffs setzt die Autorin mit der Darstellung des Strafrechts des Norddeutschen Bundes bis heute fort. Hier ist erwähnenswert die Feststellung, dass das Strafgesetzbuch zwar grundsätzlich die reine Bandenbildung nicht sanktioniert, dieser Grundsatz aber durch das 1. StrÄndG von 1951 insofern aufgeweicht wurde, als in § 129 StGB die Bildung krimineller Vereinigungen selbständig unter Strafe gestellt wurde. Abgeschlossen wird der rechtsgeschichtliche Überblick mit einer tabellarischen Darstellung sämtlicher im Zeitpunkt der Drucklegung geltender 55 Bandennormen.

2. Teil: Herrschendes Verständnis der Bandenmässigkeit

Im zweiten Teil ihrer Arbeit stellt die Autorin die einzelnen Begriffsmerkmale der Bandenmässigkeit dar: Mindestanzahl der Bandenmitglieder, fortgesetzte Begehung, zu begehende Delikte sowie die Bandenabrede. Dabei geht sie jeweils nach dem gleichen Schema vor. In einem ersten Abschnitt zeichnet sie die geschichtliche Entwicklung des entsprechenden Merkmals nach, um dann in einem zweiten Abschnitt die sich daraus ergebenden Konsequenzen und offenen Fragen anhand leicht verständlicher Beispiele zu erläutern. Gerade die Ausführungen zur Mindestanzahl von Bandenmitgliedern sind für den Verfasser dieser Rezension von besonderem Interesse, da das schweizerische Bundesgericht, trotz Kritik in einem Teil der Lehre, an seiner Rechtsprechung festhält und zwei Personen zur Begründung einer Bande genügen lässt.

3. Teil: Überprüfung des herrschenden Verständnisses der Bandenmässigkeit

Diesen Teil ihrer Arbeit beginnt die Autorin mit der Erörterung der systematischen Bedeutung der Bande, indem sie dieses Rechtsinstitut von anderen Personenzusammenschlüssen abgrenzt. Unter dem Titel der Beteiligung stellt sie die Mittäterschaft gemäss § 25 Abs. 2 StGB dar und zeigt auf, inwiefern sich die Abrede zur mittäterschaftlichen Tatbegehung von der Bandenabrede unterscheidet, nämlich dadurch, dass sich erstgenannte auf bereits bestimmte Delikte bezieht und beschränkt, währenddem die Bandenabrede neben allenfalls bereits bestimmten Delikten notwendigerweise weitere noch unbestimmte Taten erfasst. Anschliessend stellt die Autorin das Komplott, verstanden als Verbindung mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Begehung einer bestimmten Straftat, dar, wobei sie darauf hinweist, dass dieser Begriff den heutigen Strafgesetzten fremd ist. Das ausgeführte Komplott sei ersetzt worden durch das Rechtsinstitut der Mittäterschaft und das unausgeführte Komplott sei in der Verbrechensverabredung gemäss § 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB aufgegangen.

Einlässlich stellt die Autorin die kriminelle Vereinigung gemäss § 129 StGB dar, welche in vielen Punkten mit der Bande übereinstimme. In einem wesentlichen Punkt unterschieden sich jedoch die beiden Rechtsinstitute: Währenddem die Strafbarkeit bei der kriminellen Vereinigung schon im Vorfeld konkreter Straftaten eingreife, werde die Bande erst im Rahmen der Strafschärfung bei konkret begangenen Delikten bedeutsam.

In einem zweiten Abschnitt grenzt die Autorin die Bandenmässigkeit von der Gewerbsmässigkeit ab, bei welcher es sich ebenfalls um einen Strafschärfungsgrund handelt.

Ein weiteres Kapitel widmet die Autorin der teleologischen Bedeutung der Bande, indem sie den Grund für die Strafschärfung der bandenmässigen Tatbegehung beleuchtet. Diese Ausführungen beginnt sie mit der Darstellung der Rechtsprechung von Reichsgericht in Strafsachen und Bundesgerichtshof, um anschliessend den Meinungsstand in der Literatur zu referieren. Diesen Teil schliesst die Autorin mit einer eigenen Stellungnahme ab. Sie sieht die Gefährlichkeit der bandenmässigen Begehung in Anlehnung an die herrschende Meinung in der Gefährlichkeit der Verbindung und in der Gefährlichkeit der Tatbegehung. Die Hauptlast der Legitimation trage die Gefährlichkeit der Verbindung, denn sie liege allen Bandennormen zugrunde und spiegle sich im Merkmal „als Mitglied einer Bande“ wieder. Die Bandenabrede begründe eine enge Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingingen, so dass die [abstrakte] Gefahr des ständigen Anreizes zur Straftatbegehung bestehe. [...] Allerdings müsse die konkrete Tatbegehung noch in den Kontext der Gefährlichkeit der Verbindung gesetzt werden, insbesondere ohne dabei zu verlangen, dass sich die Gefahr und insbesondere gruppenspezifische Effekte in der Bandentat tatsächlich konkretisiert haben müssten. Dies werde erreicht, wenn die Tatbegehung als Kundgabeakt verstanden werde, mit dem der Täter seine Tat bewusst in den gefährlichen Zusammenhang der Bandenabrede stelle und somit zur Aufrechterhaltung der Bandenabrede bzw. der Bande beitragen könne („Verbindungsaufrechterhaltungsgefahr“), sei es nun durch die Möglichkeit der Auslösung gruppenspezifischer Prozesse, einer Drucksituation oder einfach einer positiven Erwartungshaltung bei den anderen, dass die Bande ihr Vorhaben fortsetze (S. 157).

4. Teil: Übertragung der Ergebnisse auf Banden mit Kindern

Den vierten Teil ihrer Arbeit widmet die Autorin dem Kernanliegen ihrer Arbeit, der Darstellung der strafrechtlichen Erfassung des Zusammentreffens von Kindern und Banden. Zu Beginn erörtert sie die Frage, ob Kinder angesichts ihrer absoluten Strafunmündigkeit gemäss § 19 StGB überhaupt als Mitglieder einer Bande zu berücksichtigen sind. Diese Frage wurde in Rechtsprechung und Lehre nur vereinzelt diskutiert. So kann die Autorin nur auf ein Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt 19, 192) zurückgreifen, in welchem das Gericht zur Erkenntnis gelangte, Kinder könnten auch Mitglieder einer Bande sein und es komme für die Anwendung der Bandennorm nicht darauf an, dass alle Bandenmitglieder bestraft werden könnten. Soweit sich die Lehre dieser Frage überhaupt angenommen hat, teilt sie die Ansicht des Reichsgerichts.

Ihre eigenen Überlegungen zu dieser Frage beginnt die Autorin mit dem Nachweis, dass Strafnormen grundsätzlich auch von Kindern erfüllt werden können. Kinder könnten nach der Vorstellung des Gesetzgebers zwar tatbestandsmässig und rechtswidrig, allerdings nicht schuldhaft handeln. Im Anschluss daran diskutiert die Autorin die Frage, ob Kinder sich an einer Bandenabrede beteiligen können. Hierfür untersucht sie mehrere gesetzlich normierte Altersgrenzen. In Bezug auf den schon erwähnten § 19 StGB weist sie darauf hin, dass dieser lediglich die unwiderlegbare Vermutung aufstellt, dass ein Kind aufgrund von Reife-defiziten schuldunfähig ist. Es sei gerade nicht ausgeschlossen, dass ein Kind im konkreten Fall bereits über die für Unrechtseinsicht und Handlungssteuerung erforderliche Reife verfüge [...] Demnach könnten Kinder, insbesondere mit zunehmendem Alter, durchaus un-rechtseinsichtsfähig sein und mithin verstehen, dass sich die Bandenabrede auf die Begehung von etwas rechtlich nicht Erlaubten beziehe. Auch wenn die Bandenabrede Schuld-fähigkeit erfordern sollte, könne die nach § 19 StGB unterstellte Schuldfähigkeit nicht zur ab-soluten Bandenmitgliedsunfähigkeit führen. Allenfalls eine konkrete Nichtberücksichtigung könnte sich aus der im Einzelfall festzustellenden konkreten Schuldunfähigkeit i.S. von feh-lender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit eines Kindes ergeben (S. 178).

Weiter untersucht die Autorin, ob die Deliktsunfähigkeit gemäss § 828 BGB respektive die Geschäftsunfähigkeit gemäss § 104 Nr. 1 BGB für die Beantwortung der vorliegenden Frage herangezogen werden kann, was sie verneint. Gegenüber der Deliktsunfähigkeit gemäss § 828 BGB seien dieselben Vorbehalte zu erheben wie gegenüber der absoluten Schuldun-fähigkeit des § 19 StGB, stelle diese doch eine starre Altersgrenze auf, ohne den Einzelfall zu berücksichtigen. Die Geschäftsunfähigkeit beziehe sich auf die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliessen, wobei die Bandenabrede gerade nicht als Rechtsgeschäft anzusehen sei.

Daran anschliessend untersucht sie eine einzelfallbezogene Nichtberücksichtigung von Kindern bei Banden. Keine generelle, aber eine einzelfallbezogene Nichtberücksichtigung von Kindern im Zusammenhang mit Bandennormen könnte sich aus dem Vorliegen eines - neben § 19 StGB bestehenden - Strafmangels ergeben. Diese These untersucht die Autorin in Bezug auf die die Bande konstituierenden Elemente. Das Ergebnis ihrer Untersuchung fasst sie folgendermassen zusammen: Kinder könnten Bandenmitglieder sein und ebenfalls bandenmässig handeln. Ausserdem stellten Banden mit Kindern keine generell weniger ge-fährliche Banden dar, die aus dem Bereich der Bandenstrafbarkeit herauszunehmen wären. Im Einzelfall sei es jedoch möglich, dass Kinder - wie andere Personen auch - nicht tatbe-standsmässig, rechtswidrig, einsichts- und steuerungsfähig sowie entschuldigt handeln würden, wodurch ihre Bandenmitgliedschaft und/oder ihre Fähigkeit zur bandenmässigen Begehung ausgeschlossen sein könne (S. 275).

5. Teil: Strafmündige Beteiligte als Bandentäter

In einem letzten Teil ihrer Arbeit untersucht die Autorin, wie strafmündige Bandenmitglie-der für die Beteiligung an Straftaten von Kindern rechtlich zu erfassen sind. Hierfür beleuch-tet sie die Rechtsfiguren der mittelbaren Täterschaft sowie der unmittelbaren Täterschaft durch Unterlassen. Zentral ist ihre Erkenntnis, dass die blossе Schuldunfähigkeit eines Kin-des gemäss § 19 StGB nicht dazu führt, dass Beteiligte als mittelbare Täter anzusehen sind. Vielmehr sei ein weiterer tatsächlicher Strafdefekt des Kindes erforderlich, den sich der Hin-termann zunutze mache (S. 303).

Persönliche Einschätzung

Sandra Flemming hat eine fundierte Abhandlung zum praxisrelevanten Themenbereich der bandenmässigen Tatbegehung vorgelegt. Eine derart umfassende Darstellung vermisst der Autor dieser Rezension in der schweizerischen juristischen Literatur. Er ist davon überzeugt, dass auch die schweizerische Rechtsprechung bei den Überlegungen von Sandra Flemming Anregungen finden könnte, gerade auch, was das in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutierte Thema der Mindestmitgliedzahl einer Bande anbelangt. Dieses Werk gibt allen, welche sich mit Bandenkriminalität befassen, insbesondere den Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten, einen fundierten Einblick in dieses komplexe Rechtsgebiet. Es ist auch für einen Juristen aus einer Nachbarrechtsordnung wie der schweizerischen mit Gewinn zu lesen.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Fabian Jeremias, LL.M., Bielefeld

Stefan Behringer (Herausg.):

„Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand“

2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2016, 300 Seiten, 34,95 Euro.

I. Einleitung

Das zu rezensierende Buch wird von Herrn Prof. Dr. Stefan Behringer herausgegeben. Der Herausgeber ist Professor für Betriebswirtschaftslehre an der Nordakademie und über eine Vielzahl von Publikationen im Bereich Compliance durchaus bekannt. Bereits mit dem Titel „Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand“ wendet sich der Herausgeber an eine klar zu erkennende Zielgruppe: Verantwortliche im Bereich Compliance bei KMU. Das Buch ist besonders für eine erste vertiefte Beschäftigung mit der Thematik Compliance gut geeignet und macht Lust auf mehr.

Insgesamt wird das Buch von Beiträgen verschiedener Autoren getragen: Anja Becher, Prof. Dr. Georg Disterer, Dr. Doreen Müller, Dr. Malte Passarge, Dr. Harald W. Potinecke, Dr. Thomas Uhlig, Dr. Thomas Ull, Prof. Dr. Patrick Ulrich, Mathias Wendt, Prof. Dr. Stefan Behringer.

Die neu bearbeitete und erweiterte Auflage hat den Stand von März 2016. Das Buch ist leider nicht mehr ganz auf dem aktuellsten Stand. Insbesondere ist die Datenschutzgrundverordnung sowie das neue Bundesdatenschutzgesetz nicht aufgenommen.

II. Inhalt

Das Buch besteht aus insgesamt zwölf Beiträgen, die systematisch und methodologisch stringent die Thematik Compliance umfassend abarbeiten. Gegliedert ist das Werk wie folgt:

1. Compliance und KMU
2. Compliance in KMU – eine Standortbestimmung aus theoretischer und praktischer Sicht
3. Legal Compliance
4. Wirtschaftsstrafrecht bei KMU
5. Anti-Korruptions-Compliance
6. Arbeitsrechtliche und personalwirtschaftliche Compliance
7. Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Steuern bei KMU

- 8. IT-Compliance
- 9. Compliance in der Produkthaftung
- 10. Compliance-Management und Unternehmenskultur in mittelständischen Unternehmen
- 11. Organisation von Compliance-Management in KMU
- 12. Standards und Zertifikate für Compliance-Management-Systeme

1. Compliance und KMU

Zunächst beginnt der Herausgeber im ersten Aufschlag mit der Erläuterung der Begrifflichkeiten „Compliance“ und „*kleine und mittlere Unternehmen*“.

Der Begriff Compliance wird aus dem Kontext der Auseinandersetzung mit der juristischen Compliance in den 60er Jahren hinsichtlich der Electrical Cases in den USA hergeleitet. Zudem wird sodann eine Linie zum Korruptionsskandal bei Siemens im Jahre 2006 gezogen. Dem Leser sollen hiermit die rechtlichen Ansätze für Compliance verdeutlicht werden. Leider wird der Siemens Korruptionsskandal und die gerichtliche Entscheidung des Landgerichts München I aus dem Jahre 2013 als sogenannte „landmark decision“ nicht näher erläutert. Zwar wird Compliance als neue Aufgabe definiert, insbesondere hinsichtlich der Herangehensweise zur Implementierung von Compliance, allerdings fehlt dem Leser aufgrund der unzureichenden gesetzlichen Regelungen der greifbare Ansatz. Nichtsdestotrotz vermag der Beitrag den Leser für die Thematik zu sensibilisieren und in die Lage zu versetzen, mit den Begrifflichkeiten entsprechend umzugehen.

Der Verfasser des Beitrags erläutert ferner die Begrifflichkeit *kleine und mittlere Unternehmen* sowie *Familienunternehmen* und leitet entsprechende Differenzierungen ein, damit der Leser im Folgenden hinsichtlich seines Unternehmens Einordnungen vornehmen kann.

Etwas irritierend ist, dass der Verfasser unter anderem auf die sogenannte Principal-Agent Theorie eingeht, diese auch ausführt, wobei im nachgelagerten Beitrag diesem Bereich eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Dem Leser kann somit durchaus geraten werden, da es in der Folge häufige Doppelungen von Themen gibt, stets auch das Inhaltsverzeichnis im Blick zu behalten.

Inhaltlich wird hinsichtlich der Bedeutung von KMU in Deutschland und der Bedeutung der Wirtschaftskriminalität bei KMU auf einschlägige Umfragen sowie Statistiken Bezug genommen. Diese Ausführungen sind zur Einordnung der Relevanz von Compliance hilfreich.

2. Compliance in KMU – eine Standortbestimmung aus theoretischer und praktischer Sicht

Der Verfasser Prof. Dr. Patrick Ulrich ist Lehrstuhlinhaber an der Hochschule Aalen und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Corporate Governance, Compliance leadership, Unternehmensführung und Kontrolle. In diesem Beitrag wird der Begriff Compliance ebenfalls kurz erläutert, um ihn sodann mit der Begriffsdefinition *Corporate Compliance* zu erweitern. Hierbei stellt der Verfasser darauf ab, dass Corporate Compliance eine Einbettung der Compliance in ein betriebswirtschaftlich ausgerichtetes Gesamtbild sei. Damit erweitert der Verfasser diesen Begriff von der rein rechtlichen Betrachtung hin zu einer organisationstheoretischen Sicht.

In praktischer Hinsicht geht der Verfasser unter anderem auf die für den Mittelstand besonders relevante Rechtsform der GmbH und dem Ausgangspunkt der Innenhaftung der Geschäftsführung ein. Im Weiteren findet in theoretischer Hinsicht eine Auseinandersetzung mit der Principal-Agent Theorie und der Stewardship Theorie statt, um Compliance in abstrakter Hinsicht zu betrachten.

3. Legal Compliance

Der Beitrag wurde verfasst von Dr. Thomas Uhlig. Der Verfasser ist Manager bei KPMG Law und Mitglied der Practice Group Compliance & Investigations. Dieser sehr gelungene Beitrag nimmt direkt die Perspektive von kleinen und mittleren Unternehmen ein. Er bietet dem Leser neben der unmittelbar rechtlichen Relevanz auch die Möglichkeit, eine funktionierende Compliance im Geschäftsverkehr als Wettbewerbsvorteil zu verstehen.

Gleichwohl konzentriert sich der Verfasser vornehmlich auf die Erläuterung zivilrechtlicher Haftungstatbestände. Dem Leser werden die Strukturen des vertraglichen Schadenersatzes sowie der deliktischen Haftung im Ansatz erläutert. Am Ende des Beitrags ist eine Checkliste zur Haftungsminimierung für Unternehmensträger angefügt, um das Risiko von schuldhaften Pflichtverletzungen aus Verträgen systematisch zu minimieren.

4. Wirtschaftsstrafrecht bei KMU

Dr. Doreen Müller ist Rechtsanwältin bei der KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Leipzig und Mitglied der Practice Group Risk & Compliance. Die Verfasserin wagt es, einen kurzen Abriss über die wirtschaftsstrafrechtlich relevantesten Tatbestände zu geben. Und um es vorweg zu nehmen: Es gelingt. Überblicksartig werden dem Leser die verschiedenen Gebiete und die Tatbestände klar und strukturiert erläutert. Der Leser wird dabei unter anderem für die Haftung aufgrund betrieblicher Aufsichtspflichtverletzung, Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Verletzung gewerblicher Schutzrechte, strafrechtliche Produkthaftung, Verstöße gegen das Kartellrecht, Sorgfaltspflichten nach dem Geldwäschegesetz sowie Strafbarkeitsrisiken in der unternehmerischen Krise (Bankrott, Gläubiger- und Schuldnerbegünstigung, Insolvenzverschleppung) sensibilisiert.

Somit wird der Leser in die Lage versetzt, für sein Unternehmen Risiken zu identifizieren.

5. Anti-Korruptions-Compliance

Dr. Malte Passarge ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht in Hamburg sowie Vorstandsvorsitzender des Instituts für Compliance im Mittelstand e.V.. Der Verfasser behandelt mit der Thematik Anti-Korruptions-Compliance ein originäres und klassisches Compliance Feld. Dieser Beitrag vervollständigt letztendlich den von Frau Dr. Doreen Müller verfassten Beitrag zum Thema Wirtschaftsstrafrecht bei KMU. Im hiesigen Beitrag wird dem Leser zunächst überblicksartig das Themenfeld Korruption skizziert, um im Weiteren die Tatbestände sowie ihre Voraussetzungen näher zu erläutern und Begrifflichkeiten zu klären.

Insbesondere greift der Verfasser auch die Bestechung und Bestechlichkeit in der Gesundheitswirtschaft mit der Statuierung der §§ 299a und 299b StGB auf. Leider ist in dieser Auflage, vermutlich durch die zeitliche Überschneidung, die Aktualität nicht gewährleistet. Hierfür sei dem Leser geraten, angepasste und aktuelle Literatur heranzuziehen.

Im Weiteren beinhaltet dieser Beitrag Erläuterungen zum US-Recht: Sarbanes-Oxley Act sowie Foreign Corrupt Practices Act. Dem Leser wird aufgezeigt, dass durch ein Compliance-Management-System eine Strafreduzierung möglich sei.

Hier stellt sich der Leser natürlich die Frage, ob diese Strafreduzierungen auch im deutschen Recht zwingend wären. Der Verfasser unterlässt es allerdings, einen Bezug zum deutschen Recht bzw. zur Strafreduzierung bei Implementierung eines Compliance-Management-Systems nach deutscher Rechtsprechung zu ziehen.

Ferner wird der UK Bribery Act erläutert, der stets anwendbar ist, sofern das betroffene Unternehmen in irgendeiner Form geschäftlich in Großbritannien tätig ist. Die hierzu getätigten Erläuterungen helfen dem Leser, sich im UK Bribery Act zu orientieren.

Abschließend führt der Verfasser die Geldbuße nach §§ 130, 30 OWiG an, um final bei den zivilrechtlichen und vertraglichen Aspekten, insbesondere Schadenersatzansprüchen, zu landen. Der Verfasser entfaltet sodann am Beispiel der „landmark decision“ Siemens ./.. Neubürger, Urteil des Landgerichts München I vom 10.12.2013, dass es eine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance Programms gebe und sich die Grundsätze der Einrichtung eines Compliance Programms nicht auf eine AG beschränke, sondern auch für die GmbH oder GmbH & Co. KG etc. anwendbar sei.

Als Orientierung darf auf die Checkliste im Anhang des Beitrags verwiesen werden, die hilfreich ist, um einen ersten Risikobewertungsaufschlag für das eigene Unternehmen zu tätigen.

6. Arbeitsrechtliche und personalwirtschaftliche Compliance

Die Verfasserin Anja Becher ist Rechtsanwältin am Berliner Standort von Ogletree Deakins International LLP. Wie der Titel bereits erwähnt, greift die Verfasserin sich insbesondere den

Aspekt der arbeitsrechtlichen Compliance heraus. Hierbei liegt der Fokus darauf wie der Leser seine eigene Haftung vermeiden könnte bzw. Pflichtverstößen der eigenen Mitarbeiter entgegentreten kann. Es wird die Geltung von Compliance Risiken im Arbeitsverhältnis, Sanktionsmöglichkeiten bei Compliance-Verstößen, die Untersuchung von Complianceverstößen durch den Arbeitgeber, Einsichtnahme in die Personalakte, Einsatz einer Detektei, Videoüberwachung, Auswertung des E-Mail-Verkehrs sowie weitere arbeitsrechtliche Compliance-Maßnahmen aufgegriffen und besprochen. Der Leser wird dabei nicht lediglich abstrakt informiert, sondern ihm werden anbei Formulierungsvorschläge an die Hand gegeben, sodass dies durchaus als Praxisleitfaden verstanden und verwandt werden kann.

7. Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Steuern bei KMU

Mit dem Bereich Tax-Compliance widmet sich der Verfasser Dr. Thomas Ull ebenfalls einem klassischen Themenfeld von Compliance. Der Verfasser ist Wirtschaftsprüfer und Leiter des Bereichs Familienunternehmen & Mittelstand bei der Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft PwC für die Region Nordwest mit den Standorten Bremen und Oldenburg. Der Leser wird über die Einführung von Compliance und Rechnungslegung, über Buchführungspflichten sowie Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Verantwortlichkeit im Grundsatz aufgeklärt, um dann über den Jahresabschluss und Offenlegung als auch über Auswirkungen von Verstößen informiert zu werden.

Der Beitrag mag im Bereich Compliance und Steuern sicherlich nicht eine abschließende Beratung ersetzen, allerdings ist die Aufbereitung gelungen, da der Leser eine entsprechende Orientierung in diesem Themenfeld erhält und die Relevanz von Compliance in den Bereichen Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Steuern bei kleinen und mittleren Unternehmen richtigerweise hervorgehoben wird.

8. IT-Compliance

Der Beitrag ist verfasst von Prof. Dr. Georg Disterer. Der Verfasser lehrt Wirtschaftsinformatik an der Hochschule Hannover und arbeitet auf den Gebieten Informationsmanagement, IT Service Management, IT-Governance und IT-Compliance, Projektmanagement. Unbestritten dürfte sein, dass die Thematik IT-Compliance nicht nur aktuell, sondern auch in Zukunft, einen wesentlich stärkeren Bereich bei der Compliance einnehmen wird. Der Verfasser attestiert nicht nur, dass bei den KMU bezüglich IT-Compliance ein erhöhter Nachholbedarf bestehe, sondern auch, dass die Risiken vielen KMU nicht wirklich bewusst seien. Der Leser wird insgesamt gut eingeführt, allerdings ist der Bereich IT-Compliance nicht mehr aktuell. Es fehlt die Auseinandersetzung mit der Datenschutzgrundverordnung sowie mit dem „neuen Bundesdatenschutzgesetz“. Diesbezüglich ist der Leser auf aktuelle Lektüre zu verweisen.

9. Compliance in der Produkthaftung

Der Verfasser Dr. Harald W. Potinecke ist Rechtsanwalt und Partner im Münchener Büro von CMS Hasche Sigle. Er leitet die Compliance-Gruppe der Sozietät und berät überwiegend Industrie- und Handelsunternehmen in den Bereichen Compliance und Produkthaftung. Der Verfasser nähert sich diesem Compliance-Bereich zunächst über den Sinn und Zweck der Produkthaftung, um im Anschluss die gesetzlichen Grundlagen, also insbesondere die zivilrechtlichen Produkthaftungstatbestände, zu benennen. Dem Leser wird hierbei eindringlich vermittelt, inwieweit Produkthaftung auch für ihn von Relevanz sein könnte. Der Verfasser erläutert zudem greifbar die einschlägigen Tatbestände. Daran angeschlossen werden neben dem Produkthaftungsgesetz oder etwaiger Vorschriften aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch das Produktsicherheitsgesetz sowie die einschlägigen Straftatbestände aus dem Strafgesetzbuch besprochen.

Im Kontext der Produkthaftung wird beispielhaft auch das Thema Rückruf von fehlerhaften Produkten aufgegriffen und einschlägige Rechtsprechung hierzu erläutert. Ansätze hinsichtlich etwaiger Strategien zur Schadensbegrenzung und -verlagerung werden angedeutet, allerdings in der Tiefe nicht ausgeführt.

10. Compliance-Management und Unternehmenskultur in mittelständischen Unternehmen

Der Verfasser Mathias Wendt ist seit 2008 bei der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Beratungsbereich tätig. Sein Schwerpunkt liegt in der Beratung großer und mittelständischer Unternehmen zu den Themenfeldern Governance und Compliance. Einleitend greift der Verfasser ähnlich wie unter Punkt 2 (siehe oben) die Principal-Agent Theorie sowie die Stewardship Theorie auf. Zudem werden Compliance-Risiken in mittelständischen Unternehmen anhand einer Grafik dargestellt, sodass der Leser einen Überblick risikobehafteter Bereiche erhält.

Sodann wird der Begriff bzw. die „Unternehmenskultur“ als Grundlage eines effektiven und wirksamen Compliance-Managements aufgegriffen und in den Kontext für die Motivation von Einzelpersonen und Gruppen gestellt. Dem Leser wird hierbei deutlich vermittelt, dass die Implementierung von Compliance-Management-Systemen ausschließlich vom *Tone from the Top* bzw. *Tone from the Middle* geprägt sei. So habe es unter anderem auch der Prüfungsstandard IDW PS 980 bereits 2011 festgeschrieben.

Der Verfasser kommt zum Schluss seines Beitrages zu der Erkenntnis, dass gerade im Zusammenhang mit einer verstärkten internationalen Expansion bei mittelständischen Unternehmen eine Unternehmenskultur fest implementiert sein muss.

11. Organisation von Compliance-Management in KMU

Der Verfasser Prof. Dr. Stefan Behringer führt richtigerweise direkt zu Beginn an, dass zur Implementierung einer Compliance-Organisation stets die Mitwirkung bzw. das Einbringen des Unternehmers selbst von entscheidender Bedeutung sei. Schließlich sei bei KMU stets von einer engen Verbindung der Werte des Unternehmers und des Unternehmens auszugehen. Sodann werden Grundbegriffe der Organisation im Unternehmen selbst aufgegriffen und organisatorische Ansätze für die Ausgestaltung der Aufbauorganisation von Compliance in KMU benannt. Der Leser vermag hier selbst entscheiden, welche Struktur bzw. Organisation in seinem Betrieb angewandt werden könnte.

12. Standards und Zertifikate für Compliance-Management-Systeme

Die Verfasser Prof. Dr. Stefan Behringer und Dr. Malte Passarge greifen zunächst die Logik der Zertifizierung auf und unterlassen es dabei nicht, darauf hinzuweisen, dass eine Zertifizierung für Compliance-Management-Systeme in ihrer Auswirkung richterlich noch nicht entschieden sei. Sodann werden die verschiedenen Standards vorgestellt, insbesondere der ISO-Standard 19600, den IDW PS 980 sowie das Hamburger Compliance-Zertifikat.

Fazit:

Das Buch macht Lust auf mehr.

Sofern der Leser Informationen zur Datenschutzgrundverordnung bzw. Bundesdatenschutzgesetz oder zu den Korruptionstatbeständen der §§ 299a, 299b StGB sucht, ist das Buch mangels Aktualität nicht zu empfehlen.

Insgesamt ist das Buch eine gelungene Sammlung von Beiträgen, die die Grundlagen aller compliance-rechtlichen Themenfelder für KMU behandeln.

Internationales Strafrecht

Rechtsanwalt Detlev Stoffels, Paderborn

Andreas Armbrorst, Jihadi Violence - A study of al-Qaeda's media

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht; Kriminologische Forschungsberichte; Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser; Band K 159; Dunker & Humblot, Berlin 2013, 266 Seiten, 35,00 Euro

I.

Der Autor hat mit diesem Buch ein kriminologisches Werk geschaffen. Die Kriminologie lehnt sich, themenbezogen mal stark oder mal weniger stark an andere Wissenschaften an, beispielsweise wie hier, an die Soziologie. Die Soziologie ist im Übrigen auch die Fachrichtung, an die die Kriminologie im anglo-amerikanischen Raum angegliedert ist. Bei uns dagegen findet sie sich in den juristischen Fakultäten wieder.

Da der Autor ein international vielbeachtetes Thema in seinem englischsprachigen Werk aufnimmt, greift er auf internationale Erkenntnisse der Kriminologie und der Soziologie zurück, weniger auf Erkenntnisse der Rechtswissenschaft. Man könnte also sagen, es handelt sich um eine kriminologisch-soziologische Studie, weniger um eine juristische.

Der geneigte Leser dieser Veröffentlichung dürfte aber eher einen juristischen-anwaltlichen Sachverstand besitzen und weniger Erkenntnisse der Soziologie zu seinem Wissensbestand zählen. All die, die zudem in Bielefeld Jura studiert haben und die Möglichkeit hatten, in die Vorlesung eines Niklas Luhmann hereinzuhören, wissen, dass die Soziologie schwer zugänglich sein kann, wenn man sich nicht mit ihren Begrifflichkeiten intensiv auseinandersetzt.

Eine intensive Auseinandersetzung mit kriminologisch-soziologischen Begrifflichkeiten oder Methoden soll nicht der Gegenstand der Rezension sein. Uns geht es darum, einen Blick in die Studie zu werfen und die Erkenntnisse, die der Autor vorhält darzustellen und weniger den soziologisch-kriminologischen Weg dorthin.

II.

Dem tagespolitisch Interessierten ist bewusst, dass es fast schon zu spät ist, sich mit Namen wie Al Qaida, Begriffen wie Jihadismus, Islamismus oder Salafismus näher auseinanderzusetzen und das Wissen in Bezug auf diese zeitgemäßen Phänomene zu vertiefen.

Hier zu unterstützen ist jedoch nicht die Zielsetzung dieses Buches, wenngleich einige Begriffe erläutert und vor allem eingeordnet werden. Diese Studie leistet mehr. Sie zeigt den wissenschaftlichen Weg, der zur Definition der Begriffe und deren Einordnung in die Begriffswelt des Islam führt.

Dieses Buch beschreibt die Erforschung der jihadistischen Gewalt, wie sie begründet wird, aus welchen Quellen sie gespeist wird, wie sich ihr Begriff von Begriffsdefinitionen Anderer unterscheidet und in welchem Verhältnis sie zu anderen Strömungen aus der Islamischen Welt steht und stellt die Ergebnisse der Forschung vor.

III.

Wozu bedarf es einer weiteren Studie über Terrorismus und Jihadismus, wenn bereits eine Vielzahl von Denkfabriken eine Vielzahl von tiefschürfende bis fragwürdige Studien über dieses Thema veröffentlicht haben? Um nicht den Eindruck zu erwecken, diesem Überfluss lediglich eine weitere Studie hinzuzufügen, hat der Autor vier zusätzliche akademische Punkte zur Beschreibung der politischen Gewalt des Jihadismus in seine Studie aufgenommen: zum ersten bietet die Studie eine Definition des Terrorismus, die einige der grundlegenden Probleme überprüft, auf die die Wissenschaft traf; zweitens liest die Studie einige der wertvollsten akademischen Schriften über die Jihad Bewegung in ein Profil des Jihadismus ein, um so die Terminologie zu standardisieren und einen kurzen aber umfassenden Überblick über widersprüchliche Informationen zu geben; drittens wird in der Studie ein methodologischer Ansatz vorgestellt, der den Inhalt der Ideologie beschreiben hilft und viertens wurden zwei verschiedene Arten der jihadistischen Medien verglichen: die ideologischen Statements der Al Qaida Central sowie die Veröffentlichungen zur Übernahme der Verantwortung für terroristische und militärischen Angriffe durch jihadistische Gruppen im Irak.

Dabei stellt diese Studie die Frage in den Vordergrund, wie jihadistische Medien die Anwendung der Gewalt sowohl in der Theorie (Ideologie), als auch in der Praxis als notwendig und legitim darstellen und sie für die jihadistische Bewegung instrumentalisieren.

Der Autor beginnt damit, den Gegenstand seiner Untersuchung in den ersten beiden Kapiteln seiner Arbeit zu definieren. So beschreibt er zunächst, die zentralen Begrifflichkeiten in der Studie, also politische (inklusive terroristische) Gewalt und jihadistische Gewalt.

Im anschließenden empirischen Teil seiner Arbeit in insgesamt fünf Kapiteln, stellt der Autor die Methode seiner Datenerhebung und Forschung dar, gefolgt von einem Abriss über die Ideologie des Jihadismus.

Im umfangreichsten Kapitel seiner Arbeit bildet der Autor Al Qaidas Ideologie aus ihren eigenen Medien heraus ab, indem er die Erzählungen, Fragen und Probleme beschreibt, die in Al Qaidas Medien dargestellt werden.

Schließlich beschreibt er konkret den Jihadismus im Irak und schließt eine Zusammenfassung und einen Ausblick sowie eine wertende Betrachtung an.

Es folgt neben einer Bibliographie mit einem Annex, in dem sich Informationen über das Programm Leximancer befinden, aber auch Textbeispiele von AQ statements.

Last but not least verweist eine „List of Figures“ und eine „List of Tables“ auf die Seiten, auf denen Abbildungen bzw. Tabellen in dem Buch zu finden sind.

V.

Vergleicht man Terrorismus mit anderen Formen der allgemeinen Kriminalität, so erkennt man in ihm drei Besonderheiten:

Terroristische Gewalt wird als gerechte, aber ungesetzliche Reaktion, die aufgrund moralischer Empörung der Individuen gegen wahrgenommene Ungerechtigkeit eingesetzt wird, gesehen.

Die terroristische Gewalt zielt auf stellvertretende Ziele ab und nicht auf die, die unmittelbar für die begangene Ungerechtigkeit verantwortlich sind. Schließlich mag der Täter eines terroristischen Verbrechens selbst niemals Ungerechtigkeit erlitten haben, sondern handelt nur für eine Institution oder Person, deren Normen oder Moralvorstellungen verletzt wurden. Dies kann dazu führen, dass der Täter niemals Opfer einer ihn motivierenden Straftat war, noch das Opfer des terroristischen Aktes jemals die Moralvorstellungen anderer verletzt hat. Solche Täter-Opfer-Konstellationen findet man schwerlich bei herkömmlichen Gewalttaten.

Jihadistischer Fundamentalismus wird durch drei Elemente charakterisiert: es handelt sich um islamischen Aktivismus, unterscheidet sich jedoch von anderen Formen des islamischen Aktivismus, da er eine Lehre des Jihadismus entwickelt hat, die sich von neuen juristischen Interpretationen des Jihad und des internationalen islamischen (theologischen) Rechts unterscheidet. Zudem setzt der Jihadismus die lange Tradition der jihadistischen Kriegsführung fort. Unter islamischem Aktivismus wiederum versteht man die Verbreitung all dessen, was den Islam ausmacht, also u. a. Glauben, Recht und Politik, wobei auch der islamische Aktivismus unterteilt werden kann in Islamismus, islamischer Nationalismus und islamischer Fundamentalismus.

Während religiöser Fundamentalismus und islamischer Aktivismus im Allgemeinen nicht notwendigerweise mit Gewalt oder gar terroristischem Aktivismus verbunden sind, ist dies beim Jihadismus der Fall.

Der Autor zeigt 13 grundlegende Charakteristika des Jihadismus auf und stellt sie in einer Grafik (Figure 1) dar, wobei er sie in einem 180 Grad Schema den Charakteristika des Jihad's als eine Militärdoktrin, des Jihad's als eine theologische Lehre und dem politischen islamischen Aktivismus zuordnet.

So wird deutlich, dass der Jihadismus sich in der militärischen Abgrenzung auch gegen Zivilisten wendet und seine Lehre sich an Handelnde außerhalb des staatlichen Gefüges richtet. Der Jihadismus im Gegensatz zum Jihad als theologische Doktrin sieht militärische Gewalt als Mittel vor und nicht als ultima Ratio

Das hier präsentierte Profil des Jihadismus ist das Ergebnis einer ausführlichen Literaturrecherche des Autors zu dem Thema und verwertet insbesondere orientalische-, aber auch soziologische Studien.

Da das zentrale Anliegen der Studie die systematische Beschreiben der Erwartungen und der Begründung der Jihadistischen Bewegung für die Anwendung von Gewalt in ihrer Ideologie und ihren Medien ist, bedürfen diese Medien einer systematischen Untersuchung, wobei diese Studie sich einem Mix aus vier verwandten Methoden bedient: Diskurs, Interpretationsschemata („frames“, Rahmen), Inhaltsanalyse und „grounded theory“ (die in deutscher Übersetzung am Ehesten mit „gegenstandsbezogener Theoriebildung“ übersetzt werden kann). Für den soziologisch interessierten Leser bedarf dieses Kapitel einer besonderen Beachtung.

Auf der Grundlage der herangezogenen Daten wird im folgenden Kapitel die Ideologie des Jihadismus beschrieben.

Dabei geht der Autor von den Themen aus, die er in der politischen Kommunikation der Al Qaida

vorfindet. Nach einem in den Vorkapiteln beschriebenen System hat er insgesamt 31 Stellungnahmen mit insgesamt 178.000 Wörtern erfasst und die Begrifflichkeiten, die in diesen Stellungnahmen auftauchen, kategorisiert. Dabei hat er thematische Kategorien für die Worte erfasst, die er ins Verhältnis zu der Anzahl der Wörter insgesamt setzt, siehe Figure No 3).

Einige der 31 Texte hat der Autor im Annex der Studie abgedruckt.

Als Beispiel hier ein Nachdruck eines der kürzeren Texte, belassen in der abgedruckten Sprache:

Text segment No. 32:

Appeal to apostates (AYL, May 22, 2008, 123)

„As for the hypocrites and apostates, I tell them: Anyone who reverts to Islam, repents, and declares the truth, God will forgive him. This will be better for him in his religious and worldly affairs, But a person who insists on slandering religion and calling Jihad terrorism, by way of exploring it, and championing the apostate rulers against the Muslims, be it by his hand, tongue, or pen, then this person has no right to live on this earth, after showing his unbelief in the Creator of this earth. This person should write his will and only blame himself.“

Als Ergebnis der Auswertung stellt der Autor fest, dass der Jihadismus einerseits zu viele vernünftige politische Forderungen enthält, als dass man ihn als reinen politischen Fanatismus bezeichnen könnte.

Andererseits stellt er zu viele fanatische religiöse Forderungen, als dass man ihn als vernünftig bezeichnen könnte.

Falls die Revolution in der arabischen Welt gelingen sollte würde dies nach Ansicht des Autors nur dann unter der Beteiligung der AQ gelingen können, sofern diese sich reformieren könnte. Sofern ihr das nicht gelingt, wird sie als irrelevante soziale Bewegung enden.

Es sei die Aufgabe der moderaten Islamisten dafür zu sorgen, dass diese Ideologie obsolet wird.

Abschließend muß man aus der Perspektive des Jahres 2017 hinzufügen, dass AQ und der Jihadismus sich nicht von selbst auflösen, sondern zur Zeit nur mit massiver militärischer Gewalt zurückgedrängt werden können, ohne sie dabei vollständig auszuschalten.

Möglicherweise wird die Zeit das Ergebnis dieses Buches widerlegen.

Berufsrecht

Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln

Andreas Mertens/Iris Stuff/Jörg Mück, Verteidigervergütung

C.F. Müller Verlag, Reihe „Praxis der Strafverteidigung“, 2. Auflage Heidelberg 2016, 370 Seiten, 49,99 Euro

Mit der vorliegenden 2. Auflage wurde der erstmalig im Jahr 2010 in der „Gelben Reihe“ des Verlags C.F. Müller erschienene Band „Verteidigervergütung“ überarbeitet und aktualisiert. Nicht zuletzt wird auch das am 01.08.2013 in Kraft getretene 2. KostRMOG die Aktualisierung auf Grund der damit einhergehenden Änderungen des RVG nahegelegt haben. Da das Werk aus Sicht des praktizierenden Verteidigers geschrieben ist, zeichnet mit Jörg Mück konsequenterweise (wieder) ein Strafverteidiger verantwortlich. Diese eindeutige Ausrichtung ist begrüßenswert, genießt sie auf dem Markt der RVG-Literatur soweit ersichtlich Einzigartig-

keitsstatus. Insofern überrascht die instruktive praxisnahe Heranführung an die jeweiligen vergütungsrechtlichen Fragestellungen nicht.

Untergliedert ist das 370 Seiten starke Werk in sechs Teile. Strukturelle Orientierung gibt dabei der Mandatsverlauf, beginnend mit der aus wirtschaftlicher Sicht freilich bei der Mandatsanbahnung zu beantwortenden Frage nach dem Abschluss einer Vergütungsvereinbarung, über die gesetzlichen Gebühren vom Vorverfahren bis hin zum Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahren. Dabei wird eingehend auf die Wahl- als auch auf die Pflichtverteidigervergütung eingegangen. Ebenso finden die Gebühren im Bußgeldverfahren Berücksichtigung. Es werden alle nach Ausrichtung des Werkes relevanten Gebührentatbestände erörtert sowie abschließend die Vorschriften des Vergütungsverzeichnisses betreffend die Auslagen dargestellt. Im Anschluss wird das - in der Praxis gewiss nicht selten eher stiefmütterlich behandelte - Thema der Rechnungslegung behandelt. Dem folgen Ausführungen zur gerichtlichen Kosten(grund)entscheidung nach, einem Bereich, der dem Strafverteidiger, anders als dem zivilrechtlich ausgerichteten Kollegen, grundsätzlich weniger geläufig sein dürfte. Die naturgemäß starke Fokussierung des Verteidigers auf die Abwehr bzw. Abmilderung staatlicher Sanktionen dürfte den Blick auf das dem Schuld- und Rechtsfolgenauspruch erst nachfolgende Thema der Kostengrundentscheidung zuweilen eher verstellen. Angesichts dessen, dass der Verteidiger die Interessen seines Mandanten vollumfänglich, also auch aus finanzieller Perspektive bestmöglich wahrnehmen soll, ist jedoch ein ausreichendes Maß an Aufmerksamkeit gerade auch der Kostengrundentscheidung zu widmen. Besondere Obacht ist insofern nicht zuletzt deshalb geboten, weil die sofortige Beschwerde einziger förmlicher Rechtsbehelf gegen eine gegebenenfalls falsche Kostenentscheidung ist. Wird die insofern maßgebliche Notfrist von nur einer Woche verpasst, droht die Bestandskraft einer falschen, den Mandanten benachteiligenden Kostengrundentscheidung. Insofern erfolgt der sachdienliche Hinweis, dass eine Wiedereinsetzung in die verpasste Beschwerdefrist wegen Verteidigerverschuldens nicht in Betracht kommen soll. Der dem Kostenfestsetzungsverfahren gewidmete letzte Teil des Werkes rundet die Darstellung ab. Hier findet sich Lehrreiches dazu, wie der im Straf- und Bußgeldverfahren tätige Rechtsanwalt seine berechtigten Kosteninteressen auch durchsetzen kann. Den vorbeschriebenen sechs Teilen folgen zwei Exkurse nach, die sich auf die Beratungshilfe im Straf- und Bußgeldverfahren sowie die Honorierung der Zeugenbeistandschaft, der Nebenklage und der Privatklagevertretung beziehen.

Angesichts der Stofffülle und -dichte des vorliegenden Bandes soll neben vorstehenden Anmerkungen lediglich eine kurze Darlegung zu Folgendem erfolgen:

Die Frage des Entstehens der im Zusammenhang mit dem Adhäsionsverfahren stehenden Gebühren für den gerichtlich bestellten Rechtsanwalt birgt erfahrungsgemäß erhöhtes praktisches Konfliktpotential. Insofern wird zutreffend angemerkt, dass § 404 Abs. 5 StPO sich lediglich zu den Voraussetzungen verhält, unter welchen einem Angeklagten für seine Verteidigung gegen einen Adhäsionsantrag Prozesskostenhilfe zu gewähren ist. Der Streit, welcher um die Frage rankt, ob die Bestellung zum Pflichtverteidiger ohne Weiteres auch die Tätigkeit für den Angeklagten im Adhäsionsverfahren umfasst, ist weiterhin nicht abschließend entschieden. Einige Oberlandesgerichte halten insofern eine Beiordnung im Wege der Prozesskostenhilfe für unabdingbar. Insofern erfolgt der grundsätzlich treffliche Praxishinweis, der Verteidiger solle ausdrücklich die Erweiterung der Pflichtverteidigerbestellung auf das Adhäsionsverfahren beantragen. Aus eigener Praxis kann jedoch nicht einmal die *Pflichtverteidigerbestellung unter explizitem Einschluss des Adhäsionsverfahrens* vor einer späteren Absetzungsentscheidung – desselben Landgerichts – bezüglich der Tätigkeit des Verteidigers im Adhäsionsverfahren schützen. So entschied eine große Strafkammer im Beschwerdeverfahren, dass die Absetzungsentscheidung des Amtsgerichts – trotz eines die Beiordnung ausdrücklich auf das Adhäsionsverfahren erstreckenden Beschlusses der kleinen Strafkammer im Erkenntnisverfahren – nicht zu beanstanden sei. Schließlich sei Prozesskostenhilfe gem. § 404 Abs. 5 StPO, 114 ZPO weder beantragt noch gerichtlich geprüft oder gar bewilligt worden. Dies verdeutlicht auf anschauliche Art und Weise die Absurdität, welche zuweilen gebührenrechtlichen Entscheidungen (auch in der Rechtsmittelinstanz) innewohnt, und welcher offenkundig nicht in allen Fällen durch grundsätzlich sorgfältiges Agieren im Vorhinein vorgebeugt werden kann.

Im Zuge des weiter voranschreitenden Schutzes des Zeugen im Strafverfahren und insbesondere der fortschreitenden Normierung von Verletztenrechten in der StPO, kam es durch das 2. OpferRRG vom 29.07.2009 nicht nur zur Stärkung der Rechtsstellung des Zeugenbei-

stands. Durch das 2. OpferRRG wurde auch das Rechtsinstitut des Vernehmungsbeistandes eingeführt, mit entsprechend starker Stellung, um dem Zeugen bei bestimmten Vernehmungen Schutz zu gewähren. Wegen entsprechender Zunahme von Tätigkeiten als Zeugen- oder Vernehmungsbeistand ist die umstrittene Frage, ob solche Rechtsdienstleistungen als Einzeltätigkeit nach Abschnitt 3 des 4. Teils VV RVG zu behandeln sind, für die lediglich eine Vergütung nach Nr. 4301 Nr. 4 VV RVG gefordert werden kann, oder ob Grund-, Verfahrens- und bei Tätigkeit in der Hauptverhandlung auch Terminsgebühr nach Abschnitt 1 des 4. Teils VV RVG anfallen, von ausgenommener praktischer Bedeutung. Mit dem Autor ist von einer Vergütung der entsprechenden Tätigkeit im Sinne der letztgenannten Ansicht auszugehen. Insofern wird überzeugend argumentiert, angesichts der gesetz gewordenen Aufwertung des Zeugen- bzw. Opferschutzes sei eine angemessene Vergütung in diesem Rahmen erfolgreicher Beistandsleistungen nur folgerichtig. Die erstgenannte Auffassung führte überdies zwangsläufig dazu, dass der Beistand, welche Tätigkeit für den Mandanten er auch immer entfaltete, regelmäßig nicht die in Abschnitt 1 aufgeführten Gebühren des Verteidigers verdienen könnte. Dies würde allgemein eine unbillige Honorierung der Beistandsleistung bedingen und ließe die Gleichstellungsklausel in der Vorbemerkung 4 Abs. 1 Teil 4 VV RVG widersinnig erscheinen. Nach der Gleichstellungsklausel gilt Teil 4 auch für den Rechtsanwalt, der als Zeugen- oder Verletztenbeistand tätig gewesen ist. Die redaktionelle Anordnung der Klausel im Anschluss an die Überschrift „Teil 4. Strafsachen“ und vor den Abschnitten 1, 2 und 3 zeigt, dass für den Beistand alle drei nachfolgenden Abschnitte, insbesondere auch „Abschnitt 1. Gebühren des Verteidigers“, fruchtbar zu machen sind. Der Autor wirft die zu bejahende Frage auf, „ob nicht jede Abrechnung als Einzeltätigkeit mit einem Pauschantrag beantwortet werden sollte.“

Resümierend lässt sich festhalten, dass das vorliegende Werk sowohl problembezogen als Nachschlagewerk für den geübten Praktiker, als auch als übersichtlicher Gesamteinstieg in die Rechtsanwaltsvergütung in Strafsachen für den Berufseinsteiger, dient. Dabei sind die Weiten des Gebührenrechts instruktiv auf das – am speziellen Interesse des Verteidigers pp. orientierte – gebotene Maß komprimiert worden. Insgesamt werden kurz und bündig die nötigen (Grund-)Kenntnisse der Vergütung in Strafsachen vermittelt. Somit kann die Anschaffung unumwunden all jenen Kollegen anempfohlen werden, die zu nicht unerheblichem Maße im Strafverfahren tätig sind.

Compliance

Rechtsanwältin Dr. Clarissa-J. Berenskötter, LL.M., Dormagen¹

Thomas Schneider / Carina Geckert, **Verhaltensorientierte Compliance - Ansätze und Methoden für die betriebliche Praxis**

Erich Schmidt Verlag, Köln 2017, 211 Seiten, 34,95 Euro.

Compliance im Sinne der Einhaltung von nationalen und internationalen Gesetzen, Vorschriften, freiwilligen Selbstverpflichtungen sowie internen Richtlinien ist zweifelsohne ein elementarer Bestandteil der unternehmerischen Kernfunktion. Dabei dient Compliance nicht nur der Risikominimierung und der Effizienz- sowie Effektivitätssteigerung, sondern auch dem Schutz der Reputation des Unternehmens. Compliance beeinflusst damit indirekt auch das Unternehmensergebnis. Denn nicht regelkonformes Verhalten wird durch den Staat und auch die Gesellschaft sanktioniert und kann je nach Schwere und Ausmaß des Verstoßes weitreichende Folgen für ein Unternehmen haben. Angesichts der dennoch immer wieder auftretenden Compliance-Skandale, die mit erheblichen Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen einhergehen, muss Compliance jedoch auch immer auf ihre tatsächliche Wirksamkeit hin überprüft und hinterfragt werden.

Das Werk „Verhaltensorientierte Compliance“ befasst sich – wie der Titel bereits aussagt – mit dem Einfluss der Verhaltenswissenschaften auf die Compliance in der unternehmerischen Praxis. Es beleuchtet die Rolle des Menschen im Zusammenhang mit wirkungsvoller

¹ Zugl. Compliance Officer und Syndikusrechtsanwältin, Bank für Sozialwirtschaft AG, Köln.

Regelkonformität und zeigt anhand verhaltenswissenschaftlicher Ansätze und Methoden Möglichkeiten für ein effektives Compliance-Management sowie die Ziele der Compliance auf.

Das Werk setzt grundlegende Kenntnisse der Compliance-Materie voraus und richtet sich an Compliance-Praktiker, Geschäftsführer und Vorstände von Unternehmen, Mitarbeiter im Bereich Personalwesen, Unternehmensberater sowie Trainer bzw. Coaches.

Im ersten Kapitel stellen die Autoren zunächst die Verhaltenswissenschaften allgemein und ihren Einfluss auf Unternehmen und Mitarbeiter dar. Sie zeigen dabei sowohl die Notwendigkeit als auch den möglichen Mehrwert einer verhaltenswissenschaftlichen Perspektive insbesondere mit Blick auf die Compliance-Tätigkeit auf. Sodann erläutern die Autoren verhaltenswissenschaftliche Grundlagen. Sie erörtern kurz die Kernelemente individuellen Verhaltens sowie verhaltenssteuernde Faktoren. Die hier gewonnenen Erkenntnisse setzen sie schließlich auch in einen allgemeinen Bezug zur Compliance-Praxis.

Das Buch folgt im Weiteren der in verhaltenswissenschaftlichen Standardwerken vorgenommenen Einteilung in Individuum, Gruppe und Organisation. Ausgangsbasis ist jeweils die Compliance-Perspektive, also der Leser als Individuum und Compliance-Officer, die Compliance-Abteilung als Gruppe und schließlich die offizielle Compliance-Organisation. Darauf aufbauend wird jeweils das Unternehmen betrachtet, wobei auch hier die Unterscheidung zwischen Individuen, Gruppen und der Organisation als Ganzes beibehalten wird.

Das zweite Kapitel befasst sich mit dem Individuum, das heißt mit dem Einzelnen, der in der Verantwortung steht, richtig oder falsch zu handeln. Hier werden die Differenzierung zwischen Legalität und Legitimität angesprochen sowie Theorien der Persönlichkeit und ihre Auswirkungen auf die Compliance erörtert. Ferner werden die Einflussfaktoren „Intelligenz“ und „Wahrnehmung“, „Wissen“ und „Lernen“ sowie „Motivation“ und „Handeln“ eingehend besprochen. Im Weiteren werden die Auswirkungen von Diskrepanzen zwischen der Person und der jeweiligen Situation, also einem Ungleichgewicht zwischen dem Handelnden und seinen Handlungen vorgestellt und die Aufgaben der Compliance zum Hinwirken auf ein Lösen bzw. Vermeiden dieser Diskrepanzen erläutert. Schließlich wird auch der Compliance Officer selbst als Individuum beleuchtet.

Das dritte Kapitel wendet sich vom Individuum weg hin zur soziologischen Betrachtung von Gruppen und deren Bedeutung innerhalb eines Unternehmens. Hier werden zunächst Aspekte sozialer Gruppen – Gruppenmerkmale, Positionen und Rollen, Ziele und Normen, Gruppenentwicklung und Gruppenstrukturen, Gruppendynamiken – aber auch die Erfolgs- und Leistungsfaktoren von Gruppen sowie Theorien und Aspekte der Kommunikation im Zusammenhang mit Gruppen dargestellt. Ferner wird auf Gruppenkonflikte, deren Entstehung, Ursachen und Folgen sowie Konflikt Handlungsstrategien eingegangen. Auch das Thema „Macht“ erörtern die Autoren im Zusammenhang mit der Gruppe als Betrachtungsobjekt. Hierbei stellen sie Machtquellen sowie personelle und strukturelle Machtgrundlagen vor und erläutern ferner die Macht im Zusammenhang mit der Compliance. Schließlich untersuchen die Autoren die Compliance-Organisation im Hinblick auf ihre Eigenschaften als Gruppe und beleuchten Bedingungen für den Gruppenerfolg. Da die Mehrzahl schwerwiegender Compliance-Verstöße auf Gruppen zurückgeführt werden kann, werden in diesem Kapitel auch Hinweise und Hilfestellungen zur Aufdeckung derselben gegeben.

Im vierten Kapitel wechselt die Betrachtung nunmehr auf die Ebene der Organisation – sowohl der Compliance als auch des Unternehmens als Ganzem – und es werden diesbezügliche Entscheidungs- und Steuerungsmechanismen einschließlich gegenseitiger Wechselbeziehungen erläutert. Hier erörtern die Autoren den Einfluss der Berücksichtigung und Veränderung der Organisation im Hinblick auf die wirksame Umsetzung von Compliance im Unternehmen sowie die vielfältigen Beeinflussungsmöglichkeiten der Compliance in diesem Kontext. Zunächst gehen sie dabei auf die Kultur einer Organisation oder eines Unternehmens als einem entscheidenden Faktor für den wirtschaftlichen Erfolg ein und erläutern den Zusammenhang zwischen Unternehmenskultur und (erfolgreicher) Compliance. Ein weiteres zentrales Thema dieses Kapitels widmet sich der Betrachtung der Ethik, insbesondere der Unternehmensethik als einer Steuerungsgröße unternehmerischen Handelns. Hierbei wird auch auf den Einfluss der Ethik auf compliance-konformes Verhalten der Mitarbeiter eingegangen. Sodann stellen die Autoren Führungskonzepte und -stile sowie deren Einfluss auf die Einhaltung von Compliance-Vorgaben und damit verbundene Möglichkei-

ten und Grenzen der Compliance dar. Schließlich wird nochmals das Thema „Lernen“ aufgegriffen, diesmal indes aus der Perspektive „Lernen im Unternehmen“. Dabei wird auf Voraussetzungen des Lernens, verschiedene Lerntypen und Wissenstransfer ebenso eingegangen wie auf den hier bestehenden Zusammenhang mit Formen der Verhaltensänderung und dem Überwinden von Widerständen.

Das fünfte und letzte Kapitel des Buches beschäftigt sich kurz mit der Thematik, wie Compliance wirksam umgesetzt werden kann. Ausgangslage für die Umsetzung wirksamer Compliance ist dabei nicht die „heile Welt“, sondern die systemimmanente Krise, deren Zusammenhänge die Autoren zunächst erläutern. Sehr interessant sind die hier weiter verorteten Ausführungen zum Spannungsverhältnis zwischen „Legalität“ und „Legitimität“ sowie deren Konstellationen und Schnittmengen in der Realität. Die Autoren erklären, dass aus Compliance-Sicht eine möglichst große Übereinstimmung von Legalität und Legitimität anzustreben ist und wie dies ggf. erreicht werden kann. Außerdem erläutern sie die große Gefahr für Compliance-Verstöße, die sich in der Schnittmenge von illegalem aber als legitim eingestuftem Verhalten ereignen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es sich um ein lesenswertes, durchaus interessantes Werk handelt, welches die herkömmliche Betrachtungsweise bereichern und den traditionellen Compliance-Horizont deutlich erweitern kann.

Das Buch wirbt mit großer Praxisnähe und erhebt in seiner Einleitung den Anspruch, mit Hilfe der verhaltenswissenschaftlichen Perspektive eine wirksamere Gestaltung der Compliance zu ermöglichen. Diesem Anspruch wird das Werk insofern gerecht als es dem Leser durch die Erweiterung des Blickwinkels neue Herangehensweisen sowie über die klassische Betrachtungsweise hinausgehende Anregungen zum Themengebiet Compliance gewährt. Der Leser erhält einen guten Überblick über die Materie der Verhaltenswissenschaften im Zusammenhang mit Compliance im Unternehmen. Allerdings bleibt es leider bei recht abstrakt gehaltenen Anregungen und Denkanstößen. Der Leser wird in weiten Teilen nicht praxisgerecht „abgeholt“, sondern mit den aufgeworfenen Themen und Fragestellungen größtenteils alleingelassen. Die Kapitel weisen zum Teil lose Aneinanderreihungen von Einzelthemen unter Schlagworten bzw. Unterkapiteln ohne Verknüpfung und ohne erkennbares Eingehen auf den konkreten Praxisbezug auf. Auch wenn der Leser selbstverständlich eine individuelle Prüfung der im Buch vermittelten Anregungen sowie eine umfassende kritische Selbstreflexion vor dem Hintergrund der eigenen Situation nur selbst vornehmen kann, hätte es sich angeboten, die oftmals sehr theoretischen und komplexen Ausführungen mit einem stringenteren „roten Faden“ und mit mehr Praxisbezug, etwa mit konkreten Beispielen oder Fallanalysen zu gestalten. Insbesondere das sehr kurz geratene fünfte Kapitel, in dem es gerade um die wirksame Umsetzung der Compliance geht, hätte deutlich ausführlicher und konkreter sein können. Hier hätten die Autoren die Möglichkeit ergreifen können, die äußerst interessanten und auch für die Compliance-Tätigkeit relevanten aber sehr abstrakten Ausführungen auf eine praxisbezogene Ebene zu hieven und dem Leser damit ein wertvolleres Rüstzeug an die Hand zu geben. Mit dem Hinweis darauf, dass der Leser sich die wünschenswerte Praxisnähe selbst erarbeiten muss, verdient das Werk aufgrund des gelungenen Überblicks über die Materie dennoch eine klare Empfehlung für alle Praktiker, die ihre Perspektive im Arbeitsalltag erweitern und neue Denkanstöße für die Compliance hinzugewinnen möchten.

Insolvenzrecht

Rechtsanwalt Dr. Udo Michalsky, St. Ingbert/Koblenz/Saarbrücken

Kayser/Thole, Insolvenzordnung, 8. Auflage

C.F. Müller, 8. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2016, 2688 Seiten, 169,99 Euro.

In der Reihe der Heidelberger Kommentare ist nunmehr der Kommentar zur Insolvenzordnung in der 8. Auflage erschienen. Während die Voraufgabe noch von Dr. Gerhart Kreft herausgegeben wurde, erscheint die 8. Auflage unter der Herausgeberschaft von Prof. Dr. Godehard Kaiser, der Vorsitzender Richter am für Insolvenzrecht zuständigen 9. Zivilsenat

des BGH ist, und Prof. Dr. Christoph Thole, der unter anderem Geschäftsführer und der Direktor des Instituts für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht an der Universität zu Köln ist. Zusammen mit einem hochkarätigen Team von Autoren, das sich sowohl aus Wissenschaftlern als auch aus Vertretern der Praxis zusammensetzt, werden die Insolvenzordnung, die Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung, die Vorschriften des SGB III über Insolvenzgeld, die EulnsVO und die wesentlichen Vorschriften des EGIInsO kommentiert.

Die einzelnen Kommentierungen sind stets praxisnah und verhelfen bei der täglichen Arbeit zu schnellen Lösungen der sich bei der Fallbearbeitung stellenden Probleme. Die ersten zum ESUG ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen sind eingearbeitet. Die Erläuterungen erfolgen häufig unter Heranziehung konkreter Beispiele aus der Rechtsprechung, sodass sich auch der Bearbeiter, der nicht ständig im Insolvenzrecht „unterwegs“ ist, gut zurecht findet.

Die insbesondere für die Strafrechtler relevante Kommentierung der strafbaren Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO) hat Prof. Dr. Andreas Ransiek von der Universität Bielefeld übernommen. Die Kommentierung deckt alle wesentlichen Punkte im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Insolvenzverschleppung von der Frage des tauglichen Täters des Sonderdeliktes über die eigentliche Tathandlung bis hin zu den subjektiven Tatbestandsmerkmalen ab.

Als Fazit ist festzuhalten, dass das über 2.600 Seiten starke Werk sowohl dem Praktiker, der tagtäglich im Insolvenzrecht unterwegs ist, als auch demjenigen, der nur gelegentlich Berührung mit der Insolvenzordnung hat, empfohlen werden kann. Die Kommentierung zu der strafbaren Insolvenzverschleppung reicht für die Beurteilung des Vorliegens einer Strafbarkeit völlig aus. Für knifflige Fälle helfen die umfangreichen Verweise in den Fußnoten. Insgesamt ein guter, in der Praxis durchweg gute Dienste leistender Kommentar.