

02.2022

11. Jahrgang | Dez. 2022

# Journal der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung e. V.



# WiJ

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V. - WisteV

## Redaktion:

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

## Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

## Ständige Mitarbeiter:

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

ISSN: 2193-9950 [www.wistev.de](http://www.wistev.de)

## Aus dem Inhalt

### AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll und  
Ref. iur. Katja Ruers, beide Köln

**Zu den Straftatbeständen der (gänzlich) unter-  
lassenen Aufstellung der Bilanz (§§ 283 Abs. 1 Nr. 7  
Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB)  
und deren häufiger Überdehnung contra legem  
durch die Strafverfolgungsbehörden** ..... 53

Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz und  
Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mag. rer. publ., beide Mainz

**Keine Ahndung des Abschlussprüfers  
durch die BaFin für sonstige Verstöße  
gegen das Berufsrecht** ..... 60

Rechtsanwältin Sarah Moritz, Wiesbaden

**„... das war doch klar...“ – Der Umgang mit  
dem Rückschaufehler in der Praxis** ..... 66

### EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

RiLG Dr. Sebastian Eberz, Lübeck

**Die Einziehung von Taterträgen gemäß  
§§ 73 ff. StPO in Weiterleitungsfällen** ..... 69

### ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

**Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts-  
und Insolvenzstrafrecht** ..... 85

## AUFsätze UND KurZBEITräge

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll und Ref. iur. Katja Ruers, beide Köln  
**Zu den Straftatbeständen der (gänzlich) unterlassenen  
 Aufstellung der Bilanz (§§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b  
 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB)  
 und deren häufiger Überdehnung contra legem  
 durch die Strafverfolgungsbehörden** ..... 53

Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz und  
 Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mag. rer. publ., beide Mainz  
**Keine Ahndung des Abschlussprüfers  
 durch die BaFin für sonstige Verstöße  
 gegen das Berufsrecht** ..... 60

Rechtsanwältin Sarah Moritz, Wiesbaden  
**„... das war doch klar...“ – Der Umgang mit  
 dem Rückschaufehler in der Praxis** ..... 66

## EINFührung UND SchULUNG

RiLG Dr. Sebastian Eberz, Lübeck  
**Die Einziehung von Taterträgen gemäß  
 §§ 73 ff. StPO in Weiterleitungsfällen** ..... 69

## ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg  
**(Verfassungsgerichtlicher) Rechtsschutz gegen  
 Durchsuchungsmaßnahmen bei Berufsgeheimnis-  
 trägern, zugleich Anm. zu BVerfG,  
 Beschl. v. 30.11.2021 – 2 BvR 2038/18** ..... 75

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.  
**Extrahiert ein Zahnarzt seinem Patienten  
 ohne medizinische Indikation mehrere Zähne,  
 begeht er die Körperverletzung mittels eines  
 anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224  
 Abs. 1 Ziff. 2 StGB.** ..... 79

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.  
**Ein vom Patienten selbst ausgefülltes unzutreffendes  
 ärztliches Attestformular zur Befreiung von der  
 Maskenpflicht stellt ein unrichtiges Gesundheits-  
 zeugnis dar, wenn es vom Arzt unterzeichnet ist.** ..... 80

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert  
**Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts-  
 und Insolvenzstrafrecht** ..... 85

## REZENSIONEN

Rechtsanwalt Dr. Sascha Süße, LL.M., M.A., Düsseldorf  
**Hille: Die Kooperation von Unternehmen  
 mit deutschen Strafverfolgungsbehörden –  
 Internal Investigations, Mitarbeiterinterviews  
 und nemo-tenetur-Grundsatz** ..... 90

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln  
**Waldvogel, Dominik Stefan: Untreue und  
 Transparenz – Eine Intervention zur  
 Prozeduralisierung der lex lata (§ 266 StGB)** ..... 93

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
 Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln  
 Vertreten durch Dr. Thomas Nuzinger,  
 Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel,  
 Dr. Christian Rosinus, Prof. Dr. Markus Rübenstahl,  
 Mag. iur.; Dr. Ricarda Schelzke; Dr. Sohre Tschakert  
 Kontakt: info@wi-j.de

## Redaktion:

Dr. Mayeul Hiéramente, Hannah Milena Piel,  
 Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder  
 Kontakt: redaktion@wi-j.de

## Verantwortliche Schriftleitung:

Hannah Milena Piel, Kontakt: redaktion@wi-j.de

## Webmaster/Layout:

Hannah Milena Piel, Kontakt: webmaster@wi-j.de

## Ständige Mitarbeiter:

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

## Manuskripte:

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

## Urheber- und Verlagsrechte:

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem Wistev-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

## Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch

Bezugspreis: Kostenlos

## Newsletter:

Anmeldung zum Newsletterbezug unter www.wistev.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

## AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll und  
Ref. iur. Katja Ruers, beide Köln

### Zu den Straftatbeständen der (gänzlich) unterlassenen Aufstellung der Bilanz (§§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB) und deren häufiger Überdehnung *contra legem* durch die Strafverfolgungsbehörden

In insolvenzstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren wird durch die Ermittlungsbehörden im Kontext der §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB regelmäßig der Begriff der Bilanz mit dem Jahresabschluss gleichgesetzt – obgleich das Handelsrecht insoweit klar differenziert und die genannten Straftatbestände ausdrücklich an das Handelsrecht angelehnt sind. Durch diese weite Auslegung wird nicht nur die Strafbarkeit (unzulässig) ausgeweitet, sondern zugleich die (vermeintliche) Grundlage für eine erleichterte Beweisführung geschaffen. Beide Aspekte sorgen in Kombination für eine hohe Praxisrelevanz der Problematik, der Verteidiger<sup>1</sup> und (strafrechtliche) Berater regelmäßig mit großer Aufmerksamkeit begegnen sollten.

#### I. Vorab: Einführung in die Problematik

Im Bereich des Insolvenzstrafrechts ist die Verteidigung oder rechtliche Beratung regelmäßig in besonderem Maße gefordert. Zum einen können sich aufgrund der Komplexität und Vielschichtigkeit der Materie vielfältige Ansatzpunkte für eine effektive Verteidigung bieten. Auf der anderen Seite werden ohne ein aktives Gegensteuern der Verteidigung nicht selten gänzlich unsubstantiierte Vorwürfe nicht nur zur Anklage gebracht, sondern überstehen häufig auch das Zwischenverfahren (und gipfeln mutmaßlich in erheblichem Umfang in Verurteilungen). Aus diesem Grund wird sich in aller Regel auch ein möglichst frühzeitiges Tätigwerden empfehlen.

Wer im Insolvenzstrafrecht verteidigt, der wird in vielen Fällen mit dem Vorwurf der Nichtaufstellung oder nicht rechtzeitigen Aufstellung der Bilanz konfrontiert. Häufig schwenkt die Staatsanwaltschaft im Laufe eines Ermittlungsverfahrens dann auf § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b StGB um, wenn ihr der für eine Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4 InsO erforderliche Nachweis der Insolvenzreife<sup>2</sup> nicht gelingt und man mangels greifbarer Unterdrückung oder unwirtschaftlicher Verringerung des Schuldnervermögens sein Heil in den Blankettnormen mit Bezug zum Handelsrecht (§ 283 Abs. 1 Nr. 5 u. 7 StGB) sucht – deren hinreichende Bestimmtheit i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG in Teilen der Literatur (mit beachtlichen Argu-

menten) in Zweifel gezogen wird.<sup>3</sup> Gelingt selbst der Nachweis der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht, greifen die Ermittlungsbehörden regelmäßig auf § 283b StGB zurück – wobei auffallend häufig das Erfordernis eines (Gefahr-)Zusammenhangs zwischen der Tathandlung und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Sinne von § 283 Abs. 6 StGB (i.V.m. § 283b Abs. 3 StGB) ohne Berücksichtigung bleibt.<sup>4</sup> Insbesondere aber wird beim Rückgriff auf §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB regelmäßig der Begriff der Bilanz mit dem Jahresabschluss gleichgesetzt. Diese Problematik lässt sich auch nicht nur in vergleichsweise „kleinen“, möglicherweise als Massengeschäft verstandenen und seitens der Strafverfolgungsbehörden mit eher geringerer Aufmerksamkeit betriebenen Ermittlungsverfahren beobachten, sondern ebenso in mit großem Aufwand betriebenen Wirtschaftsstrafverfahren.

#### II. Deliktscharakter und Normzweck

Nach ganz überwiegender Auffassung sind die Tatbestände des Insolvenzstrafrechts im engeren Sinne – dazu zählen auch §§ 283, 283b StGB<sup>5</sup> – Sonderdelikte des Schuldners.<sup>6</sup> Schuldner ist diejenige Person, die für die Erfüllung einer Verbindlichkeit haftet.<sup>7</sup> Ist dies eine juristische Person, so ist die Zurechnung der Schuldneigenschaft über § 14 StGB vorzunehmen.<sup>8</sup> Die Beschränkung des Täterkreises auf Schuldner ist sachlich geboten, weil allein innerhalb des Verhältnisses zwischen (Kredit gewährendem) Gläubiger und Schuldner Letzteren Sonderpflichten im Hinblick auf den Umgang mit eigenem Vermögen treffen, deren Verletzung strafwürdiges Unrecht darstellen kann; für den Schuldner kann (nach Eintritt der Krise) ein besonderer Anreiz bestehen, zum eigenen Vorteil zu wirtschaften.<sup>9</sup> Innerhalb der als Sonderdelikte (des

<sup>1</sup> In diesem Beitrag wird (ausschließlich) aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Alle personenbezogenen Bezeichnungen und Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu MüKo-StGB/O. Hohmann, 3. Aufl. 2019, InsO § 15a Rn. 25 ff.; K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen, InsO 20. Aufl. 2023, InsO § 15a, Rn. 25 m.w.N.

<sup>3</sup> So Park/Deiters/Wagner, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 10.2, § 283b Rn. 44.

<sup>4</sup> Vgl. zum Erfordernis einer einschränkenden Auslegung des § 283b StGB etwa BGHSt 28, 231 m.w.N.; BayObLG BeckRS 2002, 30276937; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, StGB, 30. Aufl. 2019, § 283b Rn. 7 m.w.N.

<sup>5</sup> Letzterer wegen der in § 283b Abs. 3 StGB verankerten objektiven Bedingung der Strafbarkeit (im Sinne von § 283 Abs. 6 StGB).

<sup>6</sup> BGH NStZ-RR 2019, 180; BGH BeckRS 2018, 6358; BGH NJW 2013, 949, 950; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2009, vor § 283 Rn. 59 m.w.N.; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, 4. Aufl. 2022, vor § 283 Rn. 35; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, vor §§ 283 ff., Rn. 7.

<sup>7</sup> So schon RGSt 68, 108, 109.

<sup>8</sup> BGH NStZ 2013, 284, 285; BGH NStZ 2009, 437, 438; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 36.

<sup>9</sup> BGH NJW 1987, 1710, 1711; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 35, 37; LK-StGB/Tiedemann, vor § 283 Rn. 59.



Schuldners) ausgestalteten Insolvenzstraftaten kann der Täterkreis durch die tatbestandlichen Voraussetzungen (noch) weiter eingegrenzt sein. So handelt es sich bei §§ 283 Abs. 1 Nr. 7, 283b Nr. 3 StGB um Buchführungsdelikte; Täter können folglich nur diejenigen Schuldner sein, die zur Buchführung verpflichtet sind.<sup>10</sup> Eine solche Pflicht zur Buchführung besteht nach § 238 Abs. 1 HGB grundsätzlich nur für Kaufleute, sodass Täter der hier behandelten Straftatbestände allein Vollkaufleute im Sinne des HGB (sowie über § 14 StGB deren Vertreter und Substituten)<sup>11</sup> sein können.<sup>12</sup>

Während § 283b StGB ganz überwiegend als abstraktes Gefährdungsdelikt eingeordnet wird<sup>13</sup>, ist der Deliktscharakter des § 283 Abs. 1 StGB umstritten. Nach überwiegender Auffassung soll es sich bei § 283 Abs. 1 StGB ebenfalls um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln.<sup>14</sup> Es finden sich aber auch Stimmen in der strafrechtlichen Literatur, die § 283 Abs. 1 StGB als konkretes Gefährdungsdelikt klassifizieren möchten.<sup>15</sup> Für die erstgenannte Auffassung spricht, dass zwar mit dem Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB in der Regel auch eine konkrete Vermögensgefährdung bei den Gläubigern verbunden sein wird, die faktischen Voraussetzungen der objektiven Strafbarkeitsbedingung aber nach herrschender Meinung nicht durch die tatbestandlichen Handlungen kausal bedingt sein müssen.<sup>16</sup> Je stärker man allerdings den nach § 283 Abs. 6 StGB erforderlichen „tatsächlichen Zusammenhang“ einem Kausalitätserfordernis annähert,<sup>17</sup> desto stärker werden hier die Grenzen verschwimmen.

Geschütztes Rechtsgut der Insolvenzstraftatbestände ist nach allgemeiner Auffassung das Interesse der Gläubiger an einer größtmöglichen Befriedigung ihrer geldwerten Ansprüche aus dem Schuldnervermögen.<sup>18</sup> Eine Mehrzahl an Gläubigern ist dabei nicht erforderlich; vielmehr soll das Vorhandensein eines einzelnen Gläubigers genügen.<sup>19</sup> Umstritten ist, ob weitere, darüber hinausgehende Schutzzwecke bestehen.<sup>20</sup> So wird vertreten, dass auch überindividuelle Interessen in Form des Schutzes des gesamtwirtschaftlichen Systems bzw. die Funktionsfähigkeit der Volkswirtschaft geschützt sein sollen.<sup>21</sup> Teilweise wird auch der Schutz der Insolvenzmasse vor unwirtschaftlicher Schmälerung, Verheimlichung und ungerechter Verteilung angeführt.<sup>22</sup> Schließlich wird auch die Selbstinformation des Kaufmannes als Reflex des Gläubigerschutzes zu den Schutzzwecken der Insolvenzstraftatbestände gezählt.<sup>23</sup> Begründet wird dies damit, dass Bilanzen und Buchführungspflichten dazu bestimmt seien, dem Kaufmann einen Überblick über seine wirtschaftliche Lage zu verschaffen und ihm die Möglichkeit zu eröffnen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Schäden von sich und seinen Gläubigern abzuwenden.<sup>24</sup>

### III. Die Bilanz als Bezugspunkt des tatbestandlichen Unterlassens

§ 283 StGB normiert in Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b die Strafbarkeit desjenigen, der bei Überschuldung oder bei drohender oder

eingetretener Zahlungsunfähigkeit entgegen dem **Handelsrecht** es unterlässt, die **Bilanz** seines Vermögens (oder das Inventar)<sup>25</sup> in der vorgeschriebenen Zeit aufzustellen. Ebenso stellt § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB auf die unterlassene rechtzeitige Aufstellung der Bilanz ab. Eine Erwähnung des Jahresabschlusses findet sich in den genannten Straftatbeständen dagegen nicht.

#### 1. Enger Bilanzbegriff

Die Fragestellung, ob die vorgenannten Straftatbestände einen engen oder weiten Bilanzbegriff zugrunde legen, ist umstritten. Teilweise wird ein weiter Bilanzbegriff vertreten, der bei Kapitalgesellschaften sogar den Anhang und Lagebe-

<sup>10</sup> NLK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 128; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, § 283 Rn. 50.

<sup>11</sup> MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 37.

<sup>12</sup> Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 283 Rn. 20 m.w.N.

<sup>13</sup> BGH BeckRS 2014, 9500 Rn. 61; OLG Hamburg, NJW 1987, 1342, 1343; Fischer, StGB, 69. Aufl. 2022, vor § 283 Rn. 4; Lackner/Kühl/Heger, § 283 Rn. 1; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 28 ff, 34; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, § 283b Rn. 1; Bittmann/Brand, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 12 Rn. 4; Schlüchter JR 1979, 512, 514.

<sup>14</sup> Vgl. Lackner/Kühl/Heger, § 283 Rn.1; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 3, 7; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, § 283 Rn. 1; differenzierend Park/Deiters/Wagner, Kap. 10.3, § 283 StGB, Rn. 4, die zumindest § 283 Abs. 1 Nr. 7a StGB als Gefährdungsdelikt mit Erfolgselementen einordnen.

<sup>15</sup> MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, § 283 Rn. 2; SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 5.

<sup>16</sup> LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 6; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, vor §§ 283 Rn. 34.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Trüg/Habetha wistra 2007, 365.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2010, 637, 638; BGH NJW 2001, 1874, 1875; BGH NJW 1980, 406, 407; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 19 ff. m.w.N.; dazu näher Krüger, wistra 2002, 52.

<sup>19</sup> BGH NJW 2001, 1874, 1874.

<sup>20</sup> MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 22 m.w.N.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2010, 637, 638; Fischer, vor § 283, Rn. 3, Lackner/Kühl/Heger, § 283 Rn. 1., a.A. NK-StGB/Kindhäuser, vor § 283 Rn. 33.

<sup>22</sup> Fischer, vor § 283 Rn. 3, Leitner/Rosenau/Pfordte/Sering, 2. Aufl. 2022, vor §§ 283-283d Rn. 8; SK-StGB/Hoyer, vor §§ 283 Rn. 3.

<sup>23</sup> OLG Hamburg NJW 1987, 1342, 1343; Park/Deiters/Wagner, Kap. 10.2, § 283b StGB, Rn. 3.

<sup>24</sup> OLG Hamburg NJW 1987, 1342, 1343.

<sup>25</sup> Das Inventar ist gemäß § 240 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 HGB wie die Bilanz zu Beginn eines Handelsgewerbes und am Ende eines Geschäftsjahres zu erstellen. Es beinhaltet nach § 240 Abs. 1 HGB die Vermögensbestandteile des Schuldners (alle Aktiva und Passiva); allerdings sind diese nur in einem Verzeichnis aufgeführt, ohne – im Unterschied zu einer Bilanz – gegenübergestellt zu werden (vgl. MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, § 283 Rn. 57). Das Inventar dient der betriebsinternen Information sowie der Vorbereitung der Bilanz (vgl. BT-Drs. 7/3441, S. 36), deren notwendige Grundlage es ist (vgl. BT-Drs. 7/5291 S. 23; SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 86). Fallkonstellationen, in welchen eine (hinreichende) Bilanz aufgestellt wurde, es gleichwohl aber an einer adäquaten Aufstellung des Inventars fehlen würde, erscheinen mithin kaum denkbar. **Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich vor diesem Hintergrund bewusst auf das Nichtaufstellen der Bilanz, ohne das Inventar gesondert zu thematisieren.**

richt (vgl. § 264 Abs. 1 S. 1 HGB) miteinschließen soll.<sup>26</sup> Nach der Gegenauffassung ist ein enger Bilanzbegriff zugrunde zu legen, der sich an der Legaldefinition der Bilanz (als Darstellung des Verhältnisses des Vermögens und der Schulden des Kaufmanns) in § 242 Abs. 1 S. 1 HGB orientiert.<sup>27</sup>

In der Rechtsprechung (auch des Bundesgerichtshofs) ist teilweise von einer „Verletzung der Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses nach § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB“ die Rede – wobei es in den betreffenden Entscheidungen auf die Frage einer möglichen Differenzierung zwischen Bilanz (i.e.S.) und Jahresabschluss allerdings jeweils überhaupt nicht ankam.<sup>28</sup> Bei der Analyse von derartigen Entscheidungen drängt sich der Eindruck auf, dass in der Rechtsprechung bei der Anwendung der §§ 283 Abs. 1 Nr. 7, 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB häufig schlicht nicht präzise differenziert wird. So ist etwa in einer Entscheidung des Landgerichts Mannheim zu § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StGB im Tenor von einer „unrichtigen Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss“ die Rede.<sup>29</sup> Beim Lesen der Urteilsgründe keimt die Vermutung auf, dass mit dieser undifferenzierten Formulierung des Tenors die tateinheitlich angenommene Verletzung des § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB mit abgedeckt werden sollte; konkret zur Verwirklichung des § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StGB sprechen die Urteilsgründe aber an anderer Stelle dann zutreffend von der „unrichtigen Aufstellung der Bilanz“.<sup>30</sup>

Richtigerweise ist den §§ 283 Abs. 1 Nr. 7, 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB ein enger Bilanzbegriff zugrunde zu legen. Beide Normen nehmen ausdrücklich Bezug auf das Handelsrecht. Der Wortlaut bzw. der mögliche Wortsinn eines Straftatbestandes bilden aber gemäß Art. 103 Abs. 2 GG die äußerste Grenze der Auslegung; jede Rechtsanwendung, die darüber hinausgehen und die Strafbarkeit erweitern würde, ist somit ausgeschlossen.<sup>31</sup> Mit Blick auf dieses aus dem grundgesetzlich verankerten Bestimmtheitsgebot folgende Analogieverbot kann der Begriff der Bilanz im Rahmen der §§ 283, 283b StGB damit jedenfalls nicht über die (enge) Begriffsdefinition des Handelsrechts hinausgehen.<sup>32</sup>

§ 242 Abs. 1 HGB bezeichnet die Bilanz (i.e.S.) als „Abschluss“ und definiert diesen als Darstellung des Verhältnisses des Vermögens und der Schulden des Kaufmanns, die er zu Beginn seines Handelsgewerbes und für den Schluss eines jeden Geschäftsjahrs aufzustellen hat. § 242 Abs. 3 HGB fasst die Bilanz (Abs. 1) und die Gewinn- und Verlustrechnung (Gegenüberstellung der Aufwendungen und Erträge des Geschäftsjahrs, vgl. Abs. 2) zum Jahresabschluss zusammen. Bei Kapitalgesellschaften ist dieser Jahresabschluss (i.S.v. § 242 Abs. 3 HGB) gemäß § 264 Abs. 1 S. 1 HGB um einen Anhang zu erweitern, der mit der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung eine Einheit bildet, sowie ein Lagebericht aufzustellen. Das Handelsrecht trennt mithin deutlich zwischen Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung und unterwirft beide auch unterschiedlichen Regelungen (§§ 266 ff. bzw. 275 ff. HGB).<sup>33</sup> Der Jahresabschluss im Sinne von § 242 Abs. 3 HGB beinhaltet damit Elemente, die über die Bilanz im Sinne von § 242 Abs. 1 HGB nach der handelsrechtlichen Konzeption evident hinausgehen; eine Gleichsetzung – zumal auf strafrechtlicher Ebene – verbietet sich damit.<sup>34</sup>

Im Rahmen einer systematischen Betrachtung ist zudem zu berücksichtigen, dass zugleich mit §§ 283, 283b StGB auch § 265b StGB in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde,<sup>35</sup> der bei den Kreditunterlagen (Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) u.a. Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen „namentlich“ aufführt<sup>36</sup> – und mithin zwischen den Begriffen unterscheidet. Der Gesetzgeber ist danach erkennbar von einem engen Bilanzbegriff ausgegangen.<sup>37</sup>

Das Unterlassungsdelikt des § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b StGB oder des § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB ist damit nicht verwirklicht, wenn eine Bilanz erstellt wurde (näher dazu unten), die Gewinn- und Verlustrechnung, der Anhang und/oder der Lagebericht hingegen nicht vorliegen.<sup>38</sup>

## 2. (Gänzlich)es Unterlassen der Aufstellung der Bilanz

§§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB sind echte Unterlassungsdelikte.<sup>39</sup> Tathandlung ist das (gänzliche) Unterlassen der Aufstellung der Bilanz innerhalb der vorgeschriebenen Zeit.<sup>40</sup>

### a) Zeitliche Komponente

In zeitlicher Hinsicht ist grundsätzlich auf die Regelungen des Handelsrechts abzustellen („ordnungsgemäßer Geschäftsgang“, § 243 Abs. 3 HGB; zu beachten sind insbes. auch §§ 264, 267 HGB).<sup>41</sup> Eine inhaltliche Vertiefung soll in diesem

<sup>26</sup> So Hauck, Rechnungslegung und Strafrecht, 1986, S. 120 ff.

<sup>27</sup> M GWJ/Reinhart, 2. Aufl. 2017 § 283 StGB Rn. 55; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 283 Rn. 130; Bittmann/Brand, Insolvenzstrafrecht, § 12 Rn. 168 (ebenso Bittmann, 1. Aufl., § 12 Rn. 215); Müller-Gugenberger/Richter, Wirtschaftsstrafrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 85.42.

<sup>28</sup> Vgl. etwa BGH wistra 2019, 32: „...Verletzung der Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses nach § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB...“; ebenso BGH NStZ 2009, 635, 636: „Verletzung der Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses“.

<sup>29</sup> LG Mannheim BeckRS 2021, 12190.

<sup>30</sup> LG Mannheim BeckRS 2021, 12190, Rz. 235.

<sup>31</sup> St. Rspr. vgl. nur BVerfG NJW 2012, 907; BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; BVerfGE 71, 108, 115.

<sup>32</sup> GWJ/Reinhart, § 283 StGB Rn. 55.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 130.

<sup>34</sup> Ebenso GWJ/Reinhart, § 283 StGB Rn. 55; Bittmann/Brand, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., § 12 Rn. 168.

<sup>35</sup> Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, vgl. BT-Drs. 7/3441.

<sup>36</sup> MüKo-StGB/Kasiske, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 57.

<sup>37</sup> LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 130.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu auch GWJ/Reinhart, § 283 Rn. 55; Bittmann/Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 1. Aufl., § 12 Rn. 215 f.

<sup>39</sup> BGH wistra 2003, 232; BGH NStZ 1998, 192; OLG Braunschweig wistra 2019, 471; KG Berlin NStZ-RR 2016, 208.

<sup>40</sup> Fischer, StGB, § 283 Rn. 29.

<sup>41</sup> BeckOK StGB/Beukelmann, 54. Ed. 2022, § 283 Rn. 68; NK-StGB/Kindhäuser, § 283 Rn. 85; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, § 283 Rn. 45 m.w.N.

Beitrag nicht erfolgen. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass es unschädlich und zulässig ist, wenn (nur) insoweit die für den Jahresabschluss geltenden Vorschriften herangezogen werden<sup>42</sup> – weil die Pflicht, bis zu einem gewissen Zeitpunkt ein „Mehr“ (Aufstellung des Jahresabschlusses) zu leisten, das „Weniger“ (Bilanz als ein Bestandteil des Jahresabschlusses) mit umfasst. Zudem ist im Blick zu behalten, dass nicht von starren Fristen auszugehen ist, weil in der Krise unter Umständen auch eine zügigere Bilanzaufstellung veranlasst sein kann.<sup>43</sup>

Die Errichtung der Bilanz nach Fristablauf führt nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht zur Straffreiheit.<sup>44</sup> Besonderer Prüfung können in einer solchen Konstellation allerdings die erforderliche Krisenidentität im Sinne des § 283 Abs. 1 StGB<sup>45</sup> bzw. der erforderliche (Gefahr-) Zusammenhang mit der objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Sinne von § 283 Abs. 6 StGB (ggf. i.V.m. § 283b Abs. 3 StGB)<sup>46</sup> sowie auch der subjektive Tatbestand erfordern.<sup>47</sup>

### b) Inhaltliche und formale Anforderungen an das Aufstellen der Bilanz

Unter dem Aufstellen einer Bilanz ist grob vereinfacht die Anfertigung der Gegenüberstellung der Aktiva (Anlage- und Umlaufvermögen, § 247 Abs. 1 HGB) und Passiva (Eigenkapital und Fremdkapital, § 247 Abs. 1 HGB) zu einem bestimmten Stichtag zu verstehen.<sup>48</sup> Die §§ 242 ff. HGB normieren insoweit eher allgemeine Vorgaben; für Kapitalgesellschaften enthält § 266 HGB nähere Regelungen zum notwendigen Inhalt der Bilanz, wobei die Anforderungen je nach Größe der Kapitalgesellschaft unterschiedlich ausgestaltet sind. Auch wenn die letztgenannten Vorgaben Einzelkaufleute und bestimmte Personenhandelsgesellschaften nicht adressieren, so dienen sie doch in der Praxis häufig als Orientierungsmaßstab.<sup>49</sup> Zu den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung zählen insbesondere die Bilanzklarheit, die Bilanzwahrheit, die Bilanzidentität, die Bilanzkontinuität, der Grundsatz der Vorsicht und das Wesentlichkeitsprinzip.<sup>50</sup> Dem Bilanzpflichtigen werden dabei nicht unerhebliche Bewertungs- und Ermessensspielräume eingeräumt – die in strafrechtlicher Hinsicht als eine Art „safe harbor“ angesehen werden müssen, soweit ihre Grenzen nicht eindeutig überschritten werden.<sup>51</sup>

Erstellt der Kaufmann (rechtzeitig) eine solche an den Grundsätzen des Handelsrechts orientierte Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva, so sind §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB grundsätzlich nicht anwendbar – sondern können allenfalls §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StGB einschlägig sein (bei inhaltlichen Mängeln eines entsprechenden Schweregrads). Das Aufstellen einer Steuerbilanz<sup>52</sup> genügt insoweit allerdings nicht in jedem Fall, da der Grundsatz der umgekehrten Maßgeblichkeit der Steuerbilanz für die Handelsbilanz (Abhängigkeit der steuerrechtlichen Anerkennung vom Gebrauchmachen in der Handelsbilanz) mit Änderung des § 5 Abs. 1 S. 1 2. Hs. EStG und der damit im Zusammenhang stehenden Normen des HGB durch das BilMoG 2009 aufgegeben wurde.<sup>53</sup> Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Steuerbilanz die Unterschiede zur Handelsbilanz gesondert ausweist.<sup>54</sup>

Aus einem weiteren Grund kann sich trotz (rechtzeitigen) Vorliegens einer Aufstellung über das Verhältnis von Vermögen und Schulden die Frage der Einschlägigkeit von §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB stellen. So soll nach herrschender Auffassung eine bloße „Scheinbilanz“ dem gänzlichen Fehlen einer Bilanz gleichzustellen sein.<sup>55</sup> Die Nuancen der insoweit vertretenen Meinungen unterscheiden sich allerdings durchaus. Teilweise wird auf derart schwerwiegende Mängel abgestellt („völlig unzureichende Erstellung“;<sup>56</sup> „Mängel von solcher Bedeutung...“<sup>57</sup>), dass die (vermeintliche) Bilanz nicht als Bilanz im Sinne des Handelsrechts anzusehen sei. Zum Teil ist dagegen von einer Art Verzeichnung von Vermögenswerten „ins Blaue hinein“ die Rede,<sup>58</sup> was neben einer objektiven groben Mangelhaftigkeit auch ein gewisses subjektives Element der fehlenden Ernsthaftigkeit beinhaltet („Zusammenstellung willkürlich herausgegriffener Posten“<sup>59</sup>; „vom Täter überhaupt nicht auf Vollständigkeit hin angelegt“<sup>60</sup>). Nach der Gegenauffassung sollen Fälle der (auch schwerwiegenden) Mangelhaftigkeit der Bilanz insgesamt dem Anwendungsbereich von §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a StGB zuzuordnen sein.<sup>61</sup> In diesem Kontext wird teilweise darauf verwiesen, dass jedenfalls mit Blick auf eine grob mangelhafte Bilanz, die – anders als das Inventar – auch von Nr. 7 Buchst. a erfasst wird, für eine auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zurückgehende Extension im Sinne der herrschenden Auffassung kein Bedürfnis mehr bestehe, weil Strafbarkeitslücken nicht zu befürchten seien.<sup>62</sup> Für die herrschende

<sup>42</sup> So etwa Fischer, § 283 Rn. 29 m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu Bittmann/Brand, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., § 12 Rn. 197 m.w.N., sowie Rn. 198 speziell zu den besonderen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Eröffnungs- und Liquiditätsbilanz.

<sup>44</sup> Fischer, § 283 Rn. 29a; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 153.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu NK-StGB/Kindhäuser, vor § 283 Rn. 91 m.w.N.; Park/Wagner, Kap. 10.3. § 283 Rn. 22.

<sup>46</sup> Vgl. BGHSt 28, 231 m.w.N.

<sup>47</sup> Bittmann/Brand, § 12 Rn. 245 m.w.N.

<sup>48</sup> Hopt/Merkt, HGB, 41. Aufl. 2022, § 242 Rn. 2.

<sup>49</sup> K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl., § 15 Rn. 65; Schulze-Osterloh ZHR 150, 404, 407.

<sup>50</sup> Näher dazu Hopt/Merkt, HGB, § 243 Rn. 4 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> Ebenso Bittmann/Brand, § 12 Rn. 186.

<sup>52</sup> Vgl. zu den Divergenzen zur Handelsbilanz BayObLG NJW 1988, 917.

<sup>53</sup> Vgl. Hopt/Merkt, HGB § 242 Rn. 5 m.w.N.; Reck ZinsO 2011, 1969, 1971.

<sup>54</sup> Bittmann/Brand, 2. Aufl., § 12 Rn. 186; ähnlich Reck ZinsO 2011, 1969, 1972.

<sup>55</sup> RGSt 12, 78, 82; 15, 174 ff.; RG NJW 1935, 2061; BGH GA/H 56, 348; Fischer, § 283 Rn. 29a; NK-StGB/Kindhäuser, § 283 Rn. 86; Schöнке/Schröder/Heine/Schuster, § 283 Rn. 46; SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 91.

<sup>56</sup> NK-StGB/Kindhäuser, § 283 Rn. 86.

<sup>57</sup> RGSt 12, 78, 82.

<sup>58</sup> SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 91.

<sup>59</sup> RGSt 15, 174, 176.

<sup>60</sup> LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 152.

<sup>61</sup> GWJ/Reinhart, § 283 StGB Rn. 59; Lackner/Kühl/Heger, § 283 Rn. 20 m.w.N.

<sup>62</sup> Bittmann/Brand, § 12 Rn. 192.



Meinung spricht die gesetzliche Konzeption der engen Anlehnung der in Rede stehenden Straftatbestände an das Handelsrecht. Denn dieses setzt voraus, dass die Zusammenstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse in der Bilanz aus der kaufmännischen Buchführung heraus erfolgt und sich im Wesentlichen an den handelsrechtlichen Vorschriften orientiert,<sup>63</sup> also zumindest eine kontenmäßige Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva vorhanden ist.<sup>64</sup> Im Umkehrschluss muss dann allerdings auch klar sein, dass bei grundsätzlicher Orientierung der Bilanz an diesen Grundsätzen einzelne Mängel – wie etwa das Fehlen einzelner Posten, eine mangelnde Übersicht, eine unzulässige Zusammenführung einzelner Positionen o.ä. – nicht zur Annahme einer bloßen „Scheinbilanz“ führen können.<sup>65</sup>

In formaler Hinsicht ist zu konstatieren, dass das Handelsrecht selbst zwischen den Begriffen der „Aufstellung“ (u.a. §§ 242, 264 HGB; §§ 92, 170 AktG; §§ 42a, 58c GmbHG) und der „Feststellung“ (vgl. etwa §§ 328, 334 HGB; §§ 172, 173 AktG; §§ 42a, 46 Nr. 1 GmbHG) differenziert. Da §§ 283 Abs. 1 Nr. 7, 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB ausdrücklich auf die Aufstellung abstellen, kann es auf die Feststellung der Bilanz mithin nicht ankommen.<sup>66</sup> Mit der Feststellung wird die Verbindlichkeit des Jahresabschlusses durch das dafür zuständige Organ mit der Folge der Verbindlichkeit für Gesellschafter und Gesellschaft herbeigeführt.<sup>67</sup> Daraus folgt (zwingend), dass die aufgestellte Bilanz – als Vorstufe des Jahresabschlusses – an sich noch nicht verbindlich sein kann oder muss; sie ist dem Grunde nach eine vorbereitende Unterlage (Entwurf), die (bis zur Feststellung des Jahresabschlusses) noch geändert werden kann.<sup>68</sup> Soweit dagegen teilweise auf § 245 HGB (Erfordernis einer datierten Unterschrift) verwiesen wird,<sup>69</sup> so geht diese Argumentation schon deshalb fehl, weil diese Vorschrift den Jahresabschluss betrifft – der eben nicht mit der Bilanz gleichgesetzt werden kann (s. o.). Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings die Forderung, dass der Aufstellung der Bilanz bzw. des Bilanzentwurfs zumindest eine ernsthafte und vollständige Bewertung (ex ante) zugrunde liegen muss,<sup>70</sup> (erhebliche) spätere Änderungen mithin nicht bereits geplant sein oder für in hohem Maße wahrscheinlich erachtet werden dürfen. Die konkrete Absicht einer wesentlichen späteren Veränderung dürfte allerdings ohnehin für eine bloße „Scheinbilanz“ sprechen. Eine fehlende Unterschrift steht der Annahme einer tatsächlich erfolgten Bilanzaufstellung mithin nicht (zwingend) entgegen.<sup>71</sup> Eine vollzogene Unterzeichnung kann allerdings als gewichtiges Indiz für die Ernsthaftigkeit der erfolgten Bilanzaufstellung sprechen.<sup>72</sup>

Auch der Schutzzweck der §§ 283, 283b StGB kann keine strengeren Anforderungen an den Kaufmann begründen. Die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten stellen vorrangig Gebote zur Eigeninformation des Kaufmanns dar, die diesem ein rechtzeitiges und sachgerechtes Reagieren auf krisenhafte Entwicklungen ermöglichen sollen.<sup>73</sup> Zutreffend hat das OLG Hamburg in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 daher hinsichtlich der Bilanz maßgeblich auf deren Bestimmung zur Selbstinformation des Kaufmanns abgestellt und konstatiert: „Entsprechend diesem gesetzgeberischen Willen – Selbstinformation des Kaufmannes und Gläubigerschutz – hat deshalb auch die Rechtsprechung bei der Anwendung des § 283 StGB ausgeführt, ‚Bilanzen sind dazu bestimmt,

dem Kaufmann einen Überblick über seine wirtschaftliche Lage zu verschaffen und ihm die Möglichkeit zu eröffnen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Schäden von sich und seinen Gläubigern abzuwenden‘ (BGH, bei: Holtz, MDR 1981, Seite 454)“.<sup>74</sup> Der intendierte Schutz des Gläubigersvermögens wird hierdurch reflexartig mitbewirkt.

Auch mit Blick auf das Bestreben, den Gläubiger davor zu schützen, dass der Schuldner die Haftungsmasse verringert oder verschleiert,<sup>75</sup> wird man keine weitergehenden formalen Anforderungen an die **Aufstellung** der Bilanz im Sinne von §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB stellen können. Denn eine bloße Nichtinformation Dritter – etwa in einer Konstellation, dass der Kaufmann lediglich sich selbst einen Überblick verschafft, seine finanzielle Situation aber nicht gegenüber Dritten offengelegt hat – kann nicht mit einer Fehlvorstellung hervorgerufenen Falschinformation der Gläubiger gleichgesetzt werden. Diese Wertung lässt sich auch etwa § 335 Abs. 1 Nr. 1 HGB entnehmen, wonach die verspätete Veröffentlichung bzw. Nichtveröffentlichung des Jahresabschlusses (einer Kapitalgesellschaft) vom Gesetzgeber nicht als strafrechtlich relevantes Fehlverhalten eingestuft wurde – anders als die Veröffentlichung eines unzutreffenden und irreführenden Jahresabschlusses (vgl. § 331 Abs. 1 HGB).<sup>76</sup> Nicht zuletzt der Umstand, dass vom

<sup>63</sup> Hopt/Merkel, HGB, § 243 Rn. 1; vgl. dazu auch BGH GA/H 56, 348.

<sup>64</sup> Vgl. NK-StGB/Kindhäuser, § 283 Rn. 86 (der insoweit auch ein subjektives Element einfordert: „dieses Ziel muss der Schuldner wenigstens im Ansatz verfolgen“).

<sup>65</sup> So auch Bittmann/Bittmann, 1. Aufl., § 12 Rn. 244; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 153.

<sup>66</sup> BeckOK StGB/Beukelmann, § 283 Rn. 70; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, § 283 Rn. 44; Bittmann/Brand, § 12 Rn. 188.

<sup>67</sup> BeckOK GmbHG/Deussen, 52. Ed. 2022, § 42a Rn. 50.

<sup>68</sup> So auch Hopt/Merkel, HGB, § 245 Rn. 3; Park/Deiters/Wagner, Kap. 10.2, § 283b, Rn. 37.

<sup>69</sup> So etwa LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 150.

<sup>70</sup> LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 150; ähnlich Müller-Gugenberger/Richter, Rn. 85.44; soweit Tiedemann insoweit ausdrücklich Blumers (Bilanzierungstatbestände und Bilanzierungsfristen im Handelsrecht und Strafrecht, S. 125) und Rose (Zeiträume und Zeitpunkte der Aufstellung, der Fertigstellung und der Einreichung von Jahresabschlüssen und Steuerbilanzen, DB 1974, 1031, 1034) entgegentritt, so dürften die inhaltlichen Unterschiede der vertretenen Auffassungen tatsächlich nicht so gravierend sein, da auch die Letztgenannten eine sachgerechte Bewertung einfordern, anhand derer der Kaufmann den erforderlichen Überblick über die Vermögens- und Ertragsverhältnisse erlangt.

<sup>71</sup> BGH wistra 2010, 219, 220 (zu § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a StGB); BeckOK StGB/Beukelmann, § 283 Rn. 70 m.w.N.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu auch Bittmann/Brand, § 12 Rn. 191 m.w.N. sowie unter Benennung weitere Anknüpfungstatsachen, die für die Ernsthaftigkeit der Bilanzaufstellung sprechen können (z.B. Weitergabe an Dritte).

<sup>73</sup> Bittmann NSTZ 2019, 212, 214.

<sup>74</sup> OLG Hamburg NJW 1987, 1342, 1343.

<sup>75</sup> LK-StGB/Tiedemann, vor § 283 Rn. 7.

<sup>76</sup> Vgl. BeckOK HGB/Schorse, 38. Ed. 2022, § 335 Rn. 2 zum „teils repressiven, teils beugenden Charakter“ des Ordnungsgeldes nach § 335 HGB und der Abgrenzung zu den Straf- und OWi-Tatbeständen der §§ 331 ff. HGB.

Kaufmann in einer Krisensituation unter Umständen eine „zügigere“ Bilanzaufstellung verlangt wird,<sup>77</sup> macht deutlich, dass es insoweit nicht entscheidend auf formale Aspekte ankommen kann, denen im Zusammenhang mit der Aufstellung, Feststellung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses eine Bedeutung zukommt.

Es muss mithin richtigerweise genügen, wenn der Kaufmann sich durch eine (vollständige) Gegenüberstellung von Vermögen und Verbindlichkeiten unter Vornahme einer ernsthaften Bewertung einen Überblick über seine wirtschaftliche Lage verschafft. Auf bloße Begrifflichkeiten – etwa die Fragestellung, ob man eine mit diesem Ansinnen aufgestellte Bilanz nun bis zur Formalisierung (durch Aufstellung/Feststellung/Veröffentlichung des Jahresabschlusses) als bloßen „Entwurf“ bezeichnet – kann es insoweit nicht ankommen.

### 3. Grenzen der Strafbarkeit

#### a) Unmöglichkeit der Bilanzerstellung

Sowohl § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b StGB als auch § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB stellen echte Unterlassungsdelikte dar. Die Strafbarkeit entfällt daher, sofern dem Kaufmann die (rechtzeitige) Bilanzaufstellung unmöglich war.<sup>78</sup> Eine solche Unmöglichkeit wird nach herrschender Meinung und der gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann angenommen, wenn sich der Pflichtige zur Erstellung der Bilanz oder zu ihrer Vorbereitung der Hilfe eines Steuerberaters bedienen müsste, die hierfür erforderlichen Kosten jedoch nicht aufbringen kann.<sup>79</sup> Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss aus dem Jahre 2011 allerdings darauf hingewiesen, dass derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt oder als Organ eine ins Handelsregister einzutragende juristische Person leitet und somit gemäß § 238 HGB (ggf. i.V.m. § 241a HGB) buchführungspflichtig sei, regelmäßig die Gewähr dafür bietet, zur Führung der Bücher (und Erstellung der Bilanzen) auch selbst in der Lage zu sein.<sup>80</sup> Die Unmöglichkeit dürfte daher bei Kaufleuten eher eine Ausnahme darstellen.

Teile der Literatur sprechen sich zudem dafür aus, die sog. *omissio libera in causa* auch im Rahmen der §§ 283, 283b StGB anzuwenden.<sup>81</sup> Diese Rechtsfigur ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang nicht tragend herangezogen oder ihre Anwendung zumindest offengelassen worden.<sup>82</sup> Der Bundesgerichtshof hat allerdings bereits in einem Beschluss aus dem Jahr 2011 – der aus anderen Gründen zur Aufhebung der Verurteilung wegen Bankrotts führte – ausgeführt, dass die finanzielle Unmöglichkeit, einen Steuerberater mit der Erstellung von Bilanzen zu beauftragen, den Angeklagte nicht entlasten könne, weil er trotz sich abzeichnender Liquiditätsprobleme eingehende Zahlungen nicht zur Bildung von Rücklagen, sondern zur Begleichung eigener Schulden verwandt habe.<sup>83</sup> Ähnlich liest sich eine Entscheidung des OLG Braunschweig aus dem Jahr 2019, welches sich (nur) mangels hinreichender tatsächlicher Feststellungen nicht zu einer Beurteilung der Voraussetzungen der *omissio libera in causa* in der Lage sah und ausdrücklich eine Pflicht betonte, Rückstellungen für die Erstellung des Jahresabschlusses zu bilden.<sup>84</sup>

Als Verteidiger oder Berater wird man sich in einer entsprechenden Fallkonstellation also auch mit dem Vorfeldgeschehen auseinandersetzen und auf den Einwand des Unterlassens von „Vorsorgemaßnahmen“ einstellen müssen.

Nach den vorgenannten Grundsätzen gilt aber: In den Fällen, in denen der Jahresabschluss im Wesentlichen vorbereitet oder zumindest die Bilanz inhaltlich fertig war, allein die formale – und damit kostenauslösende – „Erstellung“ oder Überprüfung durch den Abschlussprüfer aber aus finanziellen Gründen zurückgestellt wurde, fehlt es bereits an einem tatbestandlichen Unterlassen im Sinne von §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB. Auf die Frage der Unmöglichkeit kann es mithin überhaupt nicht mehr ankommen.

#### b) Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Gemäß § 283 Abs. 6 StGB (ggf. i.V.m. § 283b Abs. 3 StGB) ist die unterlassene Bilanzerstellung schließlich nur dann strafbar, wenn der Verpflichtete seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist. Da es sich um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt, ist unerheblich, ob der Täter diesbezüglich vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.<sup>85</sup>

Nach der Gesetzesbegründung soll dieses Korrektiv verhindern, dass wirtschaftlich schwache Unternehmer in der ständigen Gefahr schweben, angezeigt und in ein Strafverfahren verwickelt zu werden, sofern die Tat unabhängig von der objektiven Bedingung verfolgt werden könnte. Zwar seien die Zahlungseinstellung oder Eröffnung des Konkursverfahrens (nunmehr Insolvenzverfahrens) zur Begründung des Unrechts der Tat nicht erforderlich; doch es sei zu berücksichtigen, dass das Strafbedürfnis an Erheblichkeit verliere, wenn es dem Schuldner gelinge, die Krise, die mit Eintritt der Zahlungseinstellung oder mit Eröffnung des Konkursverfahrens offen zutage liege, abzuwenden.<sup>86</sup>

<sup>77</sup> Vgl. hierzu Bittmann/Brand, § 12 Rn. 197 m.w.N., sowie Rn. 198 speziell zu den besonderen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Eröffnungs- und Liquiditätsbilanz.

<sup>78</sup> 78 BGH NStZ 2003, 546, 548 m.w.N.; BGH NStZ 2000, 206; Schönke/Schröder/Bosch, vor § 13 Rn. 141.

<sup>79</sup> Vgl. BGH wistra 2003, 232, 233; BGH NStZ 1998, 192, 193; BGH NStZ 1992, 182; KG Berlin NStZ-RR 2016, 208, 209.

<sup>80</sup> BGH NStZ 2012, 511.

<sup>81</sup> Fischer, § 283 Rn. 29c; Leipold/Tsambikakis/Zöller/Püschel, 3. Aufl. 2020, § 283 Rn. 27; Heinrich NZWiSt 2020, 346, 359; so wohl auch Hagemeyer NZWiSt 2012, 105, 109ff.

<sup>82</sup> BGH NStZ 2012, 511.

<sup>83</sup> BGH NJW 2011, 3733, 3743.

<sup>84</sup> OLG Braunschweig NZWiSt 2019, 402, 404.

<sup>85</sup> Vgl. MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 140; MüKo-StGB/Joecks/Kulhanek, § 16 Rn. 6a.

<sup>86</sup> Vgl. BT-Drs. 7/3441 S. 33.



Erforderlich ist insoweit (nur) die Zahlungseinstellung, nicht die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.<sup>87</sup> Die Zahlungen gelten dann als eingestellt, wenn der Schuldner nach außen erkennbar aufhört, seine fälligen Geldschulden gegenüber seinen Gläubigern zu begleichen.<sup>88</sup> Bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 27 InsO) und der Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse (§ 26 InsO) kommt es auf den formalrechtlichen Akt und dessen Rechtskraft an, also die Entscheidung des Insolvenzgerichts. Eine Nachprüfung findet im Strafverfahren nicht statt.<sup>89</sup>

Im Übrigen bedarf es eines zeitlichen und tatsächlichen Zusammenhangs zwischen der Krisensituation und der Zahlungseinstellung bzw. der (abgewiesenen) Insolvenzeröffnung.<sup>90</sup> Ein kausaler Zusammenhang zwischen der Verletzung der Bilanzierungspflicht und dem „wirtschaftlichen Zusammenbruch“ bedarf es nach herrschender Auffassung hingegen nicht.<sup>91</sup> Sofern der Schuldner (im Fall des § 283 StGB) die im Zeitpunkt des tatbestandlichen Unterlassens (noch) bestehende Krise überwindet, entfällt das Strafbedürfnis jedoch.<sup>92</sup> Dasselbe gilt, sofern die Tathandlung zum Zeitpunkt des Eintritts der objektiven Bedingung keinerlei gefahrerhöhende Folgen mehr hatte.<sup>93</sup>

Auf das in vielen Fällen an dieser Stelle zumindest stark getrübe Auge der Strafverfolgungsbehörden ist eingangs bereits hingewiesen worden. Da nach zweifelhafter,<sup>94</sup> aber herrschender Auffassung der Ausschluss des erforderlichen Zusammenhangs zudem hinreichend feststehen und Zweifel wegen des abstrakten Gefährdungsverbots zu Lasten des Täters gehen sollen,<sup>95</sup> wird auch hier die Verteidigung regelmäßig gefordert sein, ihre Position sowohl offensiv argumentativ einzubringen als auch möglichst mit belastbaren Anknüpfungstatsachen zu unterlegen.

#### IV. Praktische Relevanz

Die vorstehenden Erwägungen zum engen Begriff der Bilanz und die (inhaltlichen, formalen und subjektiven) Anforderungen an die Aufstellung derselben sind von erheblicher praktischer Bedeutung.

Zwar wird man in einer nicht geringen Anzahl von Fällen, in denen es an einer Aufstellung des Jahresabschlusses fehlt, auch das rechtzeitige Aufstellen einer Bilanz bezweifeln müssen. Zwingend ist das aber nicht. Nicht zuletzt die Fälle, in welchen die Rechtsprechung aufgrund fehlender finanzieller Mittel für die Aufstellung der Bilanz durch einen Dritten eine Strafbarkeit (wegen der Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens) verneint hat (s.o.),<sup>96</sup> machen deutlich, dass es etwa an den monetären Möglichkeiten fehlen kann, den Jahresabschluss „final“ erstellen zu lassen. Nicht selten ist es in der Praxis so, dass die Mittel zwar vorhanden wären, gerade in der Krise aber vorrangig für materielle/operative Zwecke verwendet werden. Die notwendigen Vorarbeiten für den Jahresabschluss – etwa das Erstellen der Bilanz, welches nicht zwingend an Dritte ausgelagert sein muss – sind aber in vielen Fällen sehr wohl bereits getätigt worden. Das daraus gewonnene (zutreffende) Bild über die (drohende) Krisensituation ist nicht selten der Grund, warum die formale

Finalisierung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses zunächst zurückgestellt werden.

In diesen Fällen sind aber § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b StGB oder § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB nicht einschlägig – sowohl nach dem Wortlaut als auch dem vom Gesetzgeber verfolgten Schutzzweck. Wird lediglich der Jahresabschluss zu spät veröffentlicht, so macht § 335 HGB deutlich, dass hierin kein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten zu sehen ist (s.o.).

In der Praxis ist es allerdings häufig so, dass sich die Ermittlungen auf den bequemen Weg der Überprüfung des Jahresabschlusses (etwa anhand des Bundesanzeigers) beschränken. Von den Staatsanwaltschaften wird schlicht der (ggf. zu spät) veröffentlichte Jahresabschluss herangezogen, und allein auf der Grundlage dessen Datierung der Vorwurf der verspäteten Bilanzierung gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b StGB oder § 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB – Vorsatz inklusive – erhoben, oder aus der Nichtveröffentlichung des Jahresabschlusses ein entsprechender Vorwurf der (gänzlichen) Nichterstellung der Bilanz abgeleitet. Führt man sich den vorliegend aufgezeigten Unterschied zwischen Bilanz und Jahresabschluss sowie insbesondere die tatsächlichen Schritte vor Augen, die zwischen der („materiellen“) Aufstellung eines hinreichenden Bilanzentwurfs und der formalen Aufstellung, Feststellung oder gar Veröffentlichung des Jahresabschlusses liegen, so wird allerdings deutlich, dass ein solcher Ermittlungsansatz allenfalls geeignet sein kann, einen strafrechtlichen Anfangsverdacht zu begründen, mitnichten aber den Vorwurf der verspäteten Bilanzaufstellung alleine tragen kann. Einen hinreichenden Tatverdacht<sup>97</sup> oder gar eine tatrichterliche Überzeugung im Sinne einer persönlichen Gewissheit<sup>98</sup> wird man auf ein derart „schmales“ Ermittlungs- bzw. Beweisprogramm nicht stützen können.

Findet sich beispielsweise in der EDV, in einem physischen Ordner des Schuldners, beim Steuerberater etc. (diese Auflis-

<sup>87</sup> So bereits BGH Urt. v. 22.01.1952, Az.: 2 StR 475/51; BGH Urt. v. 14.01.1976, Az.: 2 StR 592/75.

<sup>88</sup> MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 149; Schönke Schröder/Heine/Schuster, § 283 Rn. 60.

<sup>89</sup> Lackner/Kühl/Heger, § 283 Rn. 28; MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283 Rn. 154.

<sup>90</sup> BGH wistra 2007, 463, 464; BGH NJW 2001, 1874, 1876; Fischer, vor § 283 Rn. 17.

<sup>91</sup> BGH BeckRS 2010, 16716; BGH NJW 1979, 1418; Fischer, vor § 283 Rn. 17 m.w.N.

<sup>92</sup> BGH NJW 1979, 1418.

<sup>93</sup> BGH NJW 2003, 1960, 1961; BayOLG NSTZ 2003, 214; Fischer, vor § 283 Rn. 17.

<sup>94</sup> Vgl. zur Kritik etwa Lackner/Kühl/Heger, § 283 Rn. 29 m.w.N.

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf NJW 1980, 1292, 1292; OLG Hamburg NJW 1987, 1342, 1344; Maurer wistra 2003, 174; Tiedemann, NJW 1977, 783.

<sup>96</sup> Vgl. etwa BGH wistra 2003, 232; BGH NSTZ 1998, 192, 193.

<sup>97</sup> Vgl. zu den Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit der Beweisfähigkeit des Tatvorwurfs BGH StV 2001, 579, 580; OLG Bremen NSTZ-RR 2000, 270; KK-StPO/Moldenhauer, 8. Aufl. 2019, § 170 Rn. 3 ff. m.w.N.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu BGH NSTZ 1983, 277; KK-StPO/Ott, § 261 Rn. 2 ff m.w.N.

tung ist naturgemäß nicht abschließend) eine entsprechende Gegenüberstellung zu einem bestimmten Stichtag, so wird man sich hiermit in jedem Fall ernsthaft auseinandersetzen müssen. Ob allerdings der isolierte Vorwurf der unterlassenen Bilanzerstellung eine Durchsuchung rechtfertigt, die möglicherweise überhaupt erst hinreichende Tatsachenfeststellungen insoweit ermöglichen könnte, wird man in den allermeisten Fällen wohl bezweifeln dürfen. Auch dieses praktische „Problem“ – zumindest wohl aus Sicht der Ermittlungsbehörden – kann aber eben nicht die Überdehnung der betreffenden Tatbestände contra legem rechtfertigen, um so ein minimalistisches Ermittlungsprogramm anhand (ggf. nicht) veröffentlichter Abschlüsse zu ermöglichen.

## V. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den §§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b, 283b Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b StGB angesichts des klaren Gesetzeswortlauts ein enger, am Handelsrecht orientierter Bilanzbegriff zugrunde zu legen ist – und sich ein Abstellen auf den Jahresabschluss mithin verbietet. Ent-

sprechenden Versuchen, die Strafbarkeit durch eine Überdehnung des Bilanzbegriffs contra legem auszuweiten, ist entschieden entgegenzutreten.

Damit wird zugleich auch der verbreiteten Praxis der Ermittlungsbehörden, sich zur (vermeintlichen) Beweisführung auf die Heranziehung verspätet veröffentlichter Jahresabschlüsse oder eine (aus dem Bundesanzeiger ersichtliche) Nichtveröffentlichung des Jahresabschlusses zu beschränken, die Grundlage entzogen.

Der Verteidiger oder strafrechtliche Berater ist in Insolvenzverfahren häufig gefordert, derartigen Fehlentwicklungen – die nicht selten auf ein mangelndes Problembewusstsein auf Seiten der Ermittlungsbehörden zurückzuführen sein mögen – möglichst frühzeitig entgegenzuwirken. Gerade mit Blick auf einen ungleich höheren Ermittlungsaufwand, der mit der Zugrundelegung eines engen Bilanzbegriffs regelmäßig einhergehen wird, kann es hier gelingen, die Bereitschaft der Staatsanwaltschaft, eine im Interesse des Mandanten liegende Verfahrensweise in Betracht zu ziehen, nicht unwesentlich zu erhöhen.

Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz und Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mag. rer. publ., beide Mainz.<sup>1</sup>

# Keine Ahndung des Abschlussprüfers durch die BaFin für sonstige Verstöße gegen das Berufsrecht

## I. Einleitung

Der Prozess der Abschlussprüfung unterliegt einer Vielzahl gesetzlicher und untergesetzlicher Vorschriften. Diese entstammen verschiedenen Regelungskreisen mit jeweils eigenen Zwecken und Schutzrichtungen und ihre Einhaltung wird von unterschiedlichen Behörden und Körperschaften überwacht. So unterliegen die beteiligten Wirtschaftsprüfer der Berufsaufsicht durch die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) sowie – bei Prüfungsmandaten von Unternehmen von öffentlichem Interesse – durch die Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS) beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA). Als Teil der Bilanzkontrolle haben sie die Berichte über die Prüfung des Jahres- bzw. Konzernabschlusses teilweise auch bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) einzureichen. Verletzungen sowohl der Pflichten über die Prüfungsinhalte als auch über den formalen Umgang mit den Prüfungsberichten können zu Sanktionen führen.

Mitunter kann es jedoch im Rahmen laufender Verfahren erforderlich sein, die Zuständigkeiten einzelner Aufsichts-

behörden präzise nachzuvollziehen und – wo erforderlich – deren Grenzen aufzuzeigen. Eine aus der Praxis bekannte Konstellation betrifft etwa den Versuch der BaFin, über die Blankettvorschrift des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG nicht nur das nicht rechtzeitige Einreichen des Prüfungsberichts durch den Abschlussprüfer zu beußen. Vielmehr wird die Vorschrift wegen der Formulierung „nicht richtig“ in der Verweisungsnorm des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG überdies als Einfallstor für die Ahndung und Beußerung etwaiger Verstöße gegen das Berufsrecht der Abschlussprüfer gedeutet. Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass diese Deutung wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verfassungswidrig ist. Die Blankettvorschrift des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG erfasst – trotz der sprachlichen Ungenauigkeiten in der Verweisungsnorm – ausschließlich die nicht unverzügliche Einreichung des Prüfungsberichts. Darüber hinaus lassen sich auf diese Vorschrift keine ahndbaren Vorwürfe stützen.

## II. Problemaufriss

Die Verpflichtung des Abschlussprüfers zur Einreichung des Prüfungsberichts bei der BaFin ergibt sich aus § 26 Abs. 1 S. 3 KWG. Darin heißt es:

*„Der Abschlussprüfer hat den Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses (Prüfungsbericht) unverzüglich nach Beendigung der Prüfung der Bundesanstalt und der Deutschen Bundesbank einzureichen.“*

<sup>1</sup> RA Dr. Manuel Lorenz und RA Dr. Christian Rathgeber sind Partner der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Sozietät Knierim & Kollegen in Mainz und verteidigen u. a. regelmäßig in berufsaufsichtlichen Verfahren.

Für den Konzernabschlussprüfer gilt folgende inhaltsgleiche Verpflichtung aus § 26 Abs. 4 S. 3 KWG, die deshalb nachfolgend nicht gesondert behandelt wird:

*„Der Konzernabschlussprüfer hat die Prüfungsberichte über die in den Sätzen 1 und 2 genannten Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte unverzüglich nach Beendigung seiner Prüfung bei der Bundesanstalt und der Deutschen Bundesbank einzureichen.“*

Um die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Einreichungspflicht sicherzustellen, können Verstöße gemäß § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG mit einem Bußgeld geahndet werden:

*„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...] entgegen § 26 Absatz 1 Satz 1, 3 oder 4 oder Absatz 3 eine Finanzinformation, eine Risikotragfähigkeitsinformation, einen Jahresabschluss, einen Lagebericht, **einen Prüfungsbericht**, einen Konzernabschluss oder einen Konzernlagebericht **nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig einreicht.**“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

Vor allem der hier benutzte unbestimmte Rechtsbegriff „nicht richtig“ führt zu erheblicher Unsicherheit. Denn in der Praxis legen Aufsichtsbehörden ihn mitunter dahingehend aus, dass ein Prüfungsbericht (auch) dann „nicht richtig“ eingereicht wurde, wenn im Rahmen der Prüfung (vermeintlich) gegen Vorschriften der Wirtschaftsprüferordnung (WPO) oder die einschlägigen Prüfungsstandards verstoßen wurde. Aus diesem Verständnis leitet insbesondere die BaFin immer wieder eine eigene Zuständigkeit für die Sanktionierung solcher Verletzungen des Berufsrechts gemäß § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG ab.

### III. Blankettgesetze

Die Bußgeldtatbestände des KWG sind sämtlich als sog. Blankett-Tatbestände ausgestaltet.

#### 1. Systematik der Blankettgesetze

Blankettnormen bezeichnen Vorschriften, die ausschließlich bestimmte Rechtsfolgen festlegen und die strafbewehrte Verhaltensnorm nicht selbst beinhalten. Vielmehr wird zur Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen auf andere Vorschriften, sog. Ausfüllungsnormen, verwiesen. Damit beschreibt die Blankettnorm, anders als der klassische Straf-tatbestand, das tatbestandliche Unrecht nicht bereits selbst inhaltlich, sondern enthält nur die Strafdrohung.<sup>2</sup> Sanktions- und Ausfüllungsnorm sind dabei vollständig getrennt.<sup>3</sup> Auch die konkrete Schutzrichtung der Sanktionsvorschrift ergibt sich erst aus der jeweils in Bezug genommenen Verhaltensnorm.<sup>4</sup> Der Gesetzgeber verwendet diese Gesetzestech-nik aus Gründen der Vereinfachung der Tatbestandsformulierung und um die Änderung der Strafnorm zu erleichtern.

#### 2. § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG als Blankettgesetz

Auch der § 56 KWG stellt nach ganz einhelliger Auffassung einen solchen Blankett-Tatbestand dar. § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG knüpft also an eine schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen die in § 26 Abs. 1 S. 1, 3 und 4 KWG sowie in § 26 Abs. 3

KWG normierten Handlungsgebote an, ohne selbst einen eigenständigen, aus sich heraus verständlichen Tatbestand zu normieren. Erst ein Zusammenlesen des Bußgeldblanketts und der Ausfüllungsnorm – hier des § 26 Abs. 1 S. 3 KWG – ergibt, wer tauglicher Täter dieser Ordnungswidrigkeit sein kann (der „Abschlussprüfer“ im Sinne der Norm) und worin das mit Bußgeld bedrohte Verhalten besteht, nämlich darin, dass dieser es unterlässt, den Prüfungsbericht nach Beendigung der Prüfung in der geforderten Weise einzureichen.

## IV. Anforderungen der Verweisungsnorm

Aus der Eigenschaft als Blankettgesetz folgt, dass § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG nur Art und Maß der Sanktion bestimmt und im Übrigen anordnet, dass diese Sanktion denjenigen trifft, der die Verhaltenspflicht aus der Bezugsnorm verletzt.<sup>5</sup> Das vom Normadressaten verlangte Verhalten muss folglich aus § 26 Abs. 1 S. 3 KWG ersichtlich sein. Diese Bezugsnorm richtet sich an die Abschlussprüfer. Ihnen obliegt die Aufgabe, die Jahresabschlüsse von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten zu kontrollieren und die Ergebnisse in einem Prüfungsbericht festzuhalten. Im Zuge dessen haben die Abschlussprüfer die gesetzlichen Vorschriften der §§ 321-322 HGB, die berufsständischen Vorgaben des IDW PS 400 und 450 sowie die Prüfungsberichtsverordnung (PrüfbV) der BaFin zu beachten. Die Überwachung der Einhaltung dieser berufsspezifischen Vorgaben jedoch ihrerseits über den „doppelten Transmissionsriemen“ des § 26 Abs. 1 S. 3 KWG und anschließend des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG der BaFin zu überlassen, erscheint gleich aus mehreren Gründen ausgeschlossen.

### 1. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Zunächst gilt auch für Blankett-Tatbestände der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG). Denn auch wenn der Gesetzgeber sich zur Vereinfachung einer solchen Verweisungstechnik bedient, muss der Normadressat selbstverständlich vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Ob diese Vorhersehbarkeit (ausreichend) gegeben ist, hängt maßgeblich davon ab, ob es sich um eine „statische“ oder eine „dynamische“ Verweisung handelt. Während sich erstere auf ein Verweisungsobjekt in einer konkreten Fassung bezieht, nimmt die dynamische Verweisung Bezug auf die jeweils gültige Fassung der Ausfüllungsnorm. Dynamische Verweisungen sind zwar nicht grundsätzlich unzulässig, unterliegen aber einem besonders strengen Prüfungsmaßstab im Einzelfall. Das Bundesverfassungsgericht hält sie

<sup>2</sup> Gerhold, in: BeckOK OWiG, § 3 Rn. 17, 19; Gürtler, in: Göhler, OWiG, Vor § 1 Rn. 17; Bülte, in: Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, § 1 Rn. 9 f.; Rogall, in: KK-OWiG, Vor § 1 Rn. 15; Heitmann, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 3 Rn. 3.

<sup>3</sup> Bock, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 56 KWG Rn. 3.

<sup>4</sup> Theile, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl. 2017, § 56 KWG Rn. 1.

<sup>5</sup> Gerhold, in: BeckOK OWiG, § 3 Rn. 19; Rogall, in: KK-OWiG, § 3 Rn. 16; Fischer, StGB, § 1 Rn. 9 m.w.N.



dann für zulässig, wenn der Gesetzgeber den Inhalt seiner Vorschriften trotz Verweisung selbst festlegt und nicht der Entscheidung Dritter unterwirft.<sup>6</sup> Welcher der beiden Formen ein Blankett-Tatbestand unterfällt, ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>7</sup> In einer jüngeren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht eine Verweisung innerhalb desselben Gesetzes ausdrücklich nicht als dynamische Verweisung eingeordnet, obwohl die Ausfüllungsnorm ihrerseits zusätzlich auf außergesetzliche Umstände verwies.<sup>8</sup> Somit ist zu unterstellen, dass es sich vorliegend um eine (zulässige) statische Binnenverweisung handelt.

Deren Reichweite ist primär nach dem Wortlaut zu bestimmen. Indem § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG ausdrücklich, aber auch ausschließlich auf § 26 Abs. 1 S. 1, 3 oder 4 sowie Abs. 3 KWG verweist, unterliegen Wirtschaftsprüfer zunächst Pflichten nach dem KWG. Fraglich ist, ob darüber hinaus ein Durchgriff auf weitere Pflichten, etwa solche des Berufsrechts, möglich ist. Zwar kann der Gesetzgeber grundsätzlich auch auf andere Regelungen – und zwar auch auf solche eines anderen Normgebers – verweisen.<sup>9</sup> Dies tut er mitunter in einer Weise, dass eine Blankettnorm auf eine Ausfüllungsnorm verweist, die wiederum auf eine weitere Norm Bezug nimmt. Derartige mehrstufige Verweisungen mit „Kaskaden-Charakter“ sind häufig bei der Umsetzung von EU-Rechtsakten zu beobachten und werden regelmäßig – und zutreffend – von der strafrechtlichen Literatur als Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz kritisiert.<sup>10</sup>

Vorliegend fehlt es aber an einer solchen (Weiter-)Verweisung, denn § 26 KWG lässt jeglichen Bezug zu anderen Normen, etwa solchen des Berufsrechts, vermissen. Es bliebe somit nur ein Verständnis, wonach in der Formulierung „nicht richtig“ eine Verhaltenspflicht liegen soll, die pauschal – und stillschweigend (!) – auf sämtliche berufsrechtlichen Normen verweist. Damit würde nicht nur eine Vielzahl verschiedener Normgeber über die Voraussetzungen der Sanktion gemäß § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG bestimmen. Fasste man zudem noch die Anforderungen der von der BaFin erlassenen PrüfBV unter die Formulierung „nicht richtig“, würden im Ergebnis die Voraussetzungen der Sanktionierung sogar von der zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt werden.

Schwerwiegender ist, dass bei einer solchen Auslegung der Normadressat nicht wissen oder vorhersehen, sondern nur vermuten könnte, was in die Formulierung „nicht richtig“ von einer Verfolgungsbehörde hineingelesen werden wird. Dies wäre mit den Anforderungen des § 3 OWiG nicht vereinbar. Daher darf die Blankettnorm nicht als Transmissionsriemen für Vorstellungen der Verwaltung über eine geeignete oder gefällige Pflichtenwahrnehmung umgedeutet werden. Die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG an die Konkretisierungen der Voraussetzungen einer Sanktionsnorm (Umgrenzung, inhaltliche Klarheit, Vorhersehbarkeit für den Rechtsanwender, Verhältnismäßigkeit von Verhaltenspflicht zu Sanktionsmittel)<sup>11</sup> wären in diesem Fall nicht erfüllt. Damit eine dem Bestimmtheitsgrundsatz zuwiderlaufende Ausweitung des objektiven Tatbestands des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG verhindert wird, muss bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des „nicht“, „nicht vollständigen“ oder „nicht rechtzeitigen“ Einreichens der sachliche Bezug zum Verhaltensgebot des § 26 Abs. 1 KWG beachtet werden. Folglich ist ein „nicht richtiges“, „nicht vollständiges“ oder „nicht rechtzeitiges“ Einrei-

chen eines Prüfungsberichts zunächst dann eine ahndbare Handlung nach § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG, wenn dadurch zugleich ein „nicht unverzügliches“ Einreichen gegeben ist, mithin ein Verstoß gegen § 26 Abs. 1 S. 3 KWG vorliegt. Eine andere Lesart käme der Etablierung einer universalen Sanktionsform gleich, die jeden wie auch immer gearteten Verstoß gegen eine berufsständige Regelung erfassen würde.

Somit wäre die mitunter von den Aufsichtsbehörden praktizierte (exzessive) Lesart, wonach § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG zugleich sämtliche Verstöße gegen beliebige berufsrechtliche Gebote durch die Abschlussprüfer erfassen soll, mit dem Gebot der Rechtsklarheit nicht in Einklang zu bringen. Denn die Bezugsnorm (§ 26 Abs. 1 S. 3 KWG) formuliert selbst keine inhaltlichen oder systematischen Anforderungen an die Abschlussprüfung, sondern setzt sprachlich eine bereits beendete Prüfung sowie einen fertigen Prüfungsbericht voraus.

## 2. Gesetzgebungsgeschichte und Wille des (europäischen) Gesetzgebers

Die Analyse der Gesetzgebungsgeschichte kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der Bußgeldtatbestand nur die nicht unverzügliche Übersendung des Prüfungsberichts erfassen kann und soll.

Seine aktuelle Gestalt hat der Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 56 KWG v.a. durch das CRD IV-Umsetzungsgesetz vom 28.08.2013<sup>12</sup> erhalten. Dieses diente der Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtspersonen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen.

Der auch aktuell noch gültige Wortlaut des § 26 Abs. 1 S. 3 KWG wurde aber bereits durch das 3. Änderungsgesetz zum KWG vom 20.12.1984<sup>13</sup> sowie das Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vorschriften vom 22.10.1997<sup>14</sup> formuliert.

### a) Änderungen des § 56 Abs. 2 KWG

Die heutige Nr. 11 b) des § 56 Abs. 2 KWG war in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vor-

<sup>6</sup> BVerfGE 78, 35 (35 f.); BVerfGE 141, 143 (176 f.) = NVwZ 2016, 675 Rn. 75.

<sup>7</sup> OLG Köln NJW 1988, 657 (658).

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.7.2019 – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18 = NVwZ 2019, 3054 (3057).

<sup>9</sup> vgl. BVerfGE 78, 32 (35 f.).

<sup>10</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., 2020, § 1 Rn. 65 m.w.N.

<sup>11</sup> vgl. BVerfGE 75, 329 (342).

<sup>12</sup> BGBl. I 2013, S. 3395 ff.

<sup>13</sup> BGBl. I 1984 S. 1693.

<sup>14</sup> BGBl. I 1997, S. 2518.

schriften vom 22.10.1997 noch in Abs. 5 Nr. 5 geregelt und hatte folgenden Wortlaut:

*„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig [...] entgegen § 26 Abs. 1 Satz 1, 3 oder 4 oder Abs. 3 einen Zwischenabschluss, einen Zwischenprüfungsbericht, einen Monatsausweis, einen Jahresabschluss, einen Lagebericht, einen Prüfungsbericht, einen Konzernabschluss oder einen Konzernlagebericht nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig einreicht.“* (Hervorhebungen hinzugefügt)

In der Vorgängerversion vom 22.01.1996<sup>15</sup>, gültig ab 31.12.1995 bis zum 31.12.1997, lautete die Nr. 5 folgendermaßen:

*„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig der Pflicht zur Einreichung von Zwischenabschlüssen und Prüfungsberichten nach § 10 Abs. 7 Satz 5, von Monatsausweisen nach § 25 Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, oder Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit § 53b Abs. 3 Satz 1, von Jahresabschlüssen, des Prüfungsberichts, des Konzernabschlusses, des Konzernlageberichts oder des Prüfungsberichts der Konzernabschlussprüfer nach § 26 Abs. 1 oder 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig nachkommt oder in einem Monatsausweis unrichtige Angaben macht.“* (Hervorhebungen hinzugefügt)

Der entsprechende Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22.10.1997<sup>16</sup> diente v.a. der Umsetzung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.05.1993, der Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15.03.1993 und der Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.06.1995 in deutsches Recht. Ausdrücklich finden sich in der Begründung keine Erklärungen für die Änderung bzw. für die Einfügung der Worte „nicht richtig“. Dies nicht ohne Grund: Denn der Gesetzgeber wollte in Bezug auf die Ausfüllungsnorm des § 26 KWG über die ausdrücklich behandelten Änderungen hinaus nichts ändern, wie er in demselben Entwurf explizit klargestellt hat: „Zu Nummer 41 (§ 26; Vorlage von Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfungsberichten) Die Einbeziehung der Finanzdienstleistungsinstitute in die Vorlagepflichten des § 26 ist eine notwendige Konsequenz aus ihrer Unterstellung unter die Aufsicht des BAKred. Die weiteren Änderungen in Absatz 1 sind rechtsförmlich veranlasst; **materiell ändern sich die in Abs. 1 geregelten Vorlagepflichten gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nicht.**“<sup>17</sup> Es handelt sich dabei also schlicht um redaktionelle Änderungen.

Hinzu kommt, dass die Formulierung „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig einreicht“ später durch das CRD-IV Umsetzungsgesetz vom 28.08.2013 flächendeckend und inflationär für nahezu alle 29 Nummern des Abs. 5 übernommen wurde. Letztlich verhalten sich auch die umgesetzten Richtlinien ausschließlich zu dem Thema der Unverzüglichkeit und nicht zu der Frage, ob ein Prüfungsbericht „nicht richtig“ eingereicht wird.

## b) Änderungen des § 26 Abs. 1 KWG

§ 26 Abs. 1 S. 3 KWG wurde durch das 3. Änderungsgesetz zum KWG vom 20.12.1984<sup>18</sup> eingefügt und hatte den folgenden Wortlaut:

*„Der Prüfer hat den Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses (Prüfungsbericht) unverzüglich nach Beendigung der Prüfung dem Bundesaufsichtsamt und der Deutschen Bundesbank einzureichen; bei Kreditinstituten, die einem genossenschaftlichen Prüfungsverband angehören oder durch die Prüfungsstelle eines Sparkassen- und Giroverbandes geprüft werden, ist der Prüfungsbericht nur auf Anforderung einzureichen.“*

Die direkte Einreichung der Prüfungsberichte durch die Wirtschaftsprüfer sollte ausschließlich den Informationsweg abkürzen und die Möglichkeit von Fälschungen ausschließen.<sup>19</sup> Die entsprechende Gesetzesbegründung zum KWG lautet insoweit:<sup>20</sup>

*„Nach dem geänderten [§ 26] Absatz 1 Satz 3 hat der Prüfer, und nicht wie bisher das Kreditinstitut, den Prüfungsbericht dem Bundesaufsichtsamt und der Deutschen Bundesbank einzureichen, und zwar unmittelbar und unverzüglich nach Beendigung der Prüfung. Die Prüfung ist beendet, sobald der unterschriebene Prüfungsbericht der Geschäftsleitung vorgelegt wird. Durch die Neuregelung soll der Informationsweg abgekürzt und die Möglichkeit von Fälschungen der Prüfungsberichte ausgeschlossen werden.“*

§ 26 KWG hat damit ausschließlich die zeitnahe Information der Aufsichtsbehörden im Blick.<sup>21</sup> Die Vorgängervorschrift, die auf der letzten Neufassung des KWG vom 10.07.1961 beruht, hatte noch folgenden Wortlaut:

*„§ 26 Bilanzvorlage  
Die Kreditinstitute haben dem Bundesaufsichtsamt und der Deutschen Bundesbank die festgestellte Jahresbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung (Jahresabschluss) und den Geschäftsbericht, soweit ein solcher erstattet wird, unverzüglich einzureichen; der Jahresabschluss ist in einer Anlage zur Jahresbilanz zu erläutern. Sofern der Jahresabschluss nach § 27 zu prüfen ist, muss er mit dem Prüfungsvermerk versehen sein. Der Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses (Prüfungsbericht) ist gleichfalls einzureichen; Kreditinstitute, die einem genossenschaftlichen Prüfungsverband angehören oder durch die Prüfungsstelle eines Sparkassen- und Giroverbandes geprüft werden, haben den Prüfungsbericht nur auf Anforderung einzureichen.“*

§ 56 Abs. 1 Nr. 5 KWG als Vorgängervorschrift der Nr. 11 b) lautete zur selben Zeit:

*„vorsätzlich oder leichtfertig der Pflicht zur Einreichung von Monatsausweisen nach § 25 sowie des Jahresabschlusses und des Prüfungsberichts nach Paragraph 26 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig nachkommt oder in einem Monatsausweis unrichtige Angaben macht“*

<sup>15</sup> BGBl. I S. 64.

<sup>16</sup> BT-Drs. 13/7142.

<sup>17</sup> BT-Drs. 13/7142, S. 88.

<sup>18</sup> BGBl. I 1984 S. 1693.

<sup>19</sup> Becker, in: Reischauer/Kleinhaus, KWG-Kommentar, Erg.-Lfg. 5/11, § 26 Rn 8.

<sup>20</sup> BT-Drs. 10/1441, S. 48.

<sup>21</sup> Braun, in: Boos/Fischer/Mattler, § 26 Rn 55.

Neben der grammatikalischen und der teleologischen belegt mithin auch die historische Auslegung, dass es bei der Bußgeldnorm des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG auch nach dem unmissverständlichen Willen des Gesetzgebers ausschließlich um das in § 26 Abs. 1 S. 3 KWG bestimmte Verhalten geht, nämlich die unverzügliche Übersendung des Prüfungsberichts.

### 3. Zwischenergebnis

Die Anforderung der Verweisungsnorm des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG für die Merkmale „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ vermag die in der Ausfüllungsvorschrift des § 26 Abs. 1 S. 3 KWG konkret bezeichnete Verhaltenspflicht jedenfalls nicht dergestalt zu erweitern, dass sich ein völlig neuer Regelungsgehalt ergibt, der in der Ausfüllungsnorm nicht angelegt ist und für den es auch keine Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien gibt. Die Auswertung der einschlägigen Gesetzesmaterialien ergibt, dass es sich bei der eingefügten Formulierung „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ schlicht um eine sprachliche Vereinheitlichung – ohne eigenständigen Regelungsgehalt – handeln sollte. Es ist zwar allgemein anerkannt, dass das Charakteristikum des Blankett-Tatbestandes in der wechselseitigen Ergänzung von Sanktionsnorm und Ausfüllungsnorm liegt und erst die Zusammenschau beider Normen die Vollvorschrift ergibt.<sup>22</sup> Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn der Bestimmtheitsgrundsatz eingehalten wurde und der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vollvorschrift überhaupt einen entsprechenden Regelungswillen hatte.

### 4. Anforderungen der Anzeigenverordnung (AnzV)

Der Umstand, dass § 26 KWG seinerseits keine (Weiter-)Verweisung auf andere Normen außerhalb des KWG enthält, erscheint schon deshalb problematisch, weil die von der BaFin erlassene Anzeigenverordnung (AnzV) u. a. auch auf die Einreichung von Prüfungsberichten anwendbar sein soll. So heißt es in § 1 Abs. 1 S. 1 AnzV:

*„Die Anzeigen und die Unterlagen, die nach dem Kreditwesengesetz zu erstatten oder vorzulegen sind und durch diese Verordnung näher bestimmt werden, sind vorbehaltlich abweichender Bestimmungen in dieser Verordnung jeweils in einfacher Ausfertigung der Aufsichtsbehörde im Sinne des § 1 Absatz 5 des Kreditwesengesetzes (Aufsichtsbehörde) und der für das Institut zuständigen Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank einzureichen.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

Speziell für die Vorlage von Unterlagen nach § 26 KWG (Jahresabschlüsse, Lage- und Prüfungsberichte) bestimmt § 13 AnzV lediglich:

*„Bei der Einreichung des festgestellten Jahresabschlusses ist der Tag der Feststellung anzugeben.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

Grundsätzlich verpflichtet die AnzV die beaufsichtigten Institute. Da § 13 AnzV nur eine Regelung für das Einreichen des Jahresabschlusses beinhaltet, nicht aber für das Einreichen von Prüfungsberichten, richtet sich die Norm nicht an Abschlussprüfer. Anders ist dies bei § 1 Abs. 1 AnzV. So hat das OLG Frankfurt a. M. für einen Fall des verspäteten

Einreichens eines Prüfungsberichts angenommen, dass sich sowohl die Pflicht aus § 26 Abs. 1 S. 3 KWG als auch diejenige aus § 1 Abs. 1 AnzV unmittelbar an den Abschlussprüfer richten.<sup>23</sup> Interessanterweise hat das Gericht dabei beide Normen nebeneinandergestellt, ohne auf deren Verhältnis zueinander einzugehen („Auch aus § 1 Abs. 1 AnzV folgt eine entsprechende Einreichungspflicht des Abschlussprüfers bei beiden Adressaten“). Insbesondere folgt aus dem Beschluss des OLG Frankfurt a. M. nicht, dass die Regelungen der AnzV zur Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 26 KWG dienen sollen.

Nimmt man ein solches Normengefüge gleichwohl an, ergäben sich aus §§ 1 Abs. 1 AnzV lediglich sehr beschränkte Vorgaben in Hinblick darauf, wie der Wirtschaftsprüfer Jahresabschlüsse, Lage- und Prüfungsberichte „richtig“ einzureichen hat, nämlich in einfacher Ausfertigung. Damit hätte die zuständige Aufsichtsbehörde im Ergebnis dann doch in gewissem Umfang die Voraussetzungen der Sanktionierung selbst bestimmt (vgl. bereits unter IV. 1.). Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz bleiben zudem Bedenken dahingehend, dass der nach dem KWG Verpflichtete mangels ausdrücklicher Verweisung nicht erkennen kann, dass eine Verletzung dieser technischen Anforderungen ggf. über § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 KWG mit einer Geldbuße geahndet werden könnte.

Selbst wenn man also annimmt, dass § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG sich außer auf § 26 Abs. 1 KWG zusätzlich (und stillschweigend) auf § 1 Abs. 1 AnzV bezieht, wäre damit die absolute Grenze des Bußgeldtatbestands erreicht. Und dies auch nur deshalb, weil sich § 13 AnzV ausdrücklich auf die Einreichung i.S.v. § 26 KWG bezieht. Die BaFin hätte ggf. die Möglichkeit gehabt, in § 13 AnzV auch zusätzliche Anforderungen an das Einreichen von Prüfungsberichten aufzunehmen oder auf andere Vorschriften zu verweisen, hat jedoch davon abgesehen. Auch auf diesem Wege gelingt somit keine Ausweitung des unbestimmten Rechtsbegriffs „nicht richtig“ auf berufsrechtliche Vorschriften der Wirtschaftsprüfer.

### 5. Verletzung der Berichtspflicht (§ 332 Abs. 1 HGB)

Befasst man sich mit dem Regelungsgehalt des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG, so rückt auch der Straftatbestand des § 332 Abs. 1 HGB in den Fokus. Dieser bedroht denjenigen Abschlussprüfer mit Strafe, der vorsätzlich über das Ergebnis der Prüfung eines Jahresabschlusses „unrichtig“ berichtet. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch im Regelungsgehalt der Normen: So wollte der Gesetzgeber mit der Einfügung der Begrifflichkeit „unrichtig“ im Rahmen der Vorschrift des § 332 Abs. 1 HGB tatsächlich etwas regeln, wohingegen die Einfügung „nicht richtig“ in die Vorschrift des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG nach dem bereits dargestellten ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers an dem Regelungsgehalt der Vorschrift nichts ändern sollte und ausschließlich redaktionelle Gründe hatte („Die weiteren Änderungen in Absatz 1 sind rechtsförmlich veranlasst; materiell ändern sich die in Abs. 1 geregelten Vorlagepflichten ge-

<sup>22</sup> Rogall, in: KK-OWiG, Vorbem. Rn. 15.

<sup>23</sup> OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2020, 182.



genüber dem bisherigen Rechtszustand nicht.<sup>24</sup>) Vor diesem Hintergrund regelt diese Vorschrift auch weiterhin nur das „unrichtige Einreichen“, welches sich aus der Ausfüllungsnorm des § 26 Abs. 1 S. 3 KWG ergibt. Die Einfügung „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ innerhalb der Verweisungsnorm des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG diene ausschließlich der sprachlichen Vereinheitlichung innerhalb der Vorschrift des § 56 KWG, die weder über § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG noch über eine andere Variante die inhaltliche Richtigkeit von Prüfungsberichten erfasst.

§ 332 Abs. 1 HGB knüpft an die in § 321 Abs. 1 HGB normierte Pflicht des Abschlussprüfers an, über Art und Umfang sowie über das Ergebnis der Prüfung zu berichten. Der Wahrheitsgrundsatz erfordert, dass der Inhalt des Prüfungsberichts nach der Überzeugung des Abschlussprüfers den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.<sup>25</sup> Geschützt ist also nicht die objektive Wahrheit oder Richtigkeit des Inhalts. Vielmehr folgt der Straftatbestand des § 332 Abs. 1 HGB einem subjektiven Wahrheitsbegriff.<sup>26</sup> Der Abschlussbericht ist daher dann unrichtig im Sinne der Norm, wenn er von den Feststellungen der Abschlussprüfung abweicht, wobei auf die subjektive Kenntnis des Täters abzustellen ist. Auf dieser Ebene ist (mindestens) *dolus directus* zweiten Grades erforderlich. Wenn der Abschlussprüfer also beispielsweise seine tatsächlich getroffenen Feststellungen vorsätzlich bemäntelt oder eigentlich nachteilige Feststellungen bewusst nicht in den Bericht mit aufnimmt, berichtet er „unrichtig“. Andererseits erfüllt der Abschlussprüfer dann nicht den Straftatbestand, wenn er aus Nachlässigkeit Fehler bei der Abschlussprüfung macht und ein objektiv unrichtiges Ergebnis erstellt, über dieses hingegen aber aus seiner Sicht korrekt berichtet. Nur wenn der Inhalt des Prüfungsberichts und die getroffenen Feststellungen bewusst voneinander abweichen, ist eine Strafbarkeit nach § 332 Abs. 1 HGB zu bejahen.

Der Bußgeldtatbestand des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG unterscheidet sich von dem Straftatbestand des § 332 Abs. 1 HGB darüber hinaus auch hinsichtlich des geschützten Rechtsguts. So schützt § 332 Abs. 1 HGB das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prüfung von Abschlüssen, Lageberichten und Zwischenabschlüssen durch ein unabhängiges Kontrollorgan<sup>27</sup> und damit das Vertrauen in die Integrität der Prüfung selbst. Der Bußgeldtatbestand des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG schützt demgegenüber ausschließlich die Integrität des Prüfungsberichtes als fertiges Arbeitsprodukt. Das subjektiv geprägte Merkmal des „unrichtigen Berichtens“ kann auch vor diesem Hintergrund nicht mit dem technisch geprägten Merkmal des „unrichtigen Einreichens“ gleichgesetzt werden. Im ersteren Fall (strafbewehrt durch § 332 Abs. 1 HGB) soll die Finanzaufsicht darauf vertrauen können, dass Abschlussprüfer exakt das berichten, was sie im Rahmen ihrer Abschlussprüfung festgestellt haben. Hingegen betrifft der zweite Fall (bußgeldbewehrt durch § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG) ausschließlich das Vertrauen darauf, dass der Prüfungsbericht, der primär über das geprüfte Unternehmen bei der BaFin und Bundesbank einzureichen ist, nicht verfälscht wurde, nachdem er die Sphäre des bestellten Abschlussprüfers verlassen hat. Geschützt ist somit das Vertrauen in die Unverfälschtheit des Abschlussberichts. Weil es insoweit gerade nicht auf die im objektiven Tatbestand des § 332 Abs. 1 HGB geforderte Divergenz zwischen den (subjektiven) getroffenen Feststellungen und dem (ob-

jektiven) Inhalt des Abschlussberichts ankommt, reicht für den Bußgeldtatbestand des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG im Gegensatz zu dem Straftatbestand des § 332 Abs. 1 HGB bedingter Vorsatz für das nicht richtige Einreichens aus.

## V. Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Wortlaut, Gesetzgebungsgeschichte und Zwecksetzung dafürsprechen, dass mit der Formulierung „nicht richtig“ in der Verweisungsnorm des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG fehlerbehaftete Prüfungshandlungen nicht erfasst sind. Die Vorschrift des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 3 KWG ist immer nur dann anwendbar, wenn auch ein Verstoß gegen die in Bezug genommene Verhaltensnorm (§ 26 Abs. 1 S. 3 KWG) vorliegt, die den Prüfer nun einmal unmissverständlich nur dazu anweist, den Prüfungsbericht unverzüglich nach Beendigung der Prüfung bei der BaFin und der Deutschen Bundesbank einzureichen.

Erkennbar ist durch § 26 Abs. 1 S. 3 KWG also weder eine richtige noch eine vollständige Einreichung gefordert. Die Norm soll ausschließlich den direkten, abgekürzten Informationsweg an die BaFin und den Ausschluss von Fälschungsmöglichkeiten sicherstellen.<sup>28</sup> Der Formulierung „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ innerhalb der Sanktionsnorm des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG kommt für sich genommen und losgelöst von der Ausfüllungsnorm des § 26 Abs. 1 S. 3 KWG keine unrechtschreibende und damit keine sanktionsbegründende Wirkung zu.

Aber auch aus § 26 Abs. 1 S. 3 KWG ergeben sich keine inhaltlichen Anforderungen an den Prüfungsbericht. Die für etwaige inhaltliche Anforderungen maßgebliche Norm des § 29 KWG ist in den Tatbestand des § 56 Abs. 2 KWG nicht aufgenommen worden. Sie kann auch nicht mittelbar aus den Merkmalen „nicht richtig“ oder „nicht vollständig“ gem. § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG abgeleitet werden. Dass der aus § 26 Abs. 1 S. 3 KWG und § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG zusammengesetzte Bußgeldtatbestand insbesondere über die Formulierung „nicht richtig“ nicht sämtliche Verstöße gegen beliebige berufsrechtliche Gebote erfassen kann, ergibt sich bereits aus dem verfassungsrechtlich abgesicherten Bestimmtheitsgrundsatz des § 3 OWiG i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG. Denn insbesondere der Normadressat könnte nicht hinreichend vorhersehen, welches Verhalten verboten und mit Geldbuße bedroht ist.

Soweit es die Abschlussprüfer betrifft, lässt sich einzig die Vorschriften der § 1 Abs. 1 AnzV ggf. zum Ausfüllen des unbestimmten Rechtsbegriffs „nicht richtig“ heranziehen. Abgesehen von der fraglichen Bestimmtheit einer solchen Rege-

<sup>24</sup> BT-Drs. 13/7142, S. 88.

<sup>25</sup> Schmidt/Deicke, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Auflage 2020, § 321 HGB Rn. 22.

<sup>26</sup> OLG Dresden BKR 2019, 411, 412; Gercke/Stierner, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, § 332 HGB Rn. 24.

<sup>27</sup> Klinger, in: MüKo HGB, 4. Aufl. (2020), § 332 Rn. 1 mwN.

<sup>28</sup> vgl. BT-Drs. 10/1441, S. 48.

lung, ergibt sich dadurch keine praxisrelevante Ausweitung des Bußgeldtatbestands. Ferner spräche gerade diese Auffassung gegen eine noch weitergehende (stillschweigende) Ausweitung des § 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG.

§ 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG ist somit kein Einfallstor zur Prüfung des gesamten Berufsrecht der Abschlussprüfer. Durch den Verweis der Blankettvorschrift (§ 56 Abs. 2 Nr. 11 b) KWG) auf die Verhaltensnorm (§ 26 Abs. 1 S. 3 KWG) wird ausschließ-

lich zur Beurteilung der Frage berufen, ob der Abschlussprüfer den Prüfungsbericht unverzüglich nach Beendigung der Prüfung der BaFin und der Deutschen Bundesbank eingereicht hat. Die Formulierung „nicht richtig“ ist in der Weise zu verstehen, dass sie sich praktisch ausschließlich auf die Pflichten der Institute nach § 26 Abs. 1 S. 1 und 4 sowie Abs. 3 (mit Ausnahme von S. 3) KWG bezieht. Entsprechend eingeschränkt ist die Ahndbarkeit.

Rechtsanwältin Sarah Moritz,  
Wiesbaden

## „... das war doch klar ...“ Der Umgang mit dem Rückschau- fehler in der Praxis

### I. Einleitung

„... das war doch klar ...“ wird sich jeder schon einmal bei der Bewertung eines vorausgegangenen Verhaltens gedacht haben. Aber war das Ergebnis des Verhaltens im Zeitpunkt der Entscheidung wirklich so „klar“, wie man im Nachhinein meint?

Diese in vielerlei Hinsicht für uns Juristen interessante Frage wird unter dem Begriff „Rückschaufehler“ in der Psychologie untersucht. Der Rückschaufehler beschreibt die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses retrospektiv zu überschätzen.<sup>1</sup> Systematisch wurde er erstmals 1975 von Barusch Fischhoff untersucht. Dieser definierte den Rückschaufehler wie folgt:<sup>2</sup>

*„In der Rückschau überschätzen Menschen ständig, was vorhersehbar war. Nicht nur betrachten sie das, was geschehen ist, als unausweichlich sondern sie meinen auch, dass es, bevor es geschehen ist, als „einigermaßen unausweichlich“ erschien. Menschen meinen, dass andere den Ausgang eines Ereignisses viel besser hätten vorhersehen müssen, als dies tatsächlich der Fall war. Sie erinnern sich sogar falsch an ihre eigenen Vorhersagen, so dass sie im Nachhinein übertreiben, was sie vorher gewusst haben.“*

Der weit verbreitete und durch zahlreiche Studien erforschte Rückschaufehler hat sich als eines der robustesten Phänomene der Gedächtnisforschung erwiesen.<sup>3</sup> Wissenschaftlichen Studien zeigen, dass der Rückschaufehler in Fällen mit ambivalenten und unklaren Situationen dazu führt, dass die tatsächlichen Folgen der Entscheidung als wahrscheinlicher betrachtet werden, als sie es im Zeitpunkt der Entscheidung objektiv waren.<sup>4</sup> Ferner stellen die Forscher fest, dass je schlimmer die Folgen einer Entscheidung waren, desto negativer wurde das Verhalten bewertet, das zu den Folgen führte.<sup>5</sup>

### II. Auswirkungen des Rückschaufehlers auf das Strafrecht

Der Rückschaufehler ist nicht nur ein allgemeines menschliches Phänomen der Gedächtnisforschung, sondern weist auch eine erhebliche Relevanz in der juristischen Praxis auf. Dies vor allem deshalb, da die Protagonisten der Justiz auch „nur Menschen“ und daher weder Richter und Staatsanwälte noch Verteidiger immun gegen den Rückschaufehler sind.<sup>6</sup> So beurteilen und entscheiden diese Protagonisten Rechtsfälle aufgrund des Rückschaufehlers durchaus nicht so perfekt rechtskonform, wie es unter objektiven Gesichtspunkten erwartet wird.<sup>7</sup> Wesentliche Entscheidungsprozesse in der richterlichen Urteilsfindung können durch allgemeinemenschliche kognitive Prozesse beeinflusst sein.<sup>8</sup>

Zu tragen kommt der Rückschaufehler insbesondere bei der Beurteilung der angemessenen Sorgfalt.<sup>9</sup> In Ermittlungs- und Gerichtsverfahren ist häufig ein Sachverhalt ex post zu würdigen, dessen Folgen – in der Regel ein schädigendes Ereignis – allen Beteiligten bekannt sind. Bei Fahrlässigkeitsdelikten wird die Entscheidung mit vorhandenem ex post Wissen gefällt, obgleich sie auf der ex ante Perspektive basieren sollte.<sup>10</sup> Dieses Dilemma führt dazu, dass das Eintreten eines Ereignisses, nachdem es tatsächlich eingetreten ist, als wahrscheinlicher angesehen wird, als es aus ex ante Perspektive

<sup>1</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 619; Oswals, JuS 2021, 1116, 1118.

<sup>2</sup> Barusch Fischhoff, For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight, in: Kahneman/Slovic/Tversky (Hrsg.), 335-354, 341; Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 619; Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2089.

<sup>3</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 620.

<sup>4</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 625.

<sup>5</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 625.

<sup>6</sup> Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2090.

<sup>7</sup> Risse, NJW 2018, 2848, 2851.

<sup>8</sup> Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2088.

<sup>9</sup> Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

<sup>10</sup> Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

war und hat seinen Grund darin, dass der Mensch nicht mehr in der Lage ist, ein tatsächlich eingetretenes Ereignis so zu beurteilen, wie es vor dem Eintritt beurteilt werden musste. Die Möglichkeit des Eintretens wird in diesen Fällen überschätzt, denn das Wissen um das tatsächlich eingetretene Ereignis verschiebt die Deutung und Wertung aller Sachverhalte in Richtung des Eintretens.<sup>11</sup> Gerade in den Fällen, in denen es an einem ex ante Vergleichsstandard fehlt, besteht die Gefahr, dass im Nachhinein aufgrund des Rückschaufehlers fast alles als voraussehbar betrachtet wird.<sup>12</sup>

### III. Der Rückschaufehler in der strafrechtlichen Praxis - Praxisbeispiele

In der strafrechtlichen Praxis kann der Effekt des Rückschaufehlers in zahlreichen Situationen auftreten. Besonders prägnant wirkt sich dies in folgenden Konstellationen aus:

#### 1. Das Sachverständigengutachten

Von Bedeutung wird der Rückschaufehler auch in Fällen, in denen ein Szenario bewertet wird, über das die befragte Person sehr viel Wissen hat.<sup>13</sup> Zahlreiche Studien belegen, dass auch Sachverständige dem Rückschaufehler unterliegen, wenn sie die Arbeit von Kollegen retrospektiv zu bewerten haben. Es kann daher insbesondere im Medizinrecht nicht ausgeschlossen werden, dass die medizinischen Sachverständigen einen zu strengen Maßstab anlegen, wenn sie die Behandlung eines anderen Mediziners unter Sorgfaltsgesichtspunkten – insbesondere im Hinblick auf einen Behandlungsfehler – bewerten müssen.<sup>14</sup> In einer Studie von Harley/Carlsen/Loftus wird in diesem Kontext auf eine mögliche Fallgestaltung Bezug genommen, in welcher der Sachverständige beurteilen muss, ob ein Tumor auf einem Röntgenbild von dem behandelnden Arzt hätte erkannt werden können. Der Sachverständige weiß in einer solchen Situation in der Regel, dass ein Tumor vorhanden war und der behandelnde Arzt diese Diagnose nicht erkannt hat. Für den Sachverständigen ist es schwierig bis unmöglich, die ihm vorliegenden Informationen bei der Beurteilung des Röntgenbildes zu ignorieren. Dies kann dazu führen, dass er die Erkennbarkeit eines Tumors bejaht, obwohl er aus ex ante Perspektive ohne die Kenntnis um das Vorhandensein eines Tumors diesen selbst nicht erkannt hätte bzw. der Tumor nicht erkennbar gewesen wäre.<sup>15</sup>

#### 2. Unternehmerische Entscheidungen in Kapitalgesellschaften

Auch dem Gesetzgeber ist der Rückschaufehler nicht unbekannt. Deswegen hat er in Teilbereichen versucht, Handelnde von einem Prognoserisiko zu entlasten. Leitungsorgane von Unternehmen haben häufig Entscheidungen zu treffen, denen ein gewisses Risiko innewohnt. Verwirklicht sich in der Folge dieses Risiko, steht schnell der Vorwurf im Raum, das Risiko unterschätzt zu haben. Bei unternehmerischen Entscheidungen soll deshalb dieser Gefahr durch die sog. „Business Judgement Rule“, geregelt in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Rechnung getragen werden. Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fehlt es an einer organschaftlichen Pflichtverletzung, wenn das Organmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, dass es auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesell-

schaft handelt. Die Gefahr eines Rückschaufehlers zulasten des Organmitglieds kann hierdurch jedoch nicht vollständig ausgeschlossen werden. Denn auch hier ist eine ex ante zu treffende, aber ex post zu bewertende Risiko- und Chancenprognose bei der Beurteilung entscheidend, ob das Organmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.<sup>16</sup>

#### 3. Fahrlässigkeitsdelikte am Beispiel des Loveparade-Verfahrens

Gerade bei Fahrlässigkeitsdelikten kann es im Rahmen der Beurteilung der angemessenen Sorgfalt häufig zu Rückschaufehlern kommen, weshalb in jedem Verfahrensstadium eine hohe Sensibilität für dessen Effekt zu wahren ist.

Wie sich der Rückschaufehler auf ein Ermittlungs- und Gerichtsverfahren auswirken kann, hat sich eindrucksvoll im Rahmen des Loveparade-Verfahrens gezeigt:

Bei der Loveparade 2010 in Duisburg kam es auf dem Zugang über die Straßentunnel der Karl-Lehr-Straße und der daran anschließenden Hauptrampe, die als Ausgang und Eingang zugleich diente, zu einem massiven Rückstau der Besucher. Gedränge, Wellenbewegungen, Fluchtversuche über eine seitliche Treppe, Panik und massiver Druck führten sodann zu der Katastrophe, bei der 21 Menschen getötet und mindestens 652 Menschen verletzt wurden.

Die Staatsanwaltschaft hat in diesem Verfahren gegen Mitarbeiter des Amtes für Baurecht und Bauberatung sowie Mitarbeiter des Veranstalters Anklage erhoben. Den Mitarbeitern des Amtes für Baurecht und Bauberatung wurde im Wesentlichen vorgeworfen, durch ihr fehlerhaftes und pflichtwidriges Verhalten bei der Planung, Genehmigung, Umsetzung und Kontrolle der Loveparade am 24.07.2010 in Duisburg 21 Menschen getötet und mindestens 652 Menschen verletzt zu haben. Hintergrund dieses Vorwurfes war die Erteilung einer Baugenehmigung für die vorübergehende Nutzungsänderung des Güterbahnhofgeländes, auf dem die Loveparade stattgefunden hat. Die Genehmigung zur Errichtung und Nutzung von baulichen Anlagen zum Zwecke der Durchführung der Loveparade 2010 sei erlassen worden, obwohl die Genehmigung gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften – insbesondere gegen die bauordnungsrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 1 BauO NRW – verstoßen habe.

<sup>11</sup> David Zadick, Kognitive Ergonomie – eine Übersicht / 3.1.5 Rückschaufehler, Beitrag aus Arbeitsschutz Office Professional.

<sup>12</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 677.

<sup>13</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 635.

<sup>14</sup> Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, Fn. 53; vgl. Harley, Social Cognition 25 (2007), 48 (51 ff.).

<sup>15</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 631; ERIN M. HARLEY/KERI A. CARLSEN/GEOFFREY R. LOFTUS, The "Saw-It-All-Along" Effect: Demonstrations of Visual Hindsight Bias, Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition 2004, 966.

<sup>16</sup> Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.



In diesem Zusammenhang wurde auch das Unterlassen einer umfassenden inhaltlichen Prüfung des Sicherheitskonzeptes beanstandet. Zudem wurde der Vorwurf erhoben, die Mitarbeiter des Amtes für Baurecht und Bauberatung hätten ihre Bauüberwachungs- und Bauzustandsbesichtigungspflicht nicht ordnungsgemäß wahrgenommen, indem sie am Veranstaltungstag nicht anwesend gewesen seien.

Die Anklageerhebung erfolgte unter der Prämisse, dass die Gefährdung und die Gefahr für Leib und Leben der Besucher bereits in der Planungsphase zu erwarten oder zumindest nicht auszuschließen gewesen sei, was zu dem Rückschluss führte, dass die genehmigende Behörde auch die verantwortliche Behörde sein müsse. Es liegt jedoch nahe, dass aufgrund des tragischen Ereignisses wesentliche Faktoren von der Staatsanwaltschaft in der ex post Perspektive nicht hinreichend gewichtet wurden. So ließ die Staatsanwaltschaft beispielsweise außer Acht, dass es am Tag der Loveparade keine ausreichenden Kommunikationsmöglichkeiten während der Veranstaltung zwischen den Sicherheitsbehörden gab. Darüber hinaus blieben Entscheidungsfehler der Polizei (z.B. keine dauerhafte Schließung der Vereinzelungsanlagen, Einziehung von Polizeiketten) unberücksichtigt. Auch die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 3 BauO NRW war in Frage zu stellen. Zudem bestand keine Pflicht der Bauaufsicht zur inhaltlichen Prüfung der Vorlage des Sicherheitskonzeptes oder zur Überprüfung der Einhaltung der Genehmigung am Veranstaltungstag. Die Staatsanwaltschaft verkannte aufgrund eines Rückschaufehlers offensichtlich, dass das tragische Geschehen bei der Loveparade 2010 nicht auf die Baugenehmigung für die vorübergehende Nutzungsänderung des Güterbahnhofgeländes als einzige Ursache zurückzuführen war, sondern multikausale Ursachen zusammengetroffen sind. In diesem Sinne stellte auch das Landgericht Duisburg im Einstellungsbeschluss fest, dass die den Angeklagten zur Last gelegten Handlungen, unterstellt, selbige könnten nachgewiesen werden, jedenfalls nicht die alleinigen Ursachen des tragischen Geschehens bei der Loveparade 2010 in Duisburg gewesen waren. Vielmehr dürfte es sich um ein multikausales Geschehen gehandelt haben, welches am Veranstaltungstag noch zu verhindern gewesen wäre. Nach zutreffender Ansicht des Landgericht Duisburg waren die tragischen Ereignisse auf der Loveparade 2010 in Duisburg auf zahlreiche Ursachen zurückzuführen, die gemeinsam gewirkt und deren Ursachen und Wirkungen mehrfach miteinander korreliert haben.<sup>17</sup>

#### 4. Wirtschaftsdelikte am Beispiel Cum/Ex

Der BGH hat mit Urteil vom 28.07.2021<sup>18</sup> sog. Cum/Ex-Geschäfte als rechtswidrig eingestuft und die Verurteilung zweier Angeklagter wegen Steuerhinterziehung durch die 12. Strafkammer des LG Bonn nicht beanstandet. Mit der Grundsatzzurteilung des BGH war die zuvor bestehende Unsicherheit beendet worden, indem der BGH die frühere These, Cum/Ex-Geschäfte seien legal gewesen, schlussendlich zurückgewiesen hat.<sup>19</sup> Der 1. Strafrechtssenat stellte fest, dass die vorherige Entrichtung von Kapitalertragssteuer „evident“ notwendig und „Grundvoraussetzung“ für deren Anrechnung sei. Es sei jedoch „abwegig“, eine Anrechnung schon allein aufgrund der Steuerbescheide für rechtmäßig zu halten. Unter Berücksichtigung insbesondere der durch das JStG 2007 damals geltenden Gesetzeslage stellt sich die Frage, ob der BGH hier einem Rückschaufehler unterliegt? Und weiter:<sup>20</sup>

- Kann aus ex ante Sicht davon ausgegangen werden, dass die Rechtswidrigkeit stets geahnt oder gewusst wurde?
- War die Legalitätsthese von Anfang an tatsächlich „unlogisch“ und „abwegig“?
- Durfte nicht von einer Möglichkeit der Doppelzuweisung wie im Sachenrecht (mehrstufiger Besitz), im Bilanzrecht (Pensionsgeschäfte gem. § 340b Abs. 4 HGB) oder im Kapitalmarktrecht (als unreflektierte Folge eines schuldrechtlichen Anteilbegriffs) ausgegangen werden?
- War es nicht möglich, dass der Gesetzgeber Cum/Ex-Geschäfte wie andere analoge Phänomene zwar völlig unterschätzt, letztlich aber in Kauf genommen hat?

Gegen einen Rückschaufehler spricht, dass es im Steuerrecht keine überzeugenden oder plausiblen Gründe für eine Doppelzuweisung gibt.<sup>21</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer Erstattung um den Rückfluss einer zuvor hingeflossenen Leistung handelt. Wird eine Geldsumme nur einmal ausbezahlt, kann diese denklogisch nicht zweimal erstattet werden.<sup>22</sup>

Dennoch sind auf individueller Ebene aus ex ante Perspektive die Kenntnis und das subjektive Vorstellungsbild eines jeden einzelnen Handelnden zu beurteilen. Allerdings ist gerade in den Cum/Ex-Fällen zu beobachten, dass dort nicht Individuen, sondern das Modell „Cum/Ex“ oder die „organisierte Kriminalität“ verfolgt werden. Der persönliche Tatvorsatz findet mithin kaum Berücksichtigung findet, sodass im Rahmen der strategischen Ausrichtung der Strafverteidigung abzuwägen ist, ob eine kooperative Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden für den Mandanten – ggf. als Kronzeuge – einer Stellung als „Verbrecher“ vorzuziehen ist. Unschuldig wird es in diesem Konstrukt kaum geben.<sup>23</sup>

#### IV. Der Verteidiger im Umgang mit dem Rückschaufehler

Die Kenntnis und die Sensibilisierung für diese psychologischen Vorgänge können dem Verteidiger helfen, Unsicherheiten im Prozess wahrzunehmen. Die Verfahrensbeteiligten sind angehalten, aufmerksam auf verzerrte bzw. manipulierte Informationen zu achten.<sup>24</sup> Es ist eine „hohe Kunst, zu erspüren, welche Knöpfe beim Richter gedrückt werden müssen“.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> Presseinformation, Loveparade-Strafverfahren: Beschluss des Gerichts vom 04.05.2020

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 27.07.2021 – 1 StR 519/20.

<sup>19</sup> Vgl. Florstedt, NStZ 2022, 129.

<sup>20</sup> Vgl. Florstedt, NStZ 2022, 129.

<sup>21</sup> Florstedt, NStZ 2022, 129, 132.

<sup>22</sup> So auch Fischer in: Börsen Zeitung, Cum-ex: Wo ist das Problem, 11.06.2021.

<sup>23</sup> Vgl. Fischer in: Börsen Zeitung, Cum-ex: Wo ist das Problem, 11.06.2021.

<sup>24</sup> Oswald, JuS 2021, 1116, 1119.

<sup>25</sup> Oswald, JuS 2021, 1116, 1120; Häcker in Bender/Häcker/Schwarz Analysen iRv Zeugenvernehmungen in Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 5. Aufl. 2021, 190, 193.

Denn durch die anwaltliche Rhetorik – in Form von Schriftsätzen und Plädoyers – können die Entscheidungsprozesse der Richter beeinflusst werden.<sup>26</sup>

Jedoch ist ernüchternd festzuhalten, dass positives Wissen über den Rückschaufehler keineswegs dazu führt, dass man ihn sicher vermeiden kann. Selbst der Richter, der vom Rückschaufehler weiß und sich daher bemüht diesen zu vermeiden, läuft Gefahr, aufgrund der Kenntnis vom Ausgang des Ereignisses sein Urteil anders zu fällen, als wenn er keine Kenntnis des Ausgangs gehabt hätte; denn tatsächlich ex post erworbene Kenntnisse lassen sich selbst bei positivem Wissen über den Rückschaufehler nicht ausmerzen.<sup>27</sup> Dies bestätigt sich auch in wissenschaftlichen Studien, in welchen Probanden explizit vor dem Rückschaufehler gewarnt wurden.<sup>28</sup>

Verschiedene Studien zeigen ferner, dass sich der Einfluss des Rückschaufehlers signifikant reduziert, wenn die Versuchsteilnehmer aufgefordert werden, sich aktiv Gründe vorzustellen, die für einen alternativen Ausgang des geschilderten Sachverhalts sprechen.<sup>29</sup> Dies mag zwar bei Studienteilnehmern so funktionieren. Im Gerichtssaal wird jedoch kaum ein Richter positiv darauf reagieren, wenn ein Verteidiger ihn dazu auffordert, sich aktiv Gründe vorzustellen, die für einen Alternativausgang sprechen. Zudem zeigen Studien, dass Versuchspersonen vermehrt annehmen, das „tatsächliche“ Ereignis sei das einzig plausible gewesen, wenn sie gezwungen werden, sehr viele Gründe aufzuführen, warum es zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können.<sup>30</sup>

Es verbleibt die Möglichkeit, auf die Einhaltung von Regeln, soweit vorhanden, abzustellen, die zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses in Kraft waren und einen objektiven ex ante-Maßstab für die Beurteilung des Verhaltens des Schädigers darstellen.<sup>31</sup> Dabei besteht jedoch das Problem, dass staatliche Vorschriften oft hinter dem Stand der Technik

zurückbleiben.<sup>32</sup> Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Anpassung der Normen für die Zukunft, genauso wenig wie das Treffen zusätzlicher Sicherheitsmaßnahmen durch den Schädiger nach einem Unfall, nicht als Eingeständnis der Vorhersehbarkeit des Schadens gesehen werden darf.<sup>33</sup>

## V. Fazit

Der Rückschaufehler lässt sich in der Praxis kaum verhindern. Effektiv verhindern ließe er sich nur dadurch, indem man dem Entscheidenden die Informationen zum Geschehensausgang vorenthalten würde. Nach geltendem Recht ist dies in Gerichts- und insbesondere Strafgerichtsverfahren nicht möglich. De lege ferenda ist dies kaum vorstellbar. Damit verbleibt es dabei, in der Juristenausbildung auf Rückschaufehler aufmerksam zu machen und die Studierenden hierfür zu sensibilisieren.

<sup>26</sup> Risse, NJW 2018, 2848, 2852.

<sup>27</sup> Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

<sup>28</sup> Mohnert und Effer-Uhe, Der Rückschaufehler, RECHTS|EMPIRIE, 28.06.2019, DOI: 10.25527/re.2019.08.

<sup>29</sup> Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2090.

<sup>30</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 629.

<sup>31</sup> Steinbeck/Lachenmaier, NJW 2014, 2086, 2091.

<sup>32</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 682.

<sup>33</sup> Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005, Rn. 683.

## EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

RiLG Dr. Sebastian Eberz, Lübeck

### Die Einziehung von Taterträgen gemäß §§ 73 ff. StPO in Weiterleitungsfällen

#### A. Ziel des Beitrags

Der Einziehung von Taterträgen gemäß der §§ 73 – 73e StGB (nachstehend: Einziehung)<sup>1</sup> kommt insbesondere in der auf Vermögensdelikte ausgerichteten wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis eine besondere Bedeutung zu – sei es bereits im Ermittlungsverfahren im Rahmen der Anordnung eines Vermögensarrestes gemäß § 111e Abs. 1 StPO oder im Hauptverfahren im Rahmen der materiell-rechtlichen Anordnung der

Einziehung im Urteil. Die Einziehung ist – im Gegensatz zur fakultativen Einziehung gemäß § 74 ff. StGB – zwingend anzuordnen. Möglich ist jedoch das Absehen der Anordnung gemäß § 421 StPO. Trotz der – scheinbar – übersichtlichen Gesetzessystematik der die Einziehung regelnden §§ 73 ff. StGB ist die Identifizierung der im konkreten Fall für die Einziehung einschlägigen Einziehungsvorschriften nicht immer einfach. Dies gilt insbesondere dann, wenn das gemäß § 73 StGB „Erlangte“ (beweglichen Sachen, Grundstücke, dingliche und obligatorische Rechte, Nutzungen und Surrogate sowie ersparte Aufwendungen<sup>2</sup>) nach Begehung der Straftat transferiert wurde und nun beim Empfänger eingezogen werden soll („Weiterleitungsfälle“).

Der Beitrag richtet sich insbesondere an Rechtsanwender, die sich erst seit kurzem mit dem (im Jahr 2017 reformierten)

<sup>1</sup> Die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten gemäß § 74 ff. StGB sowie die selbständige Einziehung gemäß § 76a StGB sollen hier nicht behandelt werden.

<sup>2</sup> Fischer, 69. Aufl. 2022, § 73 StGB Rn. 17.

Einziehungsrecht beschäftigen. Er soll unter Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung einen praxisgerechten Umgang mit den Einziehungsvorschriften ermöglichen und bei der Identifizierung der im konkreten Fall einschlägigen Einziehungsvorschriften, insbesondere der einschlägigen Rechtsgrundlage, helfen.

Die Vielzahl der sich im Rahmen der §§ 73 ff. StGB – insbesondere bei der Einziehung in Mehrpersonenverhältnissen – stellenden Detailprobleme sollen daher hier nicht beleuchtet werden. Weiterhin soll auf kommentarmäßige, einzelne Tatbestandsvoraussetzungen erläuternde Ausführungen verzichtet werden.

## B. Aufbau der Einziehungsvorschriften

Für den sicheren Umgang mit den Einziehungsvorschriften ist ein (Grund-) Verständnis des Aufbaus der §§ 73 ff. StGB notwendig. Hierzu ist es sinnvoll, zunächst die §§ 73 ff. StGB nach den in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen zu ordnen. Diese differenzieren nach dem jeweiligen von der Einziehung Betroffenen – dem Tatbeteiligten (§ 73 StGB bzw. § 73c StGB) und einem tatunbeteiligten Dritten (§ 73b Abs. 1 StGB bzw. § 73c StGB).

### I. Einziehung beim Tatbeteiligten

Soll das Erlangte bei einem (mutmaßlichen)<sup>3</sup> Täter oder Teilnehmer einer Straftat, durch (Alt. 1) oder für (Alt. 2) die dieser den einzuziehenden Vermögensgegenstand erlangt<sup>4</sup>

hat, (nachstehend: Tatbeteiligter) eingezogen werden, richtet sich die Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB. Die körperliche Einziehung des Erlangten ist vorrangig. Für den Fall jedoch, dass der (körperliche) Vermögensgegenstand nicht eingezogen werden kann, wird gemäß § 73c S. 1 StGB der Wert des Erlangten eingezogen. Die Ermittlung des Umfangs bzw. des Wertes des Erlangten folgt aus § 73d StGB. Gemäß § 73e Abs. 1 StGB ist die Einziehung ausgeschlossen, soweit der aus der das Erlangte hervorbringenden Straftat folgende Rückgewährungs- und/oder Ersatzanspruch des Verletzten, insbesondere durch Erfüllung, erloschen ist.

### II. Einziehung beim Dritten

Soll das Erlangte dagegen bei einem anderen, der (mutmaßlich) nicht Täter oder Teilnehmer derjenigen Straftat ist, die den einzuziehenden Vermögensgegenstand gemäß § 73 Abs. 1 StGB hervorgebracht hat, (nachstehend: Dritter) eingezogen werden, richtet sich die Einziehung nach §§ 73b, 73 Abs. 1 StGB. Die Ermittlung des Umfangs bzw. des Wertes des Erlangten folgt aus § 73d StGB. Wie bei der Einziehung beim Tatbeteiligten kann diese beim Dritten gemäß § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen sein. Zudem ist die Einziehung gemäß § 73e Abs. 2 StGB beim entreicherten, gutgläubigen Dritten ausgeschlossen.

### III. Überblick

Die folgende Tabelle soll einen Überblick über die nach den in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen geordneten Einziehungsvorschriften geben:

	Tatbeteiligter	Dritter
<b>Rechtsgrundlage</b>	§ 73 Abs. 1 StGB / § 73a StGB <sup>5</sup>	§§ 73b, 73 Abs. 1 StGB
<b>Unmöglichkeit der Einziehung des Erlangten</b>	§ 73c StGB	§§ 73b Abs. 2, 73c StGB
<b>Umfang-/Wertbestimmung des Erlangten</b>	§ 73d StGB	§ 73d StGB
<b>Ausschluss der Einziehung</b>	§ 73e Abs. 1 StGB („erloschen“)	§ 73e Abs. 1 StGB („erloschen“) § 73e Abs. 2 StGB („entreichert“)

<sup>3</sup> Soll zur Sicherung der späteren Einziehung im Ermittlungsverfahren ein Vermögensarrest gemäß § 111e StPO angeordnet werden, muss ein auf Tatsachen begründeter Verdacht der Tatbeteiligung des vom Vermögensarrest Betroffenen vorliegen.

<sup>4</sup> Vgl. zum Begriff des „Erlangens“ MüKo/Joecks/Meißner, 4. Aufl. 2020, § 73 StGB Rn. 24 ff.

<sup>5</sup> Für den Fall, dass der Tatbeteiligte eine rechtswidrige Tat begangen hat und ein Vermögensgegenstand eingezogen werden soll, für den nicht festgestellt werden kann, ob dieser rechtmäßig erworben wurde, bietet § 73a StGB eine – im Verhältnis zu § 73 StGB subsidiäre – selbständige Rechtsgrundlage. Auf detaillierte Ausführungen soll in diesem Beitrag verzichtet werden.

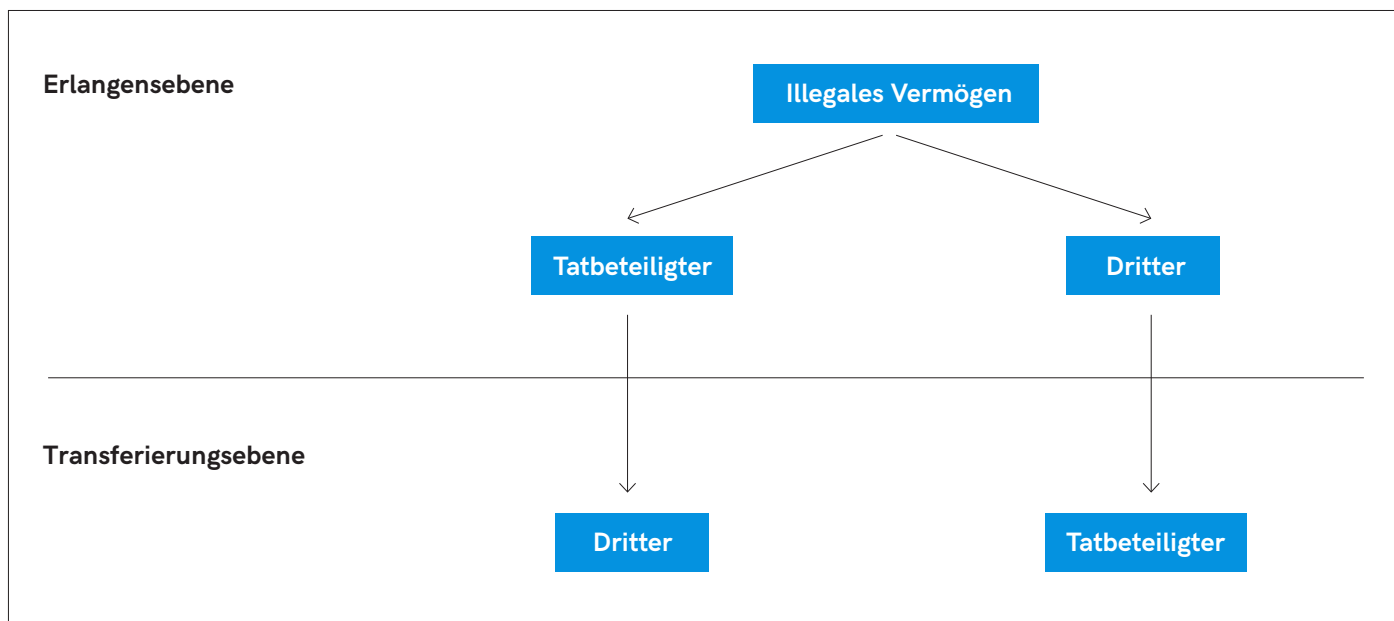


## C. Identifizierung der einschlägigen Einziehungsvorschriften

In der Praxis bestehen oft Unsicherheiten über die im konkreten Fall einschlägigen Einziehungsvorschriften, insbesondere über die konkret einschlägige Rechtsgrundlage. Dies hat vielfach zur Folge, dass für den Einzelfall wichtige Probleme

nicht erkannt oder in falschen Zusammenhängen aufgeworfen werden. Die Unsicherheiten bestehen insbesondere dann, wenn das Erlangte nach Begehung der Straftat transferiert wurde und nun beim Empfänger eingezogen werden soll.

Folgende Übersicht soll den „Lauf illegalen Vermögens“ veranschaulichen:<sup>6</sup>



Zur korrekten Einordnung der anwendbaren Einziehungsvorschriften ist es hilfreich, die konkreten Einziehungsfälle der „Erlangensebene“ oder der „Transferierungsebene“ zuzuordnen.

Auf der „Erlangensebene“ erlangt der Tatbeteiligte unmittelbar durch oder für eine Straftat gemäß § 73 Abs. 1 StGB oder ein Dritter unmittelbar durch eine Straftat gemäß §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB (nachstehend jeweils: aufgrund einer Straftat) einen Vermögensgegenstand. Auf der „Transferierungsebene“ wurde der auf der „Erlangensebene“ entstandene illegale Vermögensgegenstand auf einen Dritten oder den Tatbeteiligten transferiert.

### I. „Erlangensebene“

Auf der „Erlangensebene“ soll das Erlangte bei demjenigen eingezogen werden, der diesen Vermögensgegenstand aufgrund einer Straftat erlangt hat. In solchen Fällen richten sich die einschlägigen Einziehungsvorschriften danach, ob der Tatbeteiligte oder ein Dritter das Erlangte aufgrund der Straftat erlangt hat.

Hat der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand aufgrund einer Straftat erlangt, ist § 73 Abs. 1 StGB anwendbar. Dies ist auch in sog. Vermögensverschmelzungsfällen der Fall, bei denen die Vermögen des Tatbeteiligten (z.B. eines [faktischen] Geschäftsführers) und eines den Vermögensgegen-

stand erlangenden Vordermanns als Dritten (z.B. einer GmbH) nur formal, tatsächlich jedoch nicht getrennt, sondern vielmehr verschmolzen sind („Vermögensverschmelzung“).<sup>7</sup> Von einer solchen Vermögensverschmelzung ist dann auszugehen, wenn die Gesellschaft nur als formaler Mantel besteht oder die Gesellschaft die Erträge aus den Taten – auf Veranlassung des Tatbeteiligten – stets zeitnah an diesen weiterleitet. Da in diesen Fällen nur eine einzige Vermögensmasse besteht, liegt in Wahrheit keine Weiterleitung des Vermögensgegenstands auf die Transferierungsebene vor. Vielmehr handelt es sich um eine Einziehung gegen den Tatbeteiligten auf der Erlangensebene.

Hat dagegen ein Dritter, mit eigenem, vom Tatbeteiligten getrennten Vermögen, den Vermögensgegenstand aufgrund einer Straftat erlangt, ist §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB anwendbar.

<sup>6</sup> Die folgende Übersicht ist vereinfacht dargestellt, um das Prinzip zu veranschaulichen. Selbstverständlich sind auch weitere Konstellationen denkbar – etwa, dass der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand an einen anderen Tatbeteiligten bzw. der Dritte den Vermögensgegenstand an einen anderen Dritten transferiert.

<sup>7</sup> Hierzu etwa BGH vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19, der von einer „faktischen Verschmelzung der Vermögensmassen“ spricht.

## II. „Transferierungsebene“

Auf der „Transferierungsebene“ soll das Erlangte bei demjenigen eingezogen werden, auf den der aufgrund einer Straftat von einem anderen auf der „Erlangensebene“ erlangte Vermögensgegenstand transferiert wurde.

In diesen Fällen kommt es für die Identifizierung der einschlägigen Einziehungsvorschriften darauf an, ob das Erlangte auf einen Dritten oder den Tatbeteiligten transferiert wurde.

### 1. Dritter als Empfänger

Hat ein Dritter den Vermögensgegenstand erhalten, kommt sowohl eine Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 StGB als auch der §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2, 73 Abs. 1 StGB in Betracht. Welche dieser Rechtsgrundlagen im konkreten Fall anwendbar ist, richtet sich danach, ob der Dritte mit dem Erhalt des Vermögensgegenstands eine rechtswidrige Tat, etwa ein (Anschluss-) Delikt, verwirklicht und den Vermögensgegenstand aufgrund dieser Straftat erhalten hat.<sup>8</sup> In Betracht kommen etwa Untreue, Begünstigung und Geldwäsche.

Ist dies der Fall, handelt es sich in Wahrheit um einen Fall der „Erlangensebene“. Denn zwar wurde der Vermögensgegenstand transferiert. Jedoch hat ihn der empfangende Dritte unmittelbar aufgrund des mit der Transferierung verwirklichten (Anschluss-) Delikts erlangt. Mithin ist gewissermaßen eine neue „Erlangensebene“ entstanden, auf der der Empfänger nun Tatbeteiligter des (Anschluss-) Delikts ist. Daher ist in diesen Fällen § 73 Abs. 1 StGB anwendbar.<sup>9</sup> Daneben kommt jedoch auch eine Anwendung der §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2b, Abs. 2, 73 Abs. 1 StGB in Betracht, da sich die Anwendungsbereiche des § 73 Abs. 1 StGB und des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2b, Abs. 2 StGB überschneiden können.<sup>10</sup> Auf das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Vorschriften soll in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen werden.<sup>11</sup>

Hat der Dritte mit der Transferierung des Vermögensgegenstands auf ihn kein (Anschluss-) Delikt verwirklicht, richtet sich die Einziehung ausschließlich nach §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3, Abs. 2<sup>12</sup>, 73 Abs. 1 StGB.

### 2. Tatbeteiligter als Empfänger

Hat der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand erhalten, ist ebenfalls möglich, dass in Wahrheit ein Fall der „Erlangensebene“ vorliegt. Dies ist der Fall, wenn er mit Erhalt des Vermögensgegenstands ein (Anschluss-) Delikt verwirklicht und den Vermögensgegenstand aufgrund dieser Straftat erhalten hat. In diesem Fall wäre auch hier § 73 Abs. 1 StGB einschlägig.

Daneben bliebe die Einziehung aufgrund anderer Einziehungsgründe möglich. Problematisch ist jedoch, wenn der Tatbeteiligte den an ihn transferierten Vermögensgegenstand nicht aufgrund eines (Anschluss-) Delikts erhalten hat. Denn legte man § 73 Abs. 1 StGB eng aus, wäre dieser in diesem Fall nicht einschlägig, da der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand aufgrund des der Transferierung zugrundeliegenden Rechtsgrunds und nicht aufgrund der Straftat erlangt hat. Zudem sind auch die §§ 73b, 73 Abs. 1 StGB nicht

einschlägig, da der Tatbeteiligte und gerade nicht ein Dritter den Vermögensgegenstand erhalten hat. Da keine der in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen einschlägig ist, könnte der Vermögensgegenstand auf der „Transferierungsebene“ zwar bei einem Dritten,<sup>13</sup> jedoch nicht beim Tatbeteiligten eingezogen werden.

Dieses Ergebnis erscheint ungerecht. Warum soll der Tatbeteiligte das Erlangte behalten dürfen, der tatunbeteiligte Dritte jedoch nicht? Zudem wäre dieses Ergebnis kriminalpolitisch nicht gewollt. Denn Tatbeteiligte könnten eine Einziehung des Erlangten dadurch verhindern, indem sie bei der Generierung von illegalen Vermögensgegenständen auf der „Erlangensebene“ einen Dritten (z.B. eine Gesellschaft) zur Erlangung der Vermögensgegenstände dazwischenschalten und anschließend für eine Transferierung dieser Vermögensgegenstände an sich selbst sorgen.

Freilich käme in solchen Fällen gemäß § 73 Abs. 1 StGB eine Einziehung der Vermögensgegenstände beim auf der „Erlangensebene“ erlangenden Vordermann (also z.B. der Gesellschaft) in Betracht.<sup>14</sup> Indes ginge die Einziehung in vielen Fällen ins Leere, da der Vordermann regelmäßig nicht mehr auffindbar oder vermögenslos ist.

Vor diesem Hintergrund sind sich die Rechtsprechung<sup>15</sup> und Literatur<sup>16</sup> – mittlerweile<sup>17</sup> – überwiegend einig, dass auf der „Transferierungsebene“ eine Einziehung des Erlangten grundsätzlich auch gegen den Tatbeteiligten möglich sein muss. Voraussetzung ist lediglich eine „weit zu fassende Kausalität“.<sup>18</sup> Die Einziehung muss sich in diesen Fällen nach § 73 Abs. 1 StGB richten, da der Tatbeteiligte und nicht ein Dritter den Vermögensgegenstand erhalten hat.

Zunächst kommt nach Auffassung der Rechtsprechung auf der „Transferierungsebene“ gegen den Tatbeteiligten vorrangig eine Einziehung gemäß § 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB („durch die Tat“) in Betracht.<sup>19</sup> Danach soll der Tatbeteiligte den illegalen Vermögensgegenstand auf der „Transferierungsebene“

<sup>8</sup> So auch BGH vom 15.1.2020 – 1 StR 529/19 Rn. 18.

<sup>9</sup> So auch BT-Drs. 18/9525, S. 66.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 66; MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl. 2020, § 73b StGB Rn. 17.

<sup>11</sup> Hierzu etwa Dölling/Duttge/Rössner/Arthur Hartmann, 5. Aufl. 2022, § 261 StGB Rn. 53.

<sup>12</sup> Das viel diskutierte Problem des „Bereicherungszusammenhangs“ betrifft Fälle des § 73b Abs. 2 StGB; vgl. hierzu BGH vom 1.7.2021 – 3 StR 518/19 Rn. 140.

<sup>13</sup> S.o. unter C.II.1.

<sup>14</sup> BGH vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19 Rn. 21.

<sup>15</sup> BGH vom 25.1.2022 – 6 StR 426/21; BGH vom 29.10.2021 – 5 StR 443/19; BGH vom 28.7.2021 – 1 StR 506/20 und 1 StR 519/20; BGH vom 20.5.2020 – 2 StR 472/19; BGH vom 28.11.2019 – 3 StR 294/19.

<sup>16</sup> Vgl. etwa Bittmann/Tschakert wistra 2020, 217, 219; Rettke wistra 2020, 433, 440.

<sup>17</sup> Der 1. Senat des BGH hatte dies zeitweilig anders entschieden; vgl. hierzu BGH vom 15.1.2020 – 1 StR 529/19.

<sup>18</sup> So BGH vom 28.7.2021 – 1 StR 506/20 Rn. 26.

<sup>19</sup> Vgl. BGH vom 29.10.2021 – 5 StR 443/19 Rn. 85.

unmittelbar aufgrund einer – und damit „durch“ eine – Straftat erlangt haben, wenn der illegale Vermögensgegenstand nach Erlangung durch einen Dritten (z.B. eine Gesellschaft) auf der „Erlangensebene“ rechtsgrundlos auf den Tatbeteiligten weitergeleitet wurde („nachträgliche rechtsgrundlose Vermögensverschiebung“).

Darüber hinaus kommt nachrangig eine Einziehung in Betracht, wenn der Tatbeteiligte den Vermögensgegenstand als Gegenleistung „für“ die Begehung der diesen Vermögensgegenstand auf der „Erlangensebene“ generierenden Straftat erlangt hat (§ 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Dies dürfte jedoch selten der Fall sein. Denn regelmäßig wird der Vermögensgegen-

stand nicht als Gegenleistung für die begangene Straftat an den Tatbeteiligten transferiert bzw. wird mit der Transferierung der – in der Regel schwer zu widerlegende – Anschein erweckt, die Transferierung beruhe auf einem anderen Rechtsgrund (etwa als Lohnzahlung aufgrund eines Geschäftsführerdienstvertrags).

### III. Übersicht

Die folgende Übersicht zeigt, dass die für eine Einziehung in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen (§ 73 Abs. 1 StGB und §§ 73b, 73 Abs. 1 StGB)<sup>20</sup> sowohl auf der „Erlangens-“ als auch auf der „Transferierungsebene“ anwendbar sind<sup>21</sup>:

	Tatbeteiligter	Dritter
<b>Erlangensebene</b>	§ 73 Abs. 1 StGB (auch bei „Vermögensverschmelzung“)	§§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB
<b>Transferierungsebene</b>	§ 73 Abs. 1 StGB (bei [Anschluss-] Delikt)  § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB („für die ursprüngliche Tat“)  § 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB, wenn „nachträgliche rechtsgrundlose Vermögensverschiebung“	§§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3, S. 2, Abs. 2, 73 Abs. 1 StGB

### D. Beispielsfall

Anhand des folgenden, in der Praxis häufig vorkommenden einfachen Beispielsfalls soll die vorstehende Vorgehensweise verdeutlicht werden:

*T ist (eingetragener oder faktischer) Geschäftsführer und Alleingesellschafter der T-GmbH. Neben regulär zur Sozialversicherung angemeldeter Arbeitnehmer beschäftigt die T-GmbH auf Veranlassung des T auch nicht zur Sozialversicherung angemeldete Arbeitnehmer (sog. Schwarzarbeiter), um insoweit die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zu ersparen (strafbar gemäß § 266a StGB). T veranlasst nach Ablauf der Zeiträume, für die die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen erspart wurde, die Überweisung ungewöhnlich hoher Bonuszahlungen vom Geschäftskonto der T-GmbH auf sein Privatkonto.*

Durch die von T begangene Straftat gemäß § 266a StGB hat die T-GmbH die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen erspart. Diese illegal ersparten Aufwendungen sind ein illegaler Vermögensgegenstand, der grundsätzlich der Einziehung unterliegt. Da die körperliche Einziehung ersparter Aufwendungen nicht möglich ist, ist gemäß § 73c StGB der Wert der illegal ersparten Aufwendungen einzuziehen.

Auf der „Erlangensebene“ hat die T-GmbH diesen Vermögensgegenstand erlangt, da sie als Arbeitgeber zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet gewesen wäre. Die T-GmbH ist als juristische Person unbeteiligte Dritte der Straftat gemäß § 266a StGB.

Der Nachweis einer Verschmelzung der Vermögen der T-GmbH und des T mit der Folge, dass der T den Vermögensgegenstand erlangt hätte, („Vermögensverschmelzung“) dürfte im Beispielsfall nicht gelingen. Denn die T-GmbH beschäftigt sowohl Schwarzarbeiter als auch regulär zur Sozialversicherung gemeldete Arbeitnehmer. Dies spricht gegen den Umstand, dass es sich bei der T-GmbH lediglich um einen formalen Mantel ohne eigene Vermögenssphäre handelt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die T-GmbH aufgrund ihres teilweise rechtmäßigen Geschäftsbetriebs eine eigene,

<sup>20</sup> Wie oben bereits angemerkt, sollen die Sonder-Rechtsgrundlagen in den §§ 73a, 76a StGB zugunsten der Übersichtlichkeit außer Betracht bleiben.

<sup>21</sup> Auf der „Transferierungsebene“ spielen mithin nicht nur die in § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StGB ausdrücklich geregelten Weiterleitungsfälle eine Rolle.



von der Vermögenssphäre des T zu unterscheidende Vermögensmasse besitzt. Auf die Frage, ob die Bonuszahlungen jeweils sogleich nach der Ersparung der für den jeweiligen Zeitraum abzugebenden Sozialversicherungsbeiträgen an den T erfolgt sind, kommt es dann regelmäßig nicht mehr an. Der Täter T hat als Geschäftsführer der T-GmbH für diese gehandelt. Eine Einziehung auf der „Erlangensebene“ richtete sich daher nach §§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 73 Abs. 1 Alt. 1, 73c StGB gegen die T-GmbH. Indes ginge die Einziehung gegen die T-GmbH – nach kriminalistischer Erfahrung – voraussichtlich ins Leere, da im Zeitpunkt der Einziehungsentscheidung die Einziehung gegen die T-GmbH – gemäß des von T gefassten Plans – regelmäßig nicht mehr realisierbar wäre.

Daher sollen nun – auf der „Transferierungsebene“ – die auf das Privatkonto des T geleisteten Zahlungen der T-GmbH bei T eingezogen werden. Der T könnte sich mit dem Erhalt dieser Zahlungen strafbar gemacht haben und die Zahlungen durch oder für diese Straftat erhalten haben. In diesem Fall könnten die Zahlungen gemäß § 73 Abs. 1 StGB eingezogen werden.

In Betracht kommen etwa Untreue, Begünstigung oder Geldwäsche. Indes ist unklar, unter welchen Umständen in diesen Fällen solche Strafbarkeiten bestehen.<sup>22</sup> Daher soll im Folgenden davon ausgegangen werden, dass solche Strafbarkeiten im Beispielsfall nicht bestehen.

Weiterhin könnten die Zahlungen an T gemäß § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB eingezogen werden, wenn T diese Zahlungen als Gegenleistung für die Begehung von Straftaten gemäß § 266a StGB erhalten hätte. Hierfür spricht im Beispielsfall der Umstand, dass es sich um ungewöhnlich hohe, erheblich über die bisher regelmäßig geleisteten Vergütungszahlungen hinausgehende Zahlungen an T handelt. Dies ist eine Frage der Beweisaufnahme bzw. des Tatverdachts. Maßgeblich sind alle Umstände des Einzelfalls.

Für den Fall, dass die T-GmbH diese Zahlungen nicht als Gegenleistung für die Begehung von Taten nach § 266a StGB

geleistet hat, käme nach der Rechtsprechung des BGH eine Einziehung gemäß § 73 Abs. 1 Alt. 1 StGB in Betracht. Hierzu müssten nachträglich rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen auf den T vorliegen.

Die Zahlungen an den T waren nachträglich, da die T-GmbH diese nach der Ersparung der für den jeweiligen Zeitraum abzugebenden Sozialversicherungsbeiträge geleistet hat. Entscheidend ist daher, ob die T-GmbH die Zahlungen rechtsgrundlos an den T geleistet hat. Wie bei der Prüfung, ob die T-GmbH diese Zahlungen als Gegenleistung im Sinne des § 73 Abs. 1 Alt. 2 StGB an den T geleistet hat, handelt es sich um eine Frage der Beweisaufnahme bzw. des Tatverdachts. Maßgeblich sind auch hier alle Umstände des Einzelfalls.

## E. Leitfaden

Für einen sicheren Umgang mit den Einziehungsvorschriften, insbesondere die Anwendung der korrekten Rechtsgrundlage im Einzelfall, müssen die tatsächlichen Feststellungen umfassend ermittelt werden. Zudem sollte sich der Rechtsanwender die folgenden Fragen beantworten:

- Welcher konkrete Vermögensgegenstand soll eingezogen werden?
- Liegt ein Einziehungsfall auf der „Erlangensebene“ oder der „Transferierungsebene“ vor?
- Hat ein Tatbeteiligter oder ein Dritter den einzuziehenden Vermögensgegenstand erlangt bzw. erhalten?

Anhand der o.a. Übersicht (unter C.III.) kann sodann die einschlägige Rechtsgrundlage ermittelt werden.

<sup>22</sup> Ebenso Bittmann, NSTZ 2020, 404, 406 (Anm. zu BGH vom 15.1.2020 – 1 StR 529/19).

## ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

**(Verfassungsgerichtlicher) Rechtsschutz gegen Durchsuchungsmaßnahmen bei Berufsheimnisträgern, zugleich Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 30.11.2021 – 2 BvR 2038/18****I. Einleitung**

Durchsuchungen bei Berufsheimnisträgern sind heutzutage keine Seltenheit. Besonders häufig gehen diese ungewollten Hausbesuche auf eine Initiative der Steuerfahndung zurück und treffen Steuerberatungskanzleien, deren Mandanten im Fokus steuerstrafrechtlicher Ermittlungen stehen. Argumentatives Einfallstor ist eine tatsächliche oder vermeintliche Verstrickung der Berater in (Steuer-) Straftaten der Mandanten iSd § 97 Abs. 2 S. 2 StPO. Berufstypisches Verhalten wird, wenn der Verdacht einer Steuerstraftat des Beratenen erst einmal im Raum steht, schnell zu einem Anfangsverdacht bedingt vorsätzlicher Beihilfe aufgebauscht. Nicht selten löst sich dieser Vorwurf im Laufe des Verfahrens ohne großes Zutun der Verteidigung in Luft auf und es entsteht der Eindruck, dass eine strafrechtliche Ahndung der Beratenen nie wirklich intendiert war. Das tradierte Verständnis des Beschlagnahmeverbots leistet hier Vorschub. Lässt sich die Legalität der Beweiserhebung begründen, führt ein (vermeintlicher) Wegfall des Tatverdachts gegen den Berufsheimnisträger jedenfalls nach der Rechtsprechung nicht zur Unverwertbarkeit der beschlagnahmten Beweismittel.<sup>1</sup> Umso entscheidender ist es, dass eine etwaige Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung als solche frühzeitig festgestellt wird und die Beweismittel herausgegeben werden.

**II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts**

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich verkürzt wie folgt zusammenfassen:

Anlass für das Verfassungsbeschwerdeverfahren war eine Durchsuchung der Staatsanwalt in einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatergesellschaft. Das zugrundeliegende Steuerstrafverfahren richtete sich primär gegen die Mandanten und betraf Vorwürfe der Einkommensteuer-, Umsatzsteuer- und Gewerbesteuerverkürzung. Das Amtsgericht Münster hatte insoweit einen Beihilfetatverdacht gegen die Berufsheimnisträger angenommen und die beantragten Durchsuchungsbeschlüsse erlassen. Im Rahmen der Durchsuchung wurden (Mandanten-)Unterlagen und Daten vorläufig sichergestellt. Auf die gegen den Durchsuchungsbeschluss eingelegte Beschwerde hin, hob das Landgericht Münster den Durchsuchungsbeschluss mangels Anfangsverdacht gegen die Berufsheimnisträger auf.

Die Berufsheimnisträger beantragten daraufhin die Aufhebung der Sicherstellung und forderten die Herausgabe der Unterlagen und Daten. Das Amtsgericht Münster erklärte insoweit die „Beschlagnahme“, wobei es sich insoweit in der Sache, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, nicht um eine Beschlagnahmeentscheidung, sondern um eine Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung gehandelt hat. Ausführungen zu einer möglichen Verstrickung der Berufsheimnisträger iSd § 97 Abs. 2 S. 2 StPO enthielt der Beschluss nicht. Das im Rahmen der Beschwerde angerufene Landgericht verwarf die Beschwerde als unbegründet. Es liege kein Verwertungsverbot vor. Im Rahmen einer Anhörungsrüge wurde die vollständige Nichtbeachtung des § 97 StPO gerügt. Darüber hinaus wurde gerügt, dass eine Verstrickung – sowohl bei § 97 StPO als auch bei § 160a StPO – einen Anfangsverdacht einer (Beihilfe-) Straftat erfordere, den das Landgericht in der Vorentscheidung gerade abgelehnt habe. Die Anhörungsrüge wurde vom Landgericht verworfen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Entscheidung des Landgerichts Münster als willkürlich und absolut unvertretbar eingestuft. Das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO sei bereits im Rahmen der Sichtung vorläufig sichergestellter Unterlagen und Daten zu berücksichtigen. Zudem dürfe ein Anfangsverdacht nicht mit den Unterlagen begründet werden, deren Sicherstellung im Beschwerdeverfahren gerade wegen § 97 Abs. 1 StPO auf Rechtmäßigkeit überprüft wird.

**III. Anmerkungen**

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist in der Literatur, in der Sache zu Recht, auf einhellige Zustimmung gestoßen.<sup>2</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits im Jahr 2003 entschieden, dass aufgrund der Fernwirkung des § 97 Abs. 1 StPO nach beschlagnahmefreien Gegenständen nicht gezielt gesucht werden darf und eine Durchsuchung nach § 103 StPO daher unzulässig ist.<sup>3</sup> Rund 15 Jahre später hat das Bundesverfassungsgericht, in logischer Fortführung dieser Rechtsprechung, klargestellt, dass auch die Durchsicht von Unterlagen nicht erfolgen dürfe, wenn insoweit Gegenstände gesucht werden sollen, für die ein Beschlagnahmeverbot besteht.<sup>4</sup> Diese Rechtsprechung wurde nunmehr erneut bestätigt. § 97 Abs. 1 StPO ist bei der Durchsicht (nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO), der Durchsicht (nach §§ 103 Abs. 1 S. 1, 110 StPO) und der Beschlagnahme (§§ 94, 98 StPO) zu berücksichtigen. Ebenso eindeutig ist die Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf das Verbot des Einsatzes strafprozessualer Zwangsmittel zur Begründung eines Anfangsverdachts, der notwendige Bedingung für

<sup>1</sup> BGH NStZ 1983, 85; OLG Köln, Beschl. v. 11.11.2005 – 2 Ws 531/05, Rn. 8; Vgl. auch Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 64. Aufl. 2021, § 97, Rn. 47; Greven, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 97, Rn. 10; aA Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, § 3, Rn. 611 mwN zum Streitstand.

<sup>2</sup> Schelzke, jurisPR-StrafR 6/2022, Anm. 3; Nolte/Kreis, jurisPR-Compl. 2/2022, Anm. 2; Gerhold, DStR 2022, 799.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.2.2003 – 2 BvR 1120/02.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.9.2018 – 2 BvR 708/18, Rn. 25.

den Erlass der Maßnahme ist. Dies gilt ebenso für den Verstrickungsverdacht iSd § 97 Abs. 2 S. 2 StPO.<sup>5</sup>

Schwer nachvollziehbar ist allerdings, dass trotz einer derart offensichtlichen Rechtslage und eindeutigen Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts eine Entscheidung erst über drei Jahre nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde erfolgte<sup>6</sup> und das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Kostenentscheidung anmerkt: „Soweit die Durchsicht inzwischen abgeschlossen sein sollte, wird das Landgericht lediglich noch über die Kosten zu entscheiden haben.“ Insofern hätte sich eine einstweilige Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG, die auch von Amts wegen möglich ist,<sup>7</sup> sicherlich aufgedrängt. So konnte offenbar eine Fortsetzung des (evident) rechtswidrigen Eingriffs in das Mandatsverhältnis fortgesetzt werden. Es mutet ferner befremdlich an, dass zwei Fachgerichte offenbar nicht in der Lage waren, zwischen den Phasen der Durchsicherung, Durchsicht (vorläufige Sicherstellung) und Beschlagnahme sauber zu unterscheiden und die dafür – mittlerweile sogar gesetzlich ausdrücklich – vorgesehenen Rechtsbehelfe voneinander abzugrenzen.<sup>8</sup>

## IV. Checkliste für den Rechtsschutz

Die anwaltliche Beratung im Zusammenhang mit Durchsicherungen bei Berufsheimnisträgern stellt in der Praxis aufgrund des bestehenden Zeitdrucks, der rechtlichen und strategischen Unsicherheiten sowie der emotionalen Ausnahmesituation für sämtliche Beteiligte eine Herausforderung dar. Die folgende Übersicht soll eine erste Orientierung über die wichtigsten Aspekte und Weichenstellungen ermöglichen. Sie erhebt keinen Anspruch eine vollständige Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Rechtsfragen.

### 1. Wahl des Beschwerdeführers

Bevor fachgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wird, empfiehlt es sich, eine möglicherweise notwendig werdende verfassungsgerichtliche Überprüfung in den Blick zu nehmen. Die oben genannte Entscheidung veranschaulicht, dass eine Anrufung des Bundes- oder eines Landesverfassungsgerichts im Einzelfall notwendig sein kann. Der fachgerichtliche Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren (Ermittlungsrichter und Landgericht) ist, bedauerlicherweise, nicht immer zur Rechtsdurchsetzung ausreichend. Daneben sollte zunächst das Rechtsschutzziel in den Blick genommen werden. Soll (nur) die Durchsicherung selbst auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden, ist die Verfassungskonformität des Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG zu prüfen. Hier ist zu prüfen, ob ein Eingriff in die Rechte der Individualbetroffenen und/oder der Gesellschaft<sup>9</sup> vorliegt. Liegt, wie häufig, das Augenmerk des fachgerichtlichen Rechtsschutzes auf der (vorläufigen) Sicherstellung von Unterlagen und Daten, kommt ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) der Berufsheimnisträger bzw. des Mandanten in Betracht.<sup>10</sup> Daneben können auch die Daten des Unternehmens grundrechtlich geschützt sein.<sup>11</sup> Besonderer Prüfungsbedarf besteht bei ausländischen Gesellschaften.<sup>12</sup> Im Hinblick auf das Erfordernis der Erschöpfung des (fachgerichtlichen) Rechtsweges

und der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde sind die Anforderungen hinsichtlich eines etwaigen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes frühzeitig zu prüfen und bei der Auswahl geeigneter Beschwerdeführer im fachgerichtlichen Rechtsschutz zu berücksichtigen.

## 2. Typische Fragestellungen

Im Folgenden sollen Fragestellungen angerissen werden, die in der Praxis regelmäßig auftreten.

### a. Vorläufige Sicherstellung v. Beschlagnahme

Obwohl die Strafprozessordnung das Institut der „vorläufigen Sicherstellung“ nicht kennt,<sup>13</sup> ist es mittlerweile verfassungsrechtlich anerkannt, dass Ermittlungsbehörden Unterlagen und Daten, die vor Ort nicht effektiv gesichtet werden können (z.B. aufgrund der Masse, aufgrund von Verschlüsselungen oder anderer technischer Hürden), „zur Durchsicht mitnehmen“ bzw. „vorläufig sicherstellen“ dürfen.<sup>14</sup> Es handelt sich hierbei um einen Teil der Durchsicherung und richtet sich nach den dort gesetzlich normierten Maßstäben (§§ 102, 103 StPO).<sup>15</sup>

Im Zeitpunkt der Durchsicherung wird bei größeren Datenmengen noch keine Beschlagnahme zulässig sein, da die Beweisgeeignetheit der einzelnen Dokumente noch nicht feststeht.<sup>16</sup> Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt bei sog. Kombi-Beschlüssen vor. Ordnet der Ermittlungsrichter mit der Durchsicherung zugleich die Beschlagnahme von in diesem Zeitpunkt noch nicht konkretisierten Dokumenten bzw. Daten an, lässt sich die Beweisgeeignetheit regelmäßig noch nicht feststellen. Es handelt sich insoweit nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts um keine Beschlagnahmearordnung iSd §§ 94, 98 StPO, sondern um eine reine Leitlinie für die Durchsicherung.<sup>17</sup>

<sup>5</sup> Vgl. auch Nolte/Kreis, jurisPR-Compl. 2/2022, Anm. 2.

<sup>6</sup> Schelzke, jurisPR-StrafR 6/2022, Anm. 3.

<sup>7</sup> Schneider, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2021, § 32, Rn. 52 mwN.

<sup>8</sup> S. allgemein kritisch zur Spruchpraxis der Fachgerichte in diesem Fall Gerhold, DStR 2022, 799.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.3.2021 – 2 BvR 1746/18, Rn. 50; BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17, Rn. 38; BVerfG, Beschl. v. 16.4.2015 – 2 BvR 440/14, Rn. 13.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu die Jones-Day/Volkswagen-Entscheidungen: BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1562/17, 2 BvR 1583/17.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 61; BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03 u. a., Rn. 150 ff.

<sup>12</sup> Vgl. u.a. BVerfG, Beschl. v. 19. 7. 2011 – 1 BvR 1916/09; BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, Rn. 27.

<sup>13</sup> Vgl. zur impliziten Anerkennung aber § 110 Abs. 4 StPO nF.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.11.2021 – 2 BvR 2038/18, Rn. 44 mwN.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.11.2021 – 2 BvR 2038/18, Rn. 46 mwN.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.11.2021 – 2 BvR 2038/18, Rn. 45.

<sup>17</sup> Vgl. LG Mannheim, Beschl. v. 3.2.2022 – 4 Qs 55/21, Rn. 12; BVerfG, Beschl. v. 14.6.2006 – 2 BvR 1117/06, Rn. 2.



## b. Besonderheiten bei Durchsuchung des Berufsgeheimnisträgers

Bei der Durchsuchung eines Berufsgeheimnisträgers (z.B. Rechtsanwälte und Steuerberater) sind zusätzliche Regelungen zu beachten. Dies gilt zunächst für den Fall, dass sich die strafrechtlichen Ermittlungen auch oder primär gegen einen Mandanten richten. Dann verbietet § 97 Abs. 1 StPO regelmäßig die Beschlagnahme der dort genannten Unterlagen und Daten. § 97 Abs. 1 StPO wirkt zudem (s.o.) dergestalt vor, dass auch eine Durchsuchung und eine „vorläufige Sicherstellung“ insoweit unzulässig sind.

Darüber hinaus gilt grundsätzlich, also unabhängig davon, ob sich die Ermittlungen auch gegen einen konkreten Mandanten richten, dass bei Ermittlungsmaßnahmen gegen Berufsgeheimnisträger mit Bezug zur beruflichen Tätigkeit (insb. bei Kanzleidurchsuchungen) höhere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu stellen sind. Dies kann u. a. erfordern, dass der von der Durchsuchung betroffene Rechtsanwalt bei der Sichtung von Daten eingebunden wird, um die (vorläufige) Sicherstellung von Mandantenunterlagen (ohne Verfahrensrelevanz) zu verhindern.<sup>18</sup> Dies kann auch bestimmte Vorkehrungen bei der Konkretisierung von Anordnungen von Ermittlungsmaßnahmen gebieten.<sup>19</sup>

Aus Perspektive des Berufsgeheimnisträgers ist im Einzelfall konkret zu prüfen, ob und inwieweit mit den Ermittlungsbehörden kooperiert werden darf. Mitteilungen über Inhalte des Mandatsverhältnisses sind auch bei Vorliegen eines Durchsuchungsbeschlusses verboten (§ 203 StGB). Zulässig ist regelmäßig jedoch eine Unterstützung der Ermittlungsbehörden dergestalt, dass diesen der Lager- bzw. Speicherort der jeweiligen Akten mitgeteilt wird. Eine derartige Mitwirkung kann insbesondere dann empfehlenswert sein, wenn dadurch die Sichtung verfahrensirrelevanter Mandatsunterlagen, sei es von Dritten oder Mandatsunterlagen des (beschuldigten) Mandanten zu anderen Beratungsgegenständen, verhindert werden kann.

## c. Cloud-Daten

Im Rahmen der Durchsuchung besteht nach § 110 Abs. 3 S. 2 StPO die Möglichkeit auf räumlich getrennte Speichermedien zugegriffen werden. Da es sich insoweit um einen Teilaspekt der Durchsuchung handelt, sind insoweit ebenfalls die Maßgaben der §§ 102, 103 StPO zu berücksichtigen. Bei einer Durchsuchung nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO darf daher auch auf Ebene der Cloud nur nach den im Durchsuchungsbeschluss benannten, „bestimmten“ Gegenständen gesucht werden. Darüber hinaus erlaubt § 110 Abs. 3 S. 2 StPO richtigerweise nur den Zugriff auf Daten im Inland. Ein Zugriff auf Auslandsdaten ist insoweit richtigerweise nicht zulässig.<sup>20</sup>

## d. Schlagwortsuche

Sind Daten einmal rechtmäßig beschlagnahmt, hat mithin ein Ermittlungsrichter deren Beweisgeeignetheit bewertet und bejaht, können die Ermittlungsbehörden diese Daten auswerten. Hierbei steht es ihnen grundsätzlich auch frei, diese

mittels Einsatzes forensischer Software oder mittels Verwendung von Schlagworten zu durchsuchen.

Anders ist die Rechtslage im Stadium der Durchsuchung bzw. der, noch der Durchsuchung zuzuordnenden Phase der „vorläufigen Sicherstellung“. In dieser Phase liegt noch keine Feststellung der Beweisgeeignetheit vor, so dass sich die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung nach § 102 StPO (Durchsuchung beim Beschuldigten) oder nach § 103 Abs. 1 S. 1 StPO (Durchsuchung beim Dritten) bestimmt. Dies bedeutet, dass auch bei einer Sichtung von „vorläufig sichergestellten“ Daten inhaltliche Grenzen der Durchsicht einzuhalten sind. Dies wird besonders bei § 103 Abs. 1 S. 1 StPO virulent. Hier darf eine Durchsicht der Daten, auch mittels Schlagwortsuche, nur der Suche nach den im Durchsuchungsbeschluss ausgewiesenen „bestimmten“ Gegenständen dienen. Eine allgemeine Suche nach „beweisrelevanten“ Gegenständen ist hingegen unzulässig. Dies ist bei der Auswahl der Suchparameter zu berücksichtigen.<sup>21</sup> Daraus folgt zwingend, dass die Art und Weise der Schlagwortsuche nach §§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO gerichtlich überprüfbar ist. Es handelt sich bei einer „Schlagwortliste“ insoweit nicht um ein (behördeninternes) Ermittlungskonzept, sondern einen Leitfaden für die Ausgestaltung einer offenen Ermittlungsmaßnahme, die einer vollumfänglichen gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist.

Im Einzelfall, insbesondere bei größeren Datenmassen mit einem substanziellen Anteil sensibler, verfahrensirrelevanter Daten, kann der Einsatz von Schlagwortsuchen – statt einer Vollsichtung – zudem verfassungsrechtlich geboten sein, um die Durchsuchung und Durchsicht verhältnismäßig auszugestalten.<sup>22</sup>

## e. Teilnahme an der Durchsicht

In Wertschaftsverfahren kommt es regelmäßig vor, dass bei Durchsuchungen umfangreiche Datenbestände vorläufig sichergestellt werden. Insoweit stellt sich regelmäßig die Frage, ob und inwieweit der Durchsuchungsbetroffene an der Durchsicht teilnehmen darf. Hier setzt sich zunehmend die Einsicht durch, dass ein Anwesenheitsrecht des Durchsuchungsbetroffenen (verfassungsrechtlich) geboten ist.<sup>23</sup> Für den Beschuldigten, der nicht Durchsuchungsbetroffener ist, lehnt die Rechtsprechung ein Anwesenheitsrecht ab.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02.

<sup>19</sup> Vgl. LG Itzehoe, Beschl. v. 12.01.2015 - 2 Qs 162/14, 2 Qs 163/14, 2 Qs 164/14.

<sup>20</sup> Vgl. zum aktuellen Streitstand ausführlich Nadeborn, StraFO 2022, 144; Bechtel, NZWiSt 2022, 162; Hiéramente/Basar, juris PraxisReport StrafR 6/2022, Anm. 1.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu Hiéramente, wistra 2016, 432.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 - 2 BvR 1027/02.

<sup>23</sup> S. dazu ausführlich Buchholz, NZWiSt 2021, 369; vgl. auch LG Kiel, Beschl. v. 18.6.2021 - 3 Qs 14/21 m. Anm. Hiéramente, juris PraxisReport StrafR 18/2021, Anm. 3.

<sup>24</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 30.3.2021 - 5 Ws 16/21 m. Anm. Schwerdtfeger, WiJ, 2021, 183; Greier, juris PraxisReport StrafR 14/2021, Anm. 1.

### 3. Wahl des Rechtsmittels

In der Praxis stellt sich oft die Frage, welches strafprozessuale Rechtsmittel einschlägig ist und welcher Maßstab dabei gilt. Im Folgenden soll ein cursorischer Überblick gegeben werden:

Maßnahme	Rechtsmittel	Maßstab
Durchsuchung der Räumlichkeiten	§ 304 StPO	§§ 102, 103 StPO
Zugriff auf Cloud-Daten bei Durchsuchung	§§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO	§§ 102, 103, 110 Abs. 3 StPO
Vorgehen gegen Art u. Weise der Sichtung vor Ort	§§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO	§§ 102 ff. StPO
Entscheidung, Daten „vorläufig sicherzustellen“	§§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO	§§ 102, 103 StPO
Überprüfung „Schlagwortsuche“ bei vorläufiger Sicherstellung	§§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO	§§ 102, 103 StPO
Geltendmachung von Recht auf Teilnahme bei Sichtung	§§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO	§ 106 Abs. 1 S. 1 StPO
Beschlagnahmeentscheidung durch Gericht im „Kombi-Beschluss“	§ 304 StPO	§ 94 StPO
Beschlagnahme durch Ermittlungsbeamte bei Durchsuchung	§ 98 Abs. 2 S. 2 StPO	§ 94 StPO
Beschlagnahme durch Gericht nach Durchsuchung	§ 304 StPO	§ 94 StPO

Bei einer Durchsuchung beim Berufsheimnisträger ist zu differenzieren. Ist die Durchsuchung aufgrund einer Vorwirkung von § 97 Abs. 1 StPO generell unzulässig, kann dies im Rahmen der Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss thematisiert werden. Ergibt sich indes erst nach der

vorläufigen Sicherstellung, dass ein unzulässiger Eingriff in ein Mandatsverhältnis droht, kann dies im Rahmen eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 S. 2 StPO geltend gemacht werden. Für den Fall einer behördlichen Beschlagnahme gilt § 98 Abs. 2 S. 1 StPO.

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

## Extrahiert ein Zahnarzt seinem Patienten ohne medizinische Indikation mehrere Zähne, begeht er die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 Abs. 1 Ziff. 2 StGB.

OLG Karlsruhe, Beschluss v. 16.03.2022 - 1 Ws 47/22

### I. Sachverhalt

Dem Angeklagten wurde zur Last gelegt, als Zahnarzt in 33 Fällen seinen Patienten trotz zahlreicher alternativer Behandlungsmethoden Zähne extrahiert zu haben.

Aufgrund der zwingenden Empfehlung des Angeklagten hätten die Patienten der Zahnextraktion zugestimmt, woraufhin der Angeklagte diese Eingriffe mittels der dafür erforderlichen ärztlichen Instrumente vorgenommen habe.

Wäre eine Aufklärung hinsichtlich etwaiger alternativer Behandlungsmethoden erfolgt, so hätten die Patienten den Zahnerhalt bevorzugt und jeweils die Zahnextraktionen abgelehnt. Motiv des Angeklagten sei die erforderlichlich gewordene weitere Versorgung seiner Patienten mit (für ihn einträglichem) Zahnersatz gewesen.

Indem das Landgericht die gegenständlichen Vorwürfe als tatmehrheitliche Vergehen der vorsätzlich Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 230 StGB eingeordnet hat, hat es in vier Fällen die Eröffnung des Hauptverfahrens aufgrund der eingetretenen Verjährung abgelehnt. Diese Taten lagen mehr als 10 Jahre zurück, sodass das Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung die Eröffnung verhinderte. Begründet wurde dies mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach das von einem zugelassenen Arzt bei einem ärztlichen Eingriff bestimmungsgemäß verwendete Instrument mangels Verteidigungs- oder Angriffscharakter weder eine Waffe noch ein gefährliches Werkzeug nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB darstelle. Daraus folge, dass sich ein Arzt bei fehlender Einwilligung des Patienten lediglich wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar machen könne.

Gegen den Beschluss hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde eingelegt. Aufgrund der Ansicht, dass alle Taten als gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB einzuordnen seien, sei keine Verfolgungsverjährung eingetreten und das Hauptverfahren auch in diesen vier Fällen zu eröffnen.

### II. Entscheidungsgründe

Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft sah der Senat des OLG Karlsruhe als begründet an. Im Hinblick auf die vier Vorwürfe ist nach dessen Rechtsansicht keine Verfolgungsverjährung eingetreten.

1. Die dem Angeklagten zur Last gelegten Vorwürfe sind in Gänze als gefährliche Körperverletzungen gemäß §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 53 StGB zu werten, sodass die zehnjährige Verjährungsfrist des § 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB Anwendung findet. Durch die Erhebung der Anklage und die dadurch resultierende Unterbrechung der Frist gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 6 StGB ist keine Verfolgungsverjährung eingetreten.

2. Die Staatsanwaltschaft ordnete in ihrer Beschwerde das Tatmittel des gefährlichen Werkzeugs nach Änderung der §§ 223, 224 StGB (6. StRG v. 26.01.1998, BGBl I 164) nicht mehr als Beispiel einer Waffe, sondern als „Oberbegriff“ ein, sodass die Waffe nunmehr ein Unterfall des gefährlichen Werkzeugs ist. Die Einstufung eines ärztlichen Instruments erfolgt demnach nicht nach mehr nach seiner Verwendungsabsicht als waffenähnliches Mittel zur Verteidigung oder zum Angriff, sondern darüber ob der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen beim Opfer hervorzurufen.

3. Dieser Auffassung folgt nun der Senat. Die örtliche Betäubung während der Extraktion des Zahnes verhindert zwar das Auftreten erheblicher Schmerzen innerhalb des Eingriffs, jedoch führt die Trennung der Verbindung zum versorgenden Nerv zum irreversiblen Verlust eines Teils des Gebisses und zu einer mehrere Tage währenden offenen Wunde im Mund. Solche Eingriffe sind regelmäßig mit tagelangen gravierenden Schmerzen, Leiden bei der Nahrungsaufnahme und der Gefahr von Entzündungen verbunden, die sich nur mit Schmerzmitteln und Oralhygiene mindern lassen. Von sowohl nach ihrer Intensität als auch ihrer Dauer gravierenden Verletzungen im Mundraum der Patienten ist daher auszugehen, weshalb eine qualifizierte Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegt.

4. Der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft war somit stattzugeben und – unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Beschlusses – das Hauptverfahren auch in den vier Fällen vor der Strafkammer zu eröffnen.

### III. Praxishinweis

Ein ärztlicher Heileingriff stellt bekanntermaßen tatbestandlich eine Körperverletzung dar, dessen Rechtswidrigkeit eine Einwilligung des Patienten entfallen lässt. Diese Einwilligung muss frei von Willensmängeln sein und auf einer umfassenden ärztlichen Aufklärung basieren (welche insbesondere Ausführungen zur Diagnose, Therapiemöglichkeiten, Eingriff und Risiken enthalten muss), um die Rechtswidrigkeit entfallen zu lassen.



In dem hiesigen Sachverhalt kommt – aufgrund einer unvollständigen Aufklärung über mögliche Alternativbehandlungen – ein Körperverletzungsdelikt in Betracht. Der Senat des OLG Karlsruhe stellt in dieser Entscheidung darauf ab, dass das von einem Arzt verwendete Instrument zur Extraktion ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellt, und zwar ausdrücklich unabhängig davon, ob es bestimmungsgemäß eingesetzt wurde, der Arzt dazu grundsätzlich in der Lage war und er zudem das Instrument regelgerecht angewandt hat.

Diese Rechtsansicht des OLG-Senats stellt eine Abkehr von der bisherigen herrschenden Rechtsprechung dar, nach der ärztliche Instrumente, die von approbierten Ärzten verwendet werden, grundsätzlich nicht als gefährliche Werkzeuge im Sinne des Qualifikationstatbestandes einzustufen sind (vgl. BGH NJW 1978, 1206). Dies gilt selbst dann, wenn die Eingriffe nicht medizinisch indiziert waren, also gar keine Heileingriffe darstellten, wie z.B. bei einer Knabenbeschneidung (vgl. LG Köln, NJW 2012, 2128). Diese Rechtsprechung orientierte sich an der bisherigen systematischen Auslegung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, dass ein gefährliches Werkzeug auch nach der Gesetzesänderung weiterhin als Unterfall einer Waffe zu qualifizieren ist und es insofern eines vergleichbaren Angriffs- oder Verteidigungszwecks bedurfte. Ein solcher ist bei einer Verwendung eines ärztlichen Instrumentes im Rahmen eines medizinischen (Heil-)Eingriffs regelmäßig nicht gegeben. Insofern wurde gegen approbierte Ärzte nur in Einzelfällen wegen des Vorwurfs einer gefährlichen Körperverletzung ermittelt.

Diese Ausnahme könnte hingegen zur Regel werden, wenn sich die in dieser Entscheidung vertretene Rechtsansicht des Senats durchsetzt, da bei Verwendung irgendeines medizinischen Instruments bei einer Operation oder Behandlung (wie Skalpell, Säge, Zange oder ggf. nur einer Spritze) nicht lediglich eine einfache Körperverletzung im Raum stünde, sondern sofort die Qualifikation. Da oftmals die Nutzung eines Instruments medizinisch geboten ist, würde so ein, zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Behandlungsauftrages notwendiges, berufstypisches Verhalten signifikante Auswirkungen auf eine potentielle Strafbarkeit haben. Ein Arzt wäre einerseits einer hohen Mindeststrafe (Freiheitsstrafe

von mind. sechs Monaten bis zu zehn Jahren statt Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren), sowie andererseits einer deutlich längeren Verjährungsfrist (zehn statt fünf Jahre) ausgesetzt.

Letztlich wäre es der Erkrankung des jeweiligen Patienten geschuldet und damit quasi dem Zufall überlassen, ob der behandelnde oder operierende Arzt ein Instrument für die erforderliche Behandlung des Patienten verwenden muss und damit dem Risiko des deutlich erhöhten Qualifikationstatbestandes unterliegt oder nicht. Ob diese Folge dem tatsächlichen Unrechtsgehalt angemessen und im Sinne der Gesetzessystematik ist, ist fraglich.

Nunmehr bleibt abzuwarten, ob sich der BGH der Auffassung des OLG Karlsruhe anschließt, an der bisherigen Rechtsprechung festhält oder eine weitere Lösung entwickelt, welche eine differenziertere Beurteilung der jeweiligen Einzelfälle (zwischen grundsätzlich kein gefährliches Werkzeug vs. grundsätzlich immer ein gefährliches Werkzeug iSd § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ermöglicht. In einer Entscheidung des Kammergerichts Berlin (161 Ss 93/21 vom 25.07.2022, mit Anm. Lorenz, BeckOnline FD-StrafR 2022, 452929) wurde darauf abgestellt, dass eine Jacke ein gefährliches Werkzeug sein kann, wenn sie aufgrund der Art ihrer Nutzung (Pressen der Jacke auf das Gesicht) geeignet ist, erhebliche körperliche Verletzungen (Atemnot und Bewusstseinsverlust) herbeizuführen. Auf die objektive Beschaffenheit soll es nicht ankommen. Es wurde also auf eine „gefährliche“ Art einer missbräuchlichen Verwendung der Jacke abgestellt, die nachvollziehbar die erhöhte Regelstrafandrohung der Qualifikation begründen kann. Bei einem Arzt, der ein medizinisches Instrument im Rahmen seines typischen Berufsausübung einsetzt, wird bereits regelmäßig die Art der Nutzung (Aufschneiden des Körpers) eine Körperverletzung nach sich ziehen, so dass dies auch nicht zwingend ein geeignetes Differenzierungskriterium darstellt.

Unabhängig davon, wie die rechtliche Einordnung der medizinischen Instrumente in Zukunft aussehen mag, ist ein Arzt stets gut beraten, seine Patienten vor einem Heileingriff so umfassend aufzuklären, dass die Einwilligung rechtswirksam ist und er sich keinerlei Strafbarkeitsrisiko aussetzt.

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

## Ein vom Patienten selbst ausgefülltes unzutreffendes ärztliches Attestformular zur Befreiung von der Maskenpflicht stellt ein unrichtiges Gesundheitszeugnis dar, wenn es vom Arzt unterzeichnet ist.

OLG Celle 2. Strafsenat, Beschluss vom 27.06.2022, 2 Ss 58/22

1. Ein ärztliches Attest über die medizinische Kontraindikation des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes enthält die konkludente Erklärung des Arztes, dass eine körperliche Untersuchung der genannten Person stattgefunden hat.
2. Wird in einem ärztlichen Attest der darin genannten Person bescheinigt, dass das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes aus medizinischen Gründen nicht ratsam sei, handelt es sich um ein Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 Abs. 1 aF StGB.
3. Hat ein Täter das von einem Arzt vorunterzeichnete, in den sozialen Medien zum Download bereitgestellte Blanko-Formular, in dem der noch einzutragenden Person die medizinische Kontraindikation des Tragens

eines Mund-Nasen-Schutzes attestiert wird, mit seinen Personalien ergänzt und das vervollständigte Formular gegenüber der Polizei zur Vortäuschung einer bei ihm gegebenen Kontraindikation vorgezeigt, um die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes zu umgehen, ist eine Strafbarkeit wegen Gebrauchs eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach §§ 278 Abs. 1 aF, 279 aF StGB gegeben.

## I. Sachverhalt

Nach den erstinstanzlichen Feststellungen nahm der Angeklagte an einem Autokorso zur Demonstration gegen die Corona-Maßnahmen teil. Als ein Polizeibeamter auf die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes hinwies, legte der Angeklagte unaufgefordert eine Bescheinigung vor, mit der er eine medizinisch bedingte Befreiung von der Maskenpflicht vortäuschen wollte. Diese Bescheinigung hatte er zuvor als Formular aus dem Internet heruntergeladen und seinen Namen eingetragen. Es handelte sich um das von dem Arzt Dr. B. in den sozialen Medien mit der Bezeichnung „attest-pdf um der Mundschutzpflicht zu entkommen“ zum Download bereitgestellte Formular. Das Formular war mit „Ärztliches Attest“ überschrieben und enthielt im oberen Bereich den Namen von Dr. B. sowie seine Bezeichnung als Arzt. Ebenfalls im oberen Bereich befand sich der Hinweis „To whom it may concern“. In das Formular war zudem der Scan einer Approbationsurkunde eingefügt, überdies ein leeres Namens- und Adressfeld. Darin musste der jeweilige Verwender nach dem Download des Formulars seine eigenen Personalien einfügen. In dem Formulartext wurde dem Verwender bestätigt, dass das Tragen eines Mundschutzes aus medizinischen Gründen nicht ratsam sei.

Das Amtsgericht hat den Angeklagten von dem erhobenen Tatvorwurf des Gebrauchs eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach § 279 aF StGB freigesprochen. Auf die hiergegen eingelegte Berufung der Staatsanwaltschaft hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und den Angeklagten zu einer Geldstrafe verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision. Er beanstandet zum einen, das Landgericht habe seine Verurteilung rechtsfehlerhaft auf die Neufassung der §§ 278 und 279 StGB gestützt. Zum anderen sei das Landgericht rechtsfehlerhaft von einem unrichtigen Gesundheitszeugnis ausgegangen. Das von Dr. B. im Internet bereitgestellte Formular sei insoweit nicht hinreichend individualisiert gewesen. Der Formulartext habe überdies lediglich eine allgemein gehaltene, generelle Aussage zur Eignung eines Mund-Nasen-Schutzes enthalten. Die von dem Angeklagten unter Verwendung dieses Formulars selbst erstellte Bescheinigung sei nicht durch einen Arzt unterzeichnet worden und deshalb kein Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 aF StGB. Darüber hinaus sei die abgeurteilte Tat des Angeklagten durch Notwehr gerechtfertigt gewesen, da er nach den Urteilsfeststellungen zum Tatzeitpunkt lediglich an einem Autokorso teilgenommen habe. Angesichts des Fehlens weiterer Feststellungen sei davon auszugehen, dass er alleiniger Insasse eines Fahrzeugs war und deshalb keine rechtliche Grundlage für die polizeiliche Aufforderung zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes vorhanden gewe-

sen sei. Schließlich sei auch die vom Landgericht im Rahmen der Strafzumessung getroffene Erwägung, das Verhalten des Angeklagten habe eine erhöhte abstrakte Gefährdung der Gesundheit anderer Menschen beinhaltet, mangels entsprechender tatsächlicher Grundlage als rechtsfehlerhaft anzusehen.

## II. Entscheidungsgründe

Die Revision führt – vorläufig – zum Erfolg. Der Schuldspruch des angefochtenen Urteils hält der auf die erhobene Sachrüge vorzunehmenden sachlich-rechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Der Schuldspruch des angefochtenen Urteils weist einen Rechtsfehler auf. Die getroffenen Feststellungen bieten keine ausreichende Grundlage für eine Verurteilung des Angeklagten wegen des Gebrauchs eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach §§ 278, 279 aF StGB. Sie erweisen sich bzgl. der vom Landgericht angenommenen rechtlichen Qualifizierung des vom Angeklagten bei der abgeurteilten Tat dem Polizeibeamten vorgezeigten „Ärztlichen Attests“ als Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 StGB aF als lückenhaft, weil sich aus ihnen nicht ergibt, ob das Attest unterzeichnet ist.

Das Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 aF StGB muss von einem Arzt oder einer anderen approbierten Medizinalperson ausgestellt worden sein. Hierzu hat das Landgericht jedoch keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Das Landgericht hat zwar festgehalten, dass der Angeklagte die in Rede stehende Bescheinigung auf der Grundlage eines von dem Arzt Dr. B. in den sozialen Medien als PDF-Datei zum Download bereitgestellten Formulars ausgefüllt hat. Jedoch fehlen Feststellungen dazu, ob das Formular von dem Arzt Dr. B. bereits vorunterzeichnet worden war. Das Urteil führt in diesem Zusammenhang lediglich aus, dass das Formular im oberen rechten Bereich den Namen von Dr. B. sowie seine Bezeichnung als Arzt sowie den eingefügten Scan einer Approbationsurkunde enthielt. Insofern unterscheidet sich der in dem angefochtenen Urteil festgestellte Sachverhalt von der Konstellation, welche der in den Urteilsgründen zitierten Beschwerdeentscheidung des Landgerichts Frankfurt zugrunde lag. Im dortigen Verfahren wurde von dem Beschuldigten zwar ein nahezu gleichlautendes Formular verwendet. Dieses war ausweislich der Beschlussgründe jedoch von dem Arzt, der es im Internet zum Download bereitgestellt hatte, vorunterzeichnet worden (LG Frankfurt, Beschl. v. 06.04.2021, Az. 5/26 Qs 2/21). Ob letzteres auch bei dem hier in Rede stehenden Formular des Dr. B. gegeben war, hat das Landgericht – wie bereits erörtert – nicht festgestellt. Allein aus der in den Urteilsgründen enthaltenen Formulierung „... In diesem Attest bestätigt Dr. B., dass das Tragen eines Mundschutzes für die von ihr selbst einzutragende Person aus medizinischen Gründen nicht ratsam sei. ...“ kann nicht geschlossen werden, dass das Formular eine Unterschrift von Dr. B. enthielt. Dies folgt bereits aus der in den Urteilsgründen zitierten Passage des Formulars „... Mit der Eintragung meines Namens und meiner Adresse bestätige ich, dass ich nicht an einer Krankheit leide ...“, aus welcher sich ergibt, dass offensichtlich auch ohne Unterschrift etwas „bestätigt“ werden kann. Sollte in dem Formular eine Unterschrift fehlen, wäre offensichtlich kein Gesundheitszeugnis gegeben.

2. Der aufgezeigte Rechtsfehler nötigt zur Aufhebung des Urteils und zur Rückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hannover, allerdings nur dann, wenn – bei Vorunterzeichnung – ein unrichtiges Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 aF StGB vorliegen sollte. Dies ist der Fall:

**a.**

Voraussetzung für die Einordnung als Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 aF StGB ist, dass in der betreffenden gesundheitlichen Bescheinigung der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird (Erb in MüKo zum StGB, 4. Aufl., 2022, § 277 Rd. 2). Dies ist bei dem tatgegenständlichen „Ärztlichen Attest“ des Angeklagten unter Zugrundelegung der Urteilsfeststellungen gegeben.

**aa.**

Das von Dr. B. zum Download bereitgestellte Formular ist mangels hinreichender Individualisierung rechtlich nicht als Gesundheitszeugnis i.S. von § 278 aF StGB anzusehen.

**bb.**

Anders verhält es sich hingegen mit dem tatgegenständlichen „Ärztlichen Attest“, welches der Angeklagte unter Verwendung des von dem Arzt Dr. B. in den sozialen Medien zum Download bereitgestellten Formulars nach Eintragung seiner Personalien gebraucht hat. Hier sind die inhaltlichen Anforderungen an ein Gesundheitszeugnis gegeben.

Gegenstand eines Gesundheitszeugnisses können i.S. der o.g. Beschreibung des Gesundheitszustands eines Menschen eine frühere Erkrankung oder Verletzung sowie deren mögliche Folgewirkungen sein, ebenso eine Prognose seiner künftigen gesundheitlichen Entwicklung. Hierunter fallen sowohl die Darstellung relevanter Tatsachen und Symptome als auch deren sachverständige Bewertung. Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, dass die Bescheinigung eine Diagnose enthält (OLG Stuttgart, NJW 2014, 482 mwN). So werden insbesondere auch ärztliche Bestätigungen, ausweislich derer das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes für eine bestimmte Person „aus medizinischen Gründen nicht ratsam sei“, vom Begriff des Gesundheitszeugnisses erfasst (LG Frankfurt, NStZ-RR 2021, 282). Dem steht im vorliegenden Fall des Angeklagten der im oberen Bereich seines „Ärztlichen Attests“ enthaltene Passus „To whom it may concern“ – übersetzt: „An den, der ein berechtigtes Interesse daran hat“ – nicht entgegen. Wie das Landgericht Frankfurt in der o.g. Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei diesem Passus um eine im internationalen Sprachgebrauch bei Bescheinigungen übliche und auch bei Behörden verwendete Formulierung. Ihr lässt sich bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des in den Urteilsgründen mitgeteilten weiteren Inhalts der Bescheinigung kein einschränkender Sinngehalt dahin entnehmen, dass die Bescheinigung nicht zur Vorlage bei Behörden bestimmt war und keine individuell auf den Angeklagten bezogene Aussage über seinen Gesundheitszustand enthielt.

Die von der Revision vertretene Ansicht, das von Dr. B. zum Download bereitgestellte Formular enthalte lediglich einen generellen ärztlichen Rat bzgl. des Absehens von Tragen eines Mundschutzes, aber keine Aussage zum individuellen

Gesundheitszustand des Angeklagten und der bei ihm vom Tragen eines Mundschutzes ausgehenden konkreten gesundheitlichen Gefahren i.S. eines Gesundheitszeugnisses nach § 278 aF StGB, ist für sich genommen zwar zutreffend. Denn es handelt sich um ein bloßes Formular ohne jeglichen Bezug auf eine konkrete Person, mithin ohne die erforderliche Individualisierung. Für die rechtliche Beurteilung des vom Angeklagten unter Verwendung dieses Formulars nach Einfügung seiner Personalien gebrauchten „Ärztlichen Attests“ ist dies indes ohne Belang. Denn ein außenstehender Dritter konnte diese Bescheinigung nur so verstehen, dass bei dem Angeklagten individuelle medizinische Gründe vorlagen, aufgrund derer das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes bei ihm kontraindiziert war. Das „Ärztliche Attest“ erweckte nach seiner vom Landgericht festgestellten Gestaltung – und sollte es vorunterzeichnet gewesen sein – bei einem außenstehenden Dritten bei oberflächlicher Betrachtung oder bei Betrachtung ohne ausreichenden Bildungs- und Informationshintergrund (OLG Celle, NStZ-RR 2008, 76) nicht den Eindruck, es handele sich nur um ein Fantasiestück. Vielmehr ging von ihm nach dem zitierten Maßstab und bei Vorunterzeichnung der Anschein einer gültigen ärztlichen Bescheinigung aus. Gerade hierauf zielte die Bereitstellung des Formulars zum Download durch Dr. B. nach den Urteilsfeststellungen ab: Es sollte dem Verwender die Möglichkeit eröffnen, durch Einsetzung der eigenen Personalien in das Formular ein vermeintliches ärztliches Attest über die – angeblich – bei dem konkreten Verwender gegebene medizinische Kontraindikation des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes herzustellen, um dieses „Attest“ bei Dritten einschließlich bei Behörden vorlegen und auf diese Weise die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes umgehen zu können. Dies ergibt sich, wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist, zwanglos aus der von Dr. B. verwendeten Dateibezeichnung des zum Download bereitgestellten Formulars als „attest.pdf um der Mundschutz-Pflicht zu entkommen“. Zu genau diesem Zweck hat der Angeklagte das Formular auch aus dem Internet heruntergeladen, es mit seinen Personalien versehen und bei der verfahrensgegenständlichen Tat dem Polizeibeamten vorgezeigt.

**cc.**

Angesichts der vorstehenden Ausführungen zum individuellen Erklärungsgehalt der von dem Angeklagten verwendeten Bescheinigung ist eine nähere Auseinandersetzung mit den von der Revision auf der Grundlage diverser Veröffentlichungen angestellten Erwägungen zur Frage der generellen Sinnhaftigkeit des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes nicht veranlasst.

**dd.**

Ergänzend merkt der Senat an, dass es sicherlich richtig ist, dass ohne eine Pandemie, die auf einem Virus beruht, das überwiegend über Aerosole verbreitet wird, das generelle Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes „medizinisch nicht ratsam ist“, dass aber ebenso überhaupt nicht zweifelhaft sein kann, dass bei einer auf einem solchen Virus beruhenden Pandemielage das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes – entsprechend den allgemeinen Empfehlungen – medizinisch sinnvoll ist (vgl. Nds. Staatsgerichtshof, Beschluss vom 27.9.2021, StGH 6/20, Rn 33).

**b.**  
Unrichtig i.S. von § 278 aF StGB ist ein Gesundheitszeugnis u.a. dann, wenn die miterklärten Grundlagen der Beurteilung in einem wesentlichen Punkt nicht der Wahrheit entsprechen. Dies ist in der Regel gegeben, wenn die für die Beurteilung des Gesundheitszustands erforderliche Untersuchung nicht durchgeführt wurde (BGH NStZ-RR, 2007, 343; BGHSt 6, 90; OLG Frankfurt, StV 2006, 471). Bei der Befreiung von der allgemein angeordneten, von Teilen der Bevölkerung aber als eher lästig empfundenen Maskenpflicht soll das ärztliche Attest die erhöhte Gewähr dafür bieten, dass gegen das Tragen einer Maske tatsächlich gesundheitliche bzw. medizinische Gründe der Person sprechen und solche nicht nur aufgrund individueller Unlust vorgegeben werden. Dies setzt – ebenso wie bei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – voraus, dass eine körperliche Untersuchung tatsächlich stattgefunden hat. Bei Ausstellung eines ärztlichen Attests zur Befreiung über die Maskenpflicht wird daher stets konkludent erklärt, dass eine körperliche Untersuchung des Betroffenen stattgefunden hat. Ist eine körperliche Untersuchung im Einzelfall unterblieben, soll das Attest aber gleichwohl „richtig“ sein, muss sich das Unterbleiben der Vornahme einer körperlichen Untersuchung aus dem Attest selbst ergeben.

Gemäß den Feststellungen des angefochtenen Urteils war der Angeklagte weder von Dr. B. körperlich untersucht worden noch hatte es einen persönlichen Kontakt zwischen beiden gegeben. Das vom Angeklagten verwendete „Ärztliche Attest“ wäre mithin bzgl. der konkludent behaupteten Untersuchung als „unrichtig“ anzusehen.

**c.**  
Sollte die neue Hauptverhandlung ergeben, dass die von dem Angeklagten mit seinem Namen versehene und ausgedruckte Formularbescheinigung mit einer eingescannten Unterschrift von Dr. B. versehen war, wäre dies ausreichend, um die Urkundenqualität der Bescheinigung zu begründen. Zwar dient der Straftatbestand des Ausstellens eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses in § 278 Abs. 1 aF StGB dem Wahrheitsschutz im Beweisverkehr mit Urkunden (Zieschang in Laufhütte u.a., StGB Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2009, § 278 Rn 1), so dass unter den Tatbestand nur solche Gesundheitsbescheinigungen fallen, die Urkundenqualität i.S. von § 267 Abs. 1 StGB haben. Dies wäre hier indes gegeben. Denn die Bescheinigung des Angeklagten wäre nicht mit einer für Außenstehende als bloße Reproduktion erscheinenden Fotokopie gleichzusetzen, welche nach der Rechtsprechung keine Urkunde darstellt (Fischer, StGB, 69. Aufl. 2022, § 267 Rd. 19 ff. mwN). Schriftstücke, die mit einer zuvor eingescannten Unterschrift versehen werden, erscheinen nämlich nach Außen stets als Originale und besitzen daher Urkundenqualität (Fischer, StGB, 69. Aufl. 2022, § 267 Rd. 22). Im Übrigen kommt es für die Frage der Beweiseignung darauf an, ob das Dokument von einem außenstehenden Dritten bei oberflächlicher Betrachtung als ärztliches Attest gehalten werden kann. Dies ist hier – wie oben bereits erörtert – der Fall.

Auch die aus § 278 Abs. 1 aF StGB folgenden besonderen Anforderungen an das „Ausstellen“ eines Gesundheitszeugnisses dürften vorliegen. Unter „Ausstellen“ i.S. der genannten Vorschrift ist das körperliche oder elektronische Herstellen des Zeugnisses und die nach außen deutliche Übernahme der Verantwortung für den Inhalt (Unterschrift; Signatur) zu

verstehen. Vorliegend hat Dr. B. es den potentiellen Nutzern seines in den sozialen Medien zielgerichtet zum Download bereitgestellten Formulars überlassen, ihre Personalien einzutragen, das so vervollständigte Formular auszudrucken und es zur Umgehung der Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes zu verwenden. Mit seiner in das Formular eingescannten Unterschrift hätte Dr. B. die Verantwortung für den äußeren Anschein der Echtheit der auf den Namen der jeweiligen Person lautenden Formularbescheinigung übernommen. Der Echtheitsschutz der Bescheinigung wäre daher auch nach dem Ausfüllen des Formulars durch den Nutzer nicht beeinträchtigt, weshalb die Bescheinigung auch nicht als „falsch“ i.S. von § 277 Abs. 1 aF StGB, sondern als „unrichtiges“ Gesundheitszeugnis gemäß § 278 Abs. 1 aF StGB anzusehen wäre. Die vorliegende Konstellation ist insoweit mit dem Sachverhalt vergleichbar, der dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 08.11.2006 (BGH NStZ-RR 2007, 343) zugrunde lag. Dort hatte ein Arzt zahlreiche Blanks-Formulare für Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorunterzeichnet und es den Arzthelferinnen überlassen, die relevanten Daten der Krankschreibung in das jeweilige Formular einzutragen. Der Bundesgerichtshof hat insoweit auf eine Strafbarkeit des Arztes nach § 278 Abs. 1 aF StGB wegen des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse abgestellt, nicht auf eine Strafbarkeit der Arzthelferin nach § 277 Abs. 1 aF StGB wegen unbefugten Ausstellens von Gesundheitszeugnissen.

**3.** Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin: Sofern die Beweisaufnahme ergeben sollte, dass das tatgegenständliche „Ärztliche Attest“ des Angeklagten von dem Arzt Dr. B. vorunterzeichnet gewesen sein sollte, käme unter Zugrundelegung der in dem angefochtenen Urteil mitgeteilten weiteren Tatumstände eine Verurteilung des Angeklagten wegen Gebrauchs eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach § 279 aF i.V.m. § 278 StGB weiterhin in Betracht.

**a.**  
Ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten liegt nahe. Nach den Urteilsfeststellungen zielte die Verwendung des in Rede stehenden „Ärztlichen Attestes“ darauf ab, es bei Behörden zur Vortäuschung einer bestehenden medizinischen Kontraindikation für das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes vorzulegen und somit die Pflicht zu einem solchen Mund-Nasen-Schutz umgehen zu können.

**b.**  
Die von der Revision vertretene Ansicht, die Tat des Angeklagten sei durch Notwehr nach § 32 StGB gerechtfertigt gewesen, geht fehl. Unabhängig davon, dass sich die Urteilsgründe nicht zu der rechtlichen Grundlage der zum Vorfallszeitpunkt geltenden Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes für die Teilnehmer des Autokurses verhalten, ergibt sich aus der im Urteil mitgeteilten Einlassung des Angeklagten nichts dafür, dass er diese Verpflichtung sowie den durch die Polizei vor Ort gegenüber der Versammlungsleiterin erteilten Hinweis auf die bestehende Pflicht als unmittelbaren rechtswidrigen Angriff auf seine Gesundheit angesehen und das in Rede stehende „Ärztliche Attest“ zur Abwehr dieses Angriffs einem Polizeibeamten vorgezeigt, mithin mit entsprechendem Verteidigungswillen i.S. von § 32 StGB gehandelt hat.



c.

Um im Rahmen der Strafzumessung dem Grad der etwaigen abstrakten Gefährdung der Gesundheit anderer Personen durch die Tat des Angeklagten – wie in dem angefochtenen Urteil – eine eigene Bedeutung beimessen zu können, bedarf es näherer Feststellungen zu den Umständen des Ablaufs des zu Demonstrationszwecken durchgeführten Autokorsos, an dem der Angeklagte teilgenommen hat. Insoweit ist aus den Urteilsgründen nicht ersichtlich, wo sich der Angeklagte zum Zeitpunkt der Vorlage seines „Ärztlichen Attestes“ bei dem Polizeibeamten konkret befunden hat, allein oder mit mehreren Personen in seinem Fahrzeug oder außerhalb dessen in einer Menschenansammlung. Den Urteilsgründen lässt sich nur entnehmen, dass der Angeklagte zu dem Polizeibeamten gekommen sei.

### III. Praxishinweis

Die Corona-Pandemie wird noch in den unterschiedlichsten Ausprägungen die Ermittlungsbehörden sowie die Justiz beschäftigen.

#### 1. Gesundheitszeugnis liegt vor

Es dürfte nun unstrittig sein, dass ein bereits von einem Arzt unterzeichnetes Blankoformular eines ärztlichen Attestes, das von einer Person selbst ausgefüllt und damit individualisiert wurde, grundsätzlich als ein Gesundheitszeugnis i.S.d. §§ 278, 279 StGB zu bewerten ist.

Nach den Feststellungen der 26. Großen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main (Beschluss vom 06.04.2021 Aktenzeichen 5/26 Qs 2/21 [8920 Js 200274/21], 979 Cs 8920 Js 200274/21) stellen Gesundheitszeugnisse Bescheinigungen über den gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen, über frühere Krankheiten sowie ihre Spuren und Folgen oder über Gesundheitsaussichten dar, wobei auch Angaben tatsächlicher Natur, so etwa über erfolgte Behandlungen bzw. deren Ergebnis, erfasst sind. Hingegen ist nicht erforderlich, dass die Bescheinigung eine Diagnose oder Befundtatsachen enthält.

Ferner ist es hinreichend, wenn ein Attest bei oberflächlicher Betrachtung oder bei Betrachtung ohne ausreichenden Bildungs- oder Informationshintergrund für ein gültiges Dokument gehalten werden kann (OLG Celle, Beschluss vom 19.10.2007, Az 32 Ss 90/07, Rn. 38, juris).

#### 2. Unrichtigkeit

Unrichtig ist ein Gesundheitszeugnis, wenn es wider besseres Wissen unzutreffend hinsichtlich eines Gesundheitszustandes eines Menschen zum Gebrauch ausgestellt wurde. Dies hat das Amtsgericht Neumark i.d.OPf. in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt verneint, da es in der Hauptverhandlung den Nachweis als nicht als erbracht gewertet hatte, dass der Gesundheitszustand des Angeklagten es zuließ, eine medizinische Maske bzw. Mund-Nasen-Bedeckung zu nutzen.

Der ergangene Freispruch wurde von dem 3. Strafsenat des Bayerischen Obersten Landgericht mit Urteil vom 18.07.2022 (203 StRR 179/22) gehalten, indem darauf abgestellt wurde, dass eine nachträgliche Feststellung des Gesundheitszustandes des Angeklagten keine Rückschlüsse auf dessen gesundheitlichen Zustand beim Ausstellen der Befreiung zulässt.

Unrichtig ist ein Zeugnis im Sinne des § 278 StGB auch dann, wenn die miterklärten Grundlagen der Beurteilung in einem wesentlichen Punkt unzutreffend sind. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die für die Beurteilung des Gesundheitszustands erforderliche Untersuchung nicht durchgeführt wurde. Das Vertrauen in das ärztliche Zeugnis beruht nämlich insbesondere darauf, dass eine ordnungsgemäße Informationsgewinnung stattgefunden hat, mit der Folge, dass ihre Vornahme konkludent miterklärt wird (Landgericht Freiburg, Beschluss vom 05.08.2021, 2 Qs 36/21). Zwar lässt das Unterlassen einer Untersuchung ein Zeugnis per se noch nicht unrichtig werden, da es darauf ankommt, welches Maß an Genauigkeit im Einzelfall nach medizinischen bzw. medizinrechtlichen Gesichtspunkten erforderlich gewesen wäre. Dies hat zur Folge, dass es vom jeweiligen Einzelfall abhängt, welche Form der Untersuchung grundsätzlich erforderlich gewesen wäre und daher auch konkludent miterklärt wurde. Unabhängig von der Frage, welche Art der Befunderhebung im Einzelfall den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht, ist eine telefonische Befunderhebung bei der Ausstellung eines ärztlichen Attestes grundsätzlich nicht ausreichend, da eine Beratung oder Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien Ärzten nur im Einzelfall erlaubt ist. Gerade bei der Befreiung von der allgemein angeordneten Maskenpflicht, sollte das ärztliche Attest eine erhöhte Gewähr dafür bieten, dass tatsächlich gesundheitliche bzw. medizinische Gründe der Person das Tragen einer Maske kontraindizieren. Insofern spricht vieles dafür, dass vor der Ausstellung eines derartigen ärztlichen Attestes eine persönliche Untersuchung vorgenommen werden sollte und der Arzt sich nicht allein auf telefonische Angaben einer Person verlassen darf. Was anderes gilt möglicherweise, wenn es sich um einen langjährigen Patienten des Arztes handelt, dessen Krankengeschichte hinreichend bekannt ist.

Auf dieser Begründung fußt die Annahme der zitierten gerichtlichen Entscheidungen, dass mit der Ausstellung eines ärztlichen Attestes zur Befreiung über die Maskenpflicht stets miterklärt wird, dass eine körperliche Untersuchung des Patienten stattgefunden hat. Falls eine körperliche Untersuchung im Einzelfall unterblieben ist, soll das Attest aber gleichwohl "richtig" sein, so muss sich das Unterbleiben der Vornahme einer körperlichen Untersuchung aus dem Attest selbst ergeben (Erb in MüKoStGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 278 Rn. 4 m.w.N.).

Neben einer Strafbarkeit wegen des Gebrauchs eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses kann noch ein Verstoß gegen §§ 1a Abs. 1 S. 1, S. 2, 8 Nr. 5 der Verordnung zur Beschränkung von sozialen Kontakten und des Betriebes von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie in Betracht kommen.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

## Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht

### I. Strafprozessrecht

#### 1. Beschlagnahmefreiheit von Verteidigerunterlagen – § 97 StPO

Die einen Zivilrechtsstreit betreffende Korrespondenz eines Rechtsanwalts mit seinem Mandanten kann ausnahmsweise einen Beschlagnahmeschutz als Verteidigerunterlage gemäß §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO begründen, wenn das Prozessverhalten bereits die Einlassung in einem Strafverfahren determiniert und insofern Doppelrelevanz aufweist. Im Falle der Unkenntnis des Beschuldigten und seines Verteidigers von dem laufenden Ermittlungsverfahren ist die Korrespondenz jedenfalls dann vor Beschlagnahme geschützt, wenn der betreffende Kommunikationssender zum Zeitpunkt der Kommunikation mit der Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen aufgrund des doppelrelevanten Umstands objektiv nachvollziehbar gerechnet hat.

LG Frankfurt (Oder),  
Beschluss vom 7.04.2022 – 22 Qs 8/22, n.v.

#### 2. Durchsuchung und Beschlagnahme bei Berufsheimnisträgern – § 97 StPO

Ausforschungsdurchsuchungen und Beschlagnahmen bei einem bislang unverdächtigen Berufsangehörigen sind unzulässig, auch wenn gegen einen Mandanten der Verdacht der Steuerhinterziehung besteht.

BVerfG, Beschluss vom 30.11.2021 – 2 BvR 2038/18,  
StraFo 2022, 67

Nach Auffassung des BVerfG hat das LG in seiner angefochtenen Entscheidung das in § 97 Abs. 1 StPO verankerte Beschlagnahmeverbot nicht beachtet, das beim Berufsangehörigen vorliegende mandatsbezogene Unterlagen vor einer Sicherstellung schützt. Zwar entfällt dieser Schutz, wenn der Berater selbst an der betreffenden Tat beteiligt ist (§ 97 Abs. 2 S. 2 StPO). Zwingend erforderlich ist dann aber schon vor der Maßnahme ein konkreter Tatverdacht gegen den Betroffenen selbst. Eine Durchsuchung bzw. die Durchsicht oder Beschlagnahme von Unterlagen dürfen nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind, denn sie setzen einen Verdacht bereits voraus. Zwar kann sich ein Tatverdacht durchaus erst nachträglich nach Durchführung vorheriger anderweitiger Ermittlungen

ergeben. Auch dann setzt die Rechtmäßigkeit einer – wie hier – weiteren anschließend richterlich angeordneten Ermittlungsmaßnahme indes voraus, dass der gegen einen Verdächtigen gerichtete Tatverdacht schon zum Zeitpunkt der ihn betreffenden Entscheidung vorliegt, zumal dann, wenn er wegen eines bestehenden Mandatsverhältnisses selbst zeugnisverweigerungsberechtigt ist. Es genügt nicht, dass der Tatverdacht erst durch das (zuvor unzulässig) sichergestellte beziehungsweise beschlagnahmte Beweismittel entsteht.

Zu der Entscheidung s. Schelzke, jurisPR-StrafR 6/2022 Anm. 3. S. zur Anforderung bei der Durchsuchung bei Dritten, insbesondere bei Rechtsanwälten, weiter LG Stuttgart, Beschluss vom 04.11.2021 – 6 Qs 9/21, n.v., mit kritischen Anmerkungen von Schwerdtfeger/Brune, jurisPR-StrafR 2/2022 Anm. 2, und Rettenmeier/Lentz, jurisPR-Compl 1/2022 Anm. 3.

#### 3. Durchsuchung bei Drittbeteiligten – § 103 StPO

Vor einer Durchsuchung bei einem einer Straftat unverdächtigen Insolvenzverwalter muss dieser regelmäßig aufgefordert werden, ihm vorliegende Unterlagen freiwillig herauszugeben.

LG Halle, Beschluss vom 14.04.2022 – 2 Qs 2/22,  
NZI 2022,588

Der Entscheidung zustimmend Köllner, NZI 2022, 550, 551, sowie Kienzerle, FD-StrafR 2022, 449132. Grundlegend zu der Problematik vgl. Brüsseler, ZInsO 2007, 1163, Weyand, ZInsO 2008, 24, und Stiller, ZInsO 2011, 1633. S. weiter LG Saarbrücken, Beschluss vom 02.02.2010 – 2 Qs 1/10, ZInsO 2010, 431 mit Anmerkung Weyand, wo sich der Verwalter ersichtlich aus bloßer Verärgerung geweigert hatte, Auskünfte an die Ermittlungsbehörden zu erteilen, sowie LG Ulm, Beschluss vom 15.01.2007 – 2 Qs 2002/07, ZInsO 2007, 827, LG Potsdam, Beschluss vom 08.01.2008 – 25 Qs 60/06, ZInsO 2007, 1162, und LG Dresden, Beschluss vom 27.11.2013 – 5 Qs 113/13, ZInsO 2013, 2564. Dass weder Insolvenzverwalter noch Berater ein Refugium für Geschäftsunterlagen bieten können und dürfen, hat das LG Saarbrücken in seinem Beschluss vom 12.03.2013 – 2 Qs 15/13, ZInsO 2013, 1042, ausführlich und erschöpfend dargelegt.

#### 4. Durchsuchung einer Behörde – § 103 StPO

Die Durchsuchung von Behördenräumen ist regelmäßig nur dann zulässig, wenn zuvor vergeblich ein schriftliches Herausgabeverlangen unter genauer Bezeichnung der betroffenen Unterlagen ergangen ist. Dies ist nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine Ablehnung sicher zu erwarten, eine Vernichtung von Beweismitteln zu befürchten oder eine besondere Dringlichkeit anzunehmen ist.

LG Osnabrück, Beschluss vom 09.02.2022 – 12 Qs 32/21, wis-tra 2022, 212. Zu der Entscheidung s. die zustimmende Anmerkung von Moldenhauer/Momsen, NJW 2022, 886.

## 5. Durchsicht von elektronischen Speichermedien – § 110 StPO

Der Zugriff auf im Ausland gespeicherte Daten in einer Cloud ist auch ohne Rechtshilfeersuchen nach § 110 Abs. 3 StPO zulässig.

LG Koblenz, Beschluss vom 24.08.2021 – 4 Qs 59/21, NZWiSt 2022, 160.

Zu der Entscheidung s. kritisch Hiéramente/Basar, jurisPR-StrafR 6/2022 Anm. 1.

## 6. Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft und Strafklageverbrauch – § 153 StPO

Einer Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts gem. § 153 Abs. 1 Satz 1 StPO kommt kein Strafklageverbrauch zu.

OLG Hamm, Beschluss vom 10.03.2022 – 4 RVs 2/22, NStZ 2022, 614.

## 7. Akteneinsichtsrecht der Finanzbehörde gegenüber der Staatsanwaltschaft – § 474 StPO

Für ein Finanzamt ergibt sich gegenüber der Staatsanwaltschaft ein Anspruch auf Auskunftserteilung aus Ermittlungsakten (§ 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO) aus §§ 105 Abs. 1, 111 Abs. 1 S. 1, 393 Abs. 3 AO.

BayObLG, Beschluss vom 20.12.2021 – 203 VAs 389/21, StraFo 2022, 155

Zu der Entscheidung s. die Anmerkungen von Schützeberg, AO-StB 2022, 83, sowie von Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2022, 122. Akten, welche ein Steuerstrafverfahren betreffen, sind der Finanzbehörde nach § 395 AO uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen; s. dazu Weyand, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 395 Rn. 1 ff.

## II. Materielles Strafrecht

### 1. Geldstrafe neben Freiheitsstrafe – § 41 StGB

Verhängt das Tatgericht neben der Freiheits- keine Geldstrafe, obgleich die Verteidigung dies beantragt hat, ist es verfahrensrechtlich nicht verpflichtet, die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte in den Urteilsgründen darzulegen. Die Revision des Angeklagten kann in diesen Fällen grundsätzlich keinen ihm nachteiligen sachlich-rechtlichen Erörterungsmangel dergestalt aufdecken, dass die zusätzliche Geldstrafe mit einer geringeren Bemessung der Freiheitsstrafe hätte einhergehen können.

BGH, Beschluss vom 24.03.2022 – 3 StR 375/20, NJW 2022, 1759

## 2. Täter-Opfer-Ausgleich im Steuerstrafverfahren – § 46a StGB

Die Anwendung des § 46 a StGB in Fällen der Steuerhinterziehung nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht, die dadurch geprägt sind, dass der Täter die Schadenswiedergutmachung unter erheblichen Anstrengungen und Belastungen erbracht hat. Leistet ein Angeklagter die rückständigen Steuern zeitnah und vollständig, muss sich der Strafrichter aber mit den Voraussetzungen der Norm auseinandersetzen.

BayObLG, Beschluss vom 20.07.2021 – 207 StRR 293/21, n.v. S. in diesem Zusammenhang noch BGH, Urteil v. 13. März 2019, 1 StR 367/18, wistra 2019, 498.

## 3. Einziehung und Rückwirkungsverbot – § 73e StGB; Art. 316j Nr. 1 EGStGB

Die in § 73e Abs 1 S 2 StGB getroffene Regelung, wonach eine Einziehung von Taterträgen auch dann in Betracht kommt, wenn der Anspruch des Verletzten auf Rückgewähr oder auf Wertersatz durch Verjährung erloschen ist, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. § 316j Abs. 1 EGStGB verstößt nicht gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot des Art 103 Abs 2 GG, da sie keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe zum Gegenstand hat, sondern eine Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter, für die das strafrechtliche Rückwirkungsverbot nicht gilt.

BVerfG, Beschluss vom 7.04.2022 – 2 BvR 2194/21, WM 2022, 919

## 4. Einziehung von Taterträgen nach Verjährungseintritt – § 76a StGB

Der durch eine verjährte Straftat erlangte Wert von Taterträgen kann nur dann eingezogen werden, wenn die Staatsanwaltschaft in Ausübung ihres Ermessens einen Antrag auf Einziehung im selbständigen Verfahren stellt, der den Anforderungen des § 435 StPO entspricht.

BGH, Beschluss vom 04.05.2022 – 1 ARs 13/21, BeckRS 2022, 11962

## 5. Tatbeendigung und Verjährungsbeginn bei Insolvenzverschleppung – § 78 StGB; § 15a InsO

Die Insolvenzverschleppung ist ein Dauerdelikt. Bei Verstößen gegen § 15a InsO ist Tatbeendigung i.S.d. § 78a StGB dementsprechend erst mit der Beseitigung des bestehenden rechtswidrigen Zustands anzunehmen, wenn die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags erfüllt worden oder anderweitig entfallen ist, etwa indem das Insolvenzgericht dem Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattgibt oder die finanzielle Krisensituation überwunden wurde. Solange die Insolvenzlage andauert, lässt selbst eine

rechtskräftige Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung die Antragspflicht nicht entfallen.

LG Stuttgart, Beschluss vom 28.02.2022 – 6 Qs 1/22, ZInsO 2022, 776

Zu der Entscheidung s. die Anmerkung von Köllner, NZI 2022, 497. Zum Strafklageverbrauch bei Insolvenzverschleppung s. noch Weyand, ZInsO 2013, 737, Kring, wistra 2013, 257, sowie Grosse-Wilde, wistra 2014, 130.

## 6. Geldwäsche durch Rechtsanwalt in Zivilsachen – § 261 StGB

Die nach der Rechtsprechung für eine Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche erforderliche sichere Kenntnis von der bemakelten Herkunft des von ihm angenommenen Geldes ist auch für eine Strafbarkeit eines Rechtsanwalts in Zivilsachen erforderlich.

AG Cloppenburg, Urteil vom 13.02.2021 – 3 Cs 132/20, BRAK-Mitt. 2022, 48

Zu der Entscheidung s. die zustimmende Anmerkung von Reichling, wistra 2021, 495.

## 7. Schadensbemessung beim Betrug, insbesondere bei Risikogeschäften – § 263 StGB

Ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Ist der Getäuschte ein Risikogeschäft eingegangen, liegt im Rahmen der vorzunehmenden Saldierung in einem drohenden ungewissen Vermögensabfluss erst dann ein Schaden, wenn der wirtschaftliche Wert des Vermögens bereits gesunken ist. Erwirbt der Getäuschte einen (Rückzahlungs-)Anspruch gegen eine Gesellschaft, bedarf es für die wirtschaftliche Feststellung des Anspruchswerts einer Bewertung des vorhandenen Unternehmensvermögens und der zu prognostizierenden Unternehmensentwicklung, die – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen dargelegt werden müssen.

BGB, Beschluss vom 16.02.2022 – 4 StR 396/21, ZInsO 2022, 1057

## 8. Untreue des Vorstandes einer AG – § 266 StGB

Dem Vorstand einer AG steht bei der Leitung der Geschäfte des Unternehmens ein weiter Handlungsspielraum zu, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit nicht denkbar ist. Eine i.S.d. § 266 StGB strafrechtlich relevante Pflichtverletzung liegt vor, wenn die Grenzen eines von Verantwortungsbewusstsein getragenen und ausschließlich am Unternehmenswohl orientierten unternehmerischen Handelns überschritten sind, die

Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss; Leitlinie ist insoweit die business judgement rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Eine Pflichtverletzung ist insbesondere anzunehmen, wenn schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt, bei dem sich der Leitungsfehler auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen muss. Der Vorstand einer AG muss in der konkreten Entscheidungssituation alle für ihn verfügbaren tatsächlichen und rechtlichen Informationsquellen ausschöpfen; ist die auf dieser Basis getroffene Entscheidung aus der Sicht eines ordentlichen Kaufmanns vertretbar, ist nicht von einer strafrechtlich relevanten Handlungsweise auszugehen.

BGH, Urteil vom 10.02.2022 – 3 StR 329/21, ZInsO 2022, 765  
Zu der Entscheidung s. die Anmerkung von Weyand, ZInsO 2022, 767. S. ferner zur Problematik der Sorgfaltspflicht auch BGH, Urteil vom 27.01.2021 – 3 StR 628/19, ZInsO 2021, 904.

## 9. Untreue durch einen Oberbürgermeister – § 266 StGB

Ein Oberbürgermeister, der den zuvor erteilten Auftrag an eine Detektei nicht kündigt, obwohl er erkennt, dass die durchgeführte Überwachung städtischer Mitarbeiter, gegen die der Verdacht berufsbezogener Straftaten bestand, ergebnislos war, macht sich der Untreue schuldig, zumal dann, wenn – wie ihm bekannt – seine Zuständigkeit zur Auftragsvergabe (mittlerweile) überschritten ist.

BGH, Urteil vom 03.03.2022 – 5 StR 228/21, wistra 2022, 384

Im ersten Durchgang hatte das LG Saarbrücken den Angeklagten, der als Oberbürgermeister der Stadt Homburg tätig ist, mit Urteil vom 21.02.2019 wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Auf die Revision des Angeklagten hatte der Senat dieses Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, jedoch die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen mit Ausnahme derjenigen zum Untreueschaden bestehen lassen (vgl. Beschluss vom 08.01.2020 – 5 StR 366/19, wistra 2020, 288; s. dazu Bittmann, NZWiSt 2020, 199, sowie Brand, NJW 2020, 631). In der erneuten Verhandlung wurde der Oberbürgermeister wegen Untreue zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu jeweils 90 € verurteilt. Die Revision der Staatsanwaltschaft blieb erfolglos.

## 10. Keine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers – § 266 StGB

Der Treuebruchtatbestand (§ 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB) setzt ein Treueverhältnis gehobener Art mit Pflichten von einigem Gewicht voraus. Bei Darlehensverhältnissen oder sonstigen Kreditvereinbarungen ist der Darlehensnehmer gegenüber dem Darlehensgeber grundsätzlich nicht treupflichtig. Eine Ausnahme kann bei einem zweckgebundenen Darlehen anzunehmen sein, wenn durch die besondere Zweckbindung



Vermögensinteressen des Darlehensgebers geschützt werden und diese wirtschaftlich im Mittelpunkt des Vertrags stehen.

OLG Naumburg, Beschluss vom 19.10.2021 - 1 Rv 152/21, ZInsO 2022, 1078

#### 11. Untreue bei Zahlungen an Betriebsratsmitglieder - § 266 StGB

Aufgrund des unentgeltlichen Ehrenamts ist eine Bezahlung von Betriebsräten als „Co-Manager“ oder „auf Augenhöhe“ mit den Verhandlungspartnern auf Arbeitgeberseite unzulässig. Eine entsprechende „tätigkeitsbezogene“ Vergütung ist mit den §§ 37, 78 BetrVG nicht vereinbar. Zugrunde zu legen ist die betriebsübliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer, mithin der typische Normalverlauf, nicht jedoch Sonderkarrieren. Die Fähigkeiten und Kenntnisse, die das Betriebsratsmitglied während seiner Zeit im Betriebsrat erwirbt, dürfen keine Berücksichtigung finden. Weiß ein Angeklagter nicht, dass er durch derart unberechtigte Zahlungen dem Vermögen des Unternehmens, dem gegenüber er treupflichtig ist, Schaden zufügt, ist er vielmehr bei den jeweiligen Bewilligungsentscheidungen davon überzeugt, pflichtgemäß und gesetzeskonform zu handeln, ist diese rechtliche Fehlvorstellung, mithin der Irrtum über die Voraussetzungen der außerstrafrechtlichen Normen der §§ 37 und 78 BetrVG, daher als Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB zu werten.

LG Braunschweig, Urteil vom 28.09.2021 - 16 KLs 406 Js 59398/16 (85/19), ZIP 2022, 244

Zu der Entscheidung s. Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1, sowie Annuß, NZA 2022, 247.

#### 12. Schadensfeststellung bei Untreue und Bankrott - § 266 StGB; § 283 StGB

Ob ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB eingetreten ist, muss grundsätzlich durch einen aus ex-ante-Sicht vorzunehmenden Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der beanstandeten Verfügung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden, wobei bei Immobilien der hierbei anzusetzende objektive Wert regelmäßig dem Verkehrswert entspricht. Ein Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nur bei Vermögensverschiebungen gegeben, die den Anforderungen eines ordnungsgemäßen Wirtschaftens grob widersprechen.

BGH, Beschluss vom 09.02.2022 - 1 StR 384/21, ZInsO 2022, 824

#### 13. Bankrott - Beiseiteschaffen durch Forderungseinzug über das Konto eines Dritten - § 283 StGB

Zieht der Gläubiger in seiner Krise eine Forderung über das Konto einer dritten Person ein, für das er selbst verfügungsberechtigt ist, und hebt er das eingegangene Geld umgehend wieder ab, liegt darin noch kein Beiseiteschaffen i.S.d. § 283

Abs. 1 Nr. 1 StGB. Erteilt der Angeklagte die Zustimmung nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO und ermöglicht so die Überprüfung der Beweisergebnisse oder eine weitere Aufklärung des Tatvorwurfs, kommt ihm das im Fall einer Verurteilung bei der Strafzumessung zugute.

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 15.12.2021 - 12 Ns 502 Js 1046/19, ZInsO 2022, 94

Zu der Entscheidung s. Hölken, jurisPR-InsR 10/2022 Anm. 2. Das Urteil schließt sich der einschlägigen Rechtsprechung des BGH an, vgl. etwa BGH, Beschluss vom 12.05.2016 - 1 StR 114/16, ZInsO 2016, 1436, mit Anmerkung Brand, NZI 2016, 750.

#### 14. Kenntnis der Finanzbehörde und Steuerhinterziehung - § 370 AO

Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung scheidet aus, wenn die zuständigen Finanzbehörden zum maßgeblichen Veranlagungszeitpunkt von den wesentlichen steuerlich relevanten Umständen bereits Kenntnis haben.

Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 10. Februar 2022 - 2 Ws 202/21, wistra 2022, 479

Die Entscheidung folgt der in der Rechtsprechung überwiegend vertretenen Auffassung; s. etwa OLG Oldenburg, Urteil vom 16.11.1998 - Ss 319/98, wistra 1999, 151 und Beschluss vom 10.07.2018, 1 Ss 51/18, ZWH 2018, 366 mit Anmerkung Schott, OLG Köln, Urteil vom 31.01.2017 - 1 RVs 253/16, wistra 2017, 363; ebenso BayObLG, Beschluss vom 03.11.1989 - RReg 4 St 135/89, wistra 1990, 159.

#### 15. Insolvenzverschleppung durch einen faktischen Geschäftsführer - § 15a InsO

Nicht nur das formal bestellte Gesellschaftsorgan, sondern auch einen Dritten, der ohne formellen Beststellungsakt die Geschäfte der Gesellschaft führt, trifft eine Insolvenzantragspflicht.

LG Münster, Urteil vom 20.05.2021 - 4 Ns-45 Js 46/17-9/20, BeckRS 2021, 43777

### III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

#### 1. Versicherung des Geschäftsführers bei Anmeldung - § 6 Abs. 2 GmbHG

Die eidesstattliche Versicherung eines Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 lit. e) GmbHG erstreckt sich auch auf die im Jahr 2017 in das StGB eingefügten Straftatbestände des § 265c StGB (Sportwettbetrug), des § 265d StGB (Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) sowie des § 265e StGB, der besonders schwere Fälle des Sportwettbe-

trugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben unter Strafe stellt.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2021 – 3 Wx 182/21, ZInsO 2022, 1246. Der BGH hat sich mittlerweile der Auffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen; s. BGH, Beschl. v. 28.06.2022 – II ZB 8/22, ZInsO 2022, 1867. Dem zustimmend Knaier, GmbHR 2022, 1027, sowie Hippeli, jurisPR-HaGesR 8/2022 Anm. 2

Zu der Problematik ausführlich Weyand, ZInsO 2022, 6.

## 2. Anfechtung bei Zahlung von Geldstrafen eines Gesellschafters – § 129 InsO

Es liegt eine anfechtbare Zahlung vor, wenn eine GmbH zur Abwendung der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe eine Geldstrafe für ihren zahlungsunfähigen Alleingesellschafter begleicht.

LG Rostock, Urteil vom 17.12.2021 – 1 S 146/20, NZI 2022, 174

## IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

### 1. Luftsicherheitsrechtliche Unzuverlässigkeit aufgrund einer Verurteilung wegen Urkundenfälschung und Steuerhinterziehung – § 7 Abs. 1a LuftSiG

Die Begehung von Straftaten lässt grundsätzlich daran zweifeln, dass sich der Betroffene auch in Zukunft jederzeit rechtstreu verhält und hinreichende Gewähr dafür bietet, die Belange des Luftverkehrs zu bewahren. Dabei muss die Straftat (hier: Steuerhinterziehung und Urkundenfälschung) keinen spezifischen luftverkehrsrechtlichen Bezug aufweisen.

VG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2021 – 6 L 1820/21, NZWiSt 2022, 212

Zu der Entscheidung s. die krit. Anmerkung von Gehm, NZWiSt 2022, 217, sowie Wegner, PStR 2022, 54. Zur gewerberechtl. Unzuverlässigkeit eines rechtskräftig verurteilten Bezirksschornsteinfegermeisters, dem Verstöße gegen § 348 StGB bzw. § 370 AO vorgeworfen wurden, s. VG Trier, Beschluss vom 27.10.2021 – 2 L 3058/21, n.v.

### 2. Widerruf einer Spielhallenerlaubnis – § 33c GewO; § 2 SSpiehG

Ob längere Zeit zurückliegende Taten (hier: Steuerhinterziehungen), die zu einer Verurteilung geführt haben, die Annahme der gewerberechtl. Unzuverlässigkeit rechtfertigen können, ist einzelfallbezogen zu prüfen. Einem ordnungsgemäßen Verhalten während einer verhängten Bewährungszeit und während des andauernden ordnungsrechtlichen Verwaltungsverfahrens kommt für die Frage der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden regelmäßig nur eine geringe Aussagekraft zu.

OVG Saarlouis, Beschluss vom 14.10.2021 – 1 B 138/21, NZWiSt 2022, 168

Zu der Entscheidung s. die Anmerkung von Roth, NZWiSt 2022, 168. Vgl. ferner BayVG, Beschluss vom 22.10.2021 – 22 ZB 21.1938, NZWiSt 2022, 171.

### 3. Rechtmäßigkeit einer erweiterten Gewerbeuntersagung trotz Insolvenzverfahrens – § 35 GewO

§ 12 S 2 GewO hat ebenso wie § 12 S 1 GewO keine Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung wegen einer auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruhenden Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlassen wurde.

BayVG, Beschluss vom 28.10.2021 – 22 ZB 21.1923, ZInsO 2021, 2666.

Zu der Entscheidung s. Hölken, jurisPR-InsR 3/2022 Anm. 5, sowie ergänzend noch BVerwG, Urteil vom 15.04.2015 – 8 C 6/14, ZInsO 2015, 1625.

### 4. Gewerbeuntersagung bei hohen Steuerschulden und Nichtvorlage eines Sanierungskonzepts – § 35 GewO

Eine gewerberechtl. Unzuverlässigkeit i.S.v. § 35 GewO oder § 57 Abs. 1 GewO setzt kein subjektiv vorwerfbares Verhalten voraus, sondern knüpft allein an objektive Tatsachen an, die hinsichtlich der zukünftigen Tätigkeit des Gewerbetreibenden eine ungünstige Prognose rechtfertigen; mithin sind damit die Ursachen, die zu der Überschuldung und der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit geführt haben, gewerberechtlich ohne Belang.

VG Magdeburg, Urt. v. 11.11.2021 – 3 A 213/20 MD, ZInsO 2022, 434

## V. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

### 1. Entbindung eines ehrenamtlichen Richters – FGO §§ 18, 21

Ein ehrenamtlicher Richter am FG ist von seinem Amt zu entbinden, wenn und solange gegen ihn Anklage wegen einer Tat erhoben ist, die den Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge haben kann. Auf die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens kommt es nicht an. Erforderlich ist die abstrakte Möglichkeit des Verlustes, nicht aber, dass nach den Umständen des Einzelfalls mit der Aberkennung tatsächlich zu rechnen ist. Dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Ämtern wird dadurch Genüge getan, dass der ehrenamtliche Richter, wenn er rechtskräftig außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen ist, die Aufhebung des Beschlusses über seine Amtsentbindung beantragen kann.

BFH Beschluss vom 29.07.2021 - II B 12/21,  
BFH/NV 2021, 1520

Zu der Entscheidung s. die Anmerkung von Kugelmüller-Pugh; HFR 2022, 39.

## 2. Steuerpflicht bei Scheingewinnen – § 20 Abs. 1 EStG

Auch im Rahmen eines Schneeballsystems können einem Steuerpflichtigen Kapitaleinkünfte zugerechnet werden. Für eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bedarf es keiner Absicht oder eines direkten Hinterziehungsvorsatzes; es

genügt, dass der Täter die Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestands für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (sog. Eventualvorsatz). Der Hinterziehungsvorsatz setzt deshalb weder dem Grunde noch der Höhe nach eine sichere Kenntnis des Steueranspruchs voraus.

FG Nürnberg, Urteil vom 23.02.2021 - 1 K 53/19,  
NZWiSt 2022, 174

Zu der Entscheidung s. die Anmerkung von Gehm, NZWiSt 2022, 178.

## REZENSIONEN

Rechtsanwalt Dr. Sascha Süße, LL.M., M.A., Düsseldorf

### Hille: Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden

### Internal Investigations, Mitarbeiterinterviews und nemo-tenetur-Grundsatz

Duncker & Humblot, Berlin 2020, 371 Seiten,  
ISBN 978-3-428-18030-1

Diese Publikation wurde im Wintersemester 2018/2019 bei der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation eingereicht. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Januar 2019.

#### I. Einleitung

In ihrer Arbeit befasst Hille sich mit einer in den vergangenen Jahren vielfältig diskutierten Problematik im Zusammenhang mit Internal Investigations, die sich an einer Schnittstelle von Arbeitsrecht und Strafrecht bewegen: Im Rahmen einer Internal Investigation wird ein Mitarbeiter zu verschiedenen Sachverhalten befragt. Unter der Annahme, dass ihn eine arbeitsrechtliche Verpflichtung trifft, Angaben zu machen, belastet er sich mit dem, was er zu Protokoll gibt, selbst. Das betroffene Unternehmen, in dessen Auftrag die Aufklärung des Sachverhalts intern oder mit Unterstützung externer Berater durchgeführt wird, entscheidet sich für eine Kooperation mit den Ermittlungsbehörden. Dies geschieht u.a. in der Erwartung, eine potentiell gegen das Unternehmen gerichtete Sanktion dadurch abzumildern.

Im Rahmen der Kooperation werden die Protokolle über die Mitarbeiterinterviews an die Ermittlungsbehörden übergeben, die dadurch auch Kenntnis von den selbstbelastenden Angaben des Mitarbeiters erhalten. Die Ermittlungsbehörden verwenden diese Informationen im Rahmen eines Strafverfahrens gegen den Mitarbeiter. Dieser hätte allerdings gegenüber den Ermittlungsbehörden in dem Strafverfahren unter Berufung auf den nemo-tenetur Grundsatz das Recht zu Schweigen gehabt und die selbstbelastenden Angaben verweigern können.

Die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht in Verbindung mit der Kooperationsbereitschaft des Unternehmens (oder mit dem Risiko einer Beschlagnahme von Unterlagen aus der Internal Investigation) bringen den Mitarbeiter in den Konflikt, entweder arbeitsrechtliche Sanktionen, etwa in Form einer Verdachtskündigung, oder strafrechtliche Verfolgung zu riskieren. Seine strafrechtliche Selbstbelastungsfreiheit wird in diesen Konstellationen somit letztlich ausgehöhlt.

Diese Situation ist aber nicht nur für den Mitarbeiter unglücklich, sondern auch für das betroffene Unternehmen. Schweigt der Mitarbeiter nämlich aus Sorge vor strafrechtlicher Verfolgung, geht dem Unternehmen eine wichtige Möglichkeit zur Sachverhaltsaufklärung (und damit ggf. Sanktionsmilderung) verloren. Eine strafrechtliche Verfolgung des Mitarbeiters wird zudem nicht in jeder Konstellation im Interesse des Unternehmens liegen. Solange diese Konstellation nicht gesetzlich geregelt ist, verbleiben letztlich auch für die Strafverfolgungsbehörden Unsicherheiten, ob und inwieweit die derart erlangten Beweise am Ende als Beweismittel vor Gericht verwendet werden können.

Wie diese Problematik aufzulösen ist, ist in der Vergangenheit in Wissenschaft und Praxis intensiv mit unterschiedlichen Lösungsansätzen diskutiert worden. Auch der in der letzten Legislaturperiode im Bundestag beratene, einem Inkraft-Treten bislang am nächsten gekommene Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (Verbandssanktionengesetz) hatte sich im Zusammenhang mit § 17 VerSanG-E ausführlich mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt.

## II. Zum Inhalt

Hille betrachtet nach einer kurzen Einleitung und der Darstellung des Gangs der Untersuchung (Kapitel A.) zunächst die Grundlagen von Internal Investigations und der Strafbarkeit von Unternehmen (Kapitel B.). Hierzu gibt sie einen Überblick über die US-amerikanische Herkunft der Internal Investigations und die Regelungen des deutschen Rechts, aus denen sich eine Verpflichtung zur Einführung präventiver und repressiver Compliance-Maßnahmen in der Aktiengesellschaft ergibt. Ebenfalls wirft sie einen Blick auf die Vor- und Nachteile von Compliance-Systemen und der Durchführung von Internal Investigations. Den größten Vorteil für Unternehmen sieht Hille darin, durch eine Kooperation mit den Ermittlungsbehörden milder sanktioniert werden zu können und damit ggf. sogar eine Insolvenz abzuwenden. Bei den Nachteilen weist die Verfasserin insbesondere auf die üblicherweise hohen Kosten hin, die mit einer unternehmensinternen Sachverhaltsaufklärung verbunden sind.

Im Anschluss an eine sodann folgende Darstellung der Sanktionsmöglichkeiten gegen Unternehmen nach deutschem Recht (insbesondere §§ 130,30 OWiG) weist Hille auf diesbezügliche Reformansätze hin. Hier geht sie insbesondere auf den nordrhein-westfälischen Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuches aus 2013 sowie den Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes aus 2017 ein. Letzterer ist für die Überlegungen von Hille insbesondere deshalb von Interesse, da dieser vorsieht, dass Angaben, die ein Zeuge im Rahmen einer Internal Investigation macht, nicht ohne dessen Zustimmung als Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden dürfen.

Im dritten Kapitel der Arbeit (Kapitel C.) erörtert die Verfasserin dann die grundlegende Frage, ob einen Mitarbeiter Auskunftspflichten im Rahmen einer Internal Investigation treffen. Sie bejaht sowohl eine Pflicht zur Teilnahme an einem Interview als auch eine Auskunftspflicht. Diese bestehe für den unmittelbaren Arbeitsbereich im Wege eines Auskunftsanspruchs aus § 666 BGB (i.V.m. § 675 BGB) und ebenso für den mittelbaren Arbeitsbereich über den allgemeinen vertraglichen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB, konkretisiert durch die arbeitsvertragliche Rücksichtnahme- und Treuepflicht, §§ 611a, 241 Abs. 2 BGB. Mit höherer Verantwortung und Stellung würden diese Pflichten zudem entsprechend steigen.

Hieran anschließend skizziert die Verfasserin die vielschichtige praktische Vorgehensweise bei Mitarbeiter-Interviews. Sie arbeitet dabei den auf den Mitarbeiter ausgeübten Druck zur Aussage heraus, der sich insbesondere dann ergebe, wenn ihm anderenfalls arbeitsrechtliche Sanktionen angedroht werden oder umgekehrt, im Rahmen eines Amnestieversprechens, Vorteile für eine Aussage versprochen würden. Im Folgenden setzt sich Hille ausführlicher mit den Grenzen der Auskunftspflicht des Mitarbeiters auseinander. Hier kommt sie zu dem Ergebnis, dass keine Begrenzung durch strafprozessuale Normen erfolge, die äußere Grenze bilde vielmehr das materielle Strafrecht. Eine mittelbare Drittwirkung des nemo-tenetur Grundsatzes sei allerdings zu bejahen.

Daraus folge, dass der Mitarbeiter hinsichtlich seines unmittelbaren Arbeitsbereiches grundsätzlich verpflichtet sei, auch selbstbelastende Tatsachen zu offenbaren, während ihm dies bezogen auf den mittelbaren Arbeitsbereich in der Regel unzumutbar sei. Hinsichtlich letzterem könne nur ausnahmsweise, etwa zur Abwendung von Gefahr für Leib und Leben anderer oder bei Mitarbeitern in Führungspositionen, eine Auskunftspflicht angenommen werden.

Die Verfasserin setzt sich ausführlich mit der sowohl von einigen Stimmen in der Literatur als auch gelegentlich in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht auseinander, es bestehe ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht des Mitarbeiters gegenüber dem Arbeitgeber bei selbstbelastenden Frage-Antwort-Konstellationen. Diese Ansicht sieht Hille aber als nicht überzeugend an. Hiergegen führt sie einerseits dogmatische Bedenken an, andererseits seien bei der Frage der Auskunftspflicht auch die ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Interessen des Arbeitgebers am Schutz des Eigentums und der Berufsfreiheit zu berücksichtigen. Auch faktisch helfe ein solches Auskunftsverweigerungsrecht dem Mitarbeiter nicht, da ihm mit einer Verdachtskündigung und der Nichtgewährung einer Amnestie gedroht werden könne. Die Lösung für den Konflikt zwischen Selbstbelastungsfreiheit und Auskunftsrecht des Arbeitgebers könne daher nicht in einer Auskunftsverweigerung auf privatrechtlicher Ebene, sondern nur auf der Ebene der Informationsweitergabe und Verwertung im Strafverfahren liegen.

In praktischer Hinsicht verdeutlicht Hille sodann, dass, sofern eine Auskunftspflicht besteht, deren Nichterfüllung auch arbeitsrechtlich sanktioniert werden könne (bspw. durch Zurückbehaltung des Gehalts) und grundsätzlich auch zwangsweise durchsetzbar sei. Hier weist sie allerdings zurecht darauf hin, dass das in der Praxis wenig praktikabel sein dürfte. Im sich anschließenden vierten Teil der Arbeit (Kapitel D.) betrachtet die Verfasserin zunächst die Kooperation zwischen einem Unternehmen und der Staatsanwaltschaft genauer. Sie prüft und bejaht die Zulässigkeit der Weitergabe von Interviewprotokollen durch das Unternehmen an die Ermittlungsbehörden auch unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des betroffenen Mitarbeiters. Zudem seien die Möglichkeiten einer Beschlagnahme der Protokolle im Unternehmen und unter Umständen bei involvierten Rechtsanwälten zu beachten. Festzustellen sei ferner, dass sowohl unter der aktuellen Rechtslage als auch den zum Zeitpunkt des Abschlusses der Arbeit vorliegenden Entwürfen möglicher Neuregelungen das Unternehmen zum Erhalt eines Bonus im Rahmen der Sanktionierung die Individualtäter im Unternehmen benennen müsse.

Hille schlussfolgert, dass sich mit der Übergabe der Interviewprotokolle an die Ermittlungsbehörden die arbeits- und die straf- und strafprozessuale Situation des Mitarbeiters vermischen. Nun drohe die Aushöhlung seines ihm im Strafverfahren zustehenden Schweigerechts nach §§ 136 Abs. 1 S. 2, 243 Abs. 5 S. 1 oder 55 StPO. Da ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht abzulehnen sei, müssten sich die aus ihrer Sicht wesentlichen Überlegungen auf die Frage beziehen, ob ein Beweisverwertungsverbot zugunsten selbstbelastender Aussagen des Mitarbeiters greift.



Die sodann in Kapitel E. folgenden diesbezüglichen Ausführungen stellen die Kernüberlegungen der Verfasserin dar. Zunächst gibt sie dazu eine kurze Übersicht über die Möglichkeiten der Einführung der Beweise in die Hauptverhandlung, für den Fall, dass der beschuldigte Mitarbeiter sich auf sein Schweigerecht beruft.

In zwei großen Blöcken prüft Hille dann, ob und wenn ja, was für ein Beweisverwertungsverbot greift: In Betracht kommt zum einen ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot aufgrund einer dem Staat zurechenbaren internal investigation und zum anderen ein selbständiges Beweisverwertungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Auf der Basis einer sehr detaillierten Prüfung, in der sie überzeugend im Wege einer umfassenden Rechtsprechungs- und Literaturanalyse die Kriterien für eine Zurechenbarkeit herausarbeitet und sodann auf Internal Investigations anwendet, kommt die Verfasserin zu dem Ergebnis, dass in der Praxis nur in sehr seltenen Fällen eine dem Staat zurechenbare, durch Private durchgeführte Internal Investigation angenommen werden kann. Für den Regelfall einer mitgeteilten vollumfänglichen Kooperationsbereitschaft, der Durchführung einzelner Koordinierungsgespräche zwischen Unternehmen und Ermittlungsbehörde, einer schriftlichen Berichterstattung sowie der Übergabe von Unterlagen durch das Unternehmen sei dies nicht konstruierbar.

Eine überzeugende Lösung zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit des Mitarbeiters könne daher nach Ansicht von Hille nur in einem selbständigen Beweisverwertungsverbot liegen. Dieses könne nach den Grundsätzen des Gemeinschaftsbeschlusses des BVerfG entwickelt werden. Auch die in diesem Beschluss aufgestellte Kriterien arbeitet die Verfasserin gelungen heraus und überträgt sie auf die Konstellation der Internal Investigations.

Hille schlussfolgert, dass somit auch jede mittelbare Beweisgewinnung unzulässig sei, also etwa die Verlesung der Interviewprotokolle oder die Vernehmung der die Interviews durchführenden Personen.

Das so angenommene Beweisverwertungsverbot entfalte im Übrigen allerdings keine Fernwirkung, wohl aber eine Fortwirkung und für die Begründung eines hinreichenden oder dringenden Tatverdachts grundsätzlich auch eine Vorauswirkung.

Nicht angenommen werden könne ein Beweisverwertungsverbot für die Fälle, in denen der Mitarbeiter sich über das Bestehen oder die Reichweite einer Auskunftspflicht irre, da es in diesen Fällen an einer objektiv bestehenden erzwingbaren Auskunftspflicht gerade fehle.

Die Verfasserin prüft daher insbesondere für diese Fälle weitere Lösungsmöglichkeiten, konkret ein Beweisverwertungsverbot aus § 136a StPO (analog) und aus einer Verletzung des fair-trial-Grundsatzes. Ersteres käme ihrer Ansicht nach bei einer Zurechnung oder bei menschenrechtswidrigem Vorgehen der internen Ermittler in Betracht. Letzteres unterliege stets einer Einzelfallbetrachtung, könne aber in gravierenden Konstellationen ebenso in Erwägung gezogen werden, etwa wenn eine Täuschung durch die Arbeitgeberseite vorliegt.

In einer Gesamtschau hebt Hille abschließend hervor, dass damit die Erkenntnisse aus Mitarbeiterinterviews für die Strafverfolgung des einzelnen Mitarbeiters überwiegend, wenn auch nicht völlig wertlos sind. Die in den Protokollen festgehaltenen Angaben könnten etwa für weitere Ermittlungsansätze genutzt werden. Im Hinblick auf ein etwaiges Verfahren gegen ein Unternehmen seien die Informationen aber verwertbar, so dass insgesamt festzustellen sei, dass durch die Bejahung des selbständigen Beweisverwertungsverbots das Bestrafungsrisiko des Mitarbeiters aufgrund Umgehung seiner Selbstbelastungsfreiheit deutlich reduziert werde, während dies die Verfolgung des Unternehmens weiterhin ermögliche.

In einem kurzen weiteren Kapitel geht die Verfasserin schließlich noch auf den Reformbedarf ein und erörtert insbesondere das bereits erwähnte und von ihr begrüßte Beweisverwertungsverbot, das der Kölner Entwurf für ein Verbandssanktionengesetz vorsieht. Hille regt allerdings ergänzend zu diesem Entwurf an, die Auskunftspflicht des Mitarbeiters gesetzlich zu normieren, um einerseits die Debatte um diese Frage zu beenden und andererseits das Beweisverwertungsverbot abzusichern. Sie formuliert daher in einem Ergänzungsvorschlag, dass Mitarbeiter verpflichtet sein sollen, „an einer Befragung im Rahmen einer Internen Untersuchung (...) teilzunehmen und Fragen zu ihrem unmittelbaren Arbeitsbereich wahrheitsgemäß zu beantworten“ und zwar auch, wenn sie sich damit dem Risiko einer möglichen Strafverfolgung aussetzen würden.

Ein letzter Teil, in der die Verfasserin ihre Ergebnisse noch einmal zusammenfasst (Kapitel G.), rundet die Arbeit schließlich ab.

### III. Fazit

Hille setzt sich in ihrer Arbeit überzeugend sowohl mit der grundlegenden Frage nach dem Bestehen einer Auskunftspflicht für Mitarbeiter im Rahmen von Interviews in einer Internal Investigation als auch den sich hieraus ergebenden Risiken hinsichtlich der dem Mitarbeiter im Strafverfahren zustehenden Selbstbelastungsfreiheit auseinander. Sowohl die Beantwortung ersterer Frage als auch die Bejahung eines selbständigen Beweisverwertungsverbots basieren auf einer detaillierten und umfassenden rechtlichen Analyse und einer gelungenen Übertragung ihrer Ergebnisse auf die Situation von Mitarbeiterbefragungen im Rahmen von Internal Investigations.

Ungeachtet dessen, dass Literatur und Rechtsprechung in dieser Arbeit auf dem Stand von Januar 2019 sind und insbesondere der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft nicht berücksichtigt werden konnte, büßt die Arbeit dadurch nicht an Aktualität ein. Dadurch, dass der Gesetzentwurf in der letzten Legislaturperiode gescheitert ist, sind die aufgeworfenen Fragen bis heute nicht abschließend geklärt.

Die Diskussion hierüber wird sehr wahrscheinlich auch in der neuen Legislaturperiode wieder aufgenommen werden. Wenngleich die Wahrscheinlichkeit für ein neues Verbandsanktionengesetz unter der Ampel-Koalition geringer sein

dürfte, sieht deren Koalitionsvertrag jedenfalls vor, „für interne Untersuchungen einen präzisen Rechtsrahmen“ zu schaffen (vgl. S. 111 des Koalitionsvertrags). Für die Praxis wäre Rechtssicherheit in diesem Bereich sowieso ohne Zweifel wünschenswert.

Spannend ist zudem, wie sich der neue Gesetzgeber dann positionieren wird. Der Entwurf des Verbandssanktionengesetzes hatte sich explizit der von Hille abgelehnten Auffassung eines Aussageverweigerungsrechts angeschlossen. Ein Zwang zur Selbstbelastung bestehe laut Ansicht des damaligen Gesetzgebers arbeitsrechtlich nicht, was durch die Neuregelung klargestellt werden sollte (vgl. die Erläuterungen im

Gesetzesentwurf zu § 17 Abs. 1 Nr. 5). Auch eine Übertragbarkeit der Grundsätze des Gemeinschuldner-Beschlusses auf die im Rahmen einer Internal Investigation bestehende Situation einer privaten Befragung lehnte der Gesetzesentwurf ab (aaO.). Hierfür erntete der Gesetzesentwurf durchaus Kritik (vgl. nur beispielhaft Stellungnahme 39/2020 des DAV zum Referentenentwurf, S. 20 f. ). (Nicht nur) dem Gesetzgeber ist die Lektüre des Werks von Hille daher anzuraten: Dieses leistet nämlich nicht nur einen ganz wesentlichen und gelungenen Beitrag mit erheblichem Erkenntnisgewinn in der diesbezüglich geführten Diskussion, sondern bietet auch einen konkreten und absolut bedenkenswerten Vorschlag für eine Neuregelung an.

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

## Waldvogel, Dominik Stefan: Untreue und Transparenz - Eine Intervention zur Prozeduralisierung der lex lata (§ 266 StGB)

Berlin 2020, zugleich Münchener Dissertation  
Sommersemester 2019, 409 Seiten, 99,90 Euro

I. Waldvogel macht kein Hehl aus seinem Ansinnen: Er ist ein Fan der Prozeduralisierung der Strafbarkeit wegen Untreue. Er sagt aber zugleich vollkommen ehrlich: § 266 StGB lässt sich nicht prozeduralisierend interpretieren. Muss man also fast 350 Seiten lesen, wenn das Ergebnis bereits in der Einführung offenbart wird? Die Antwort hängt vom Ziel des Lesers ab: Der eilige Praktiker wird sich der Lektüre nicht näher widmen, weil er sich keine unmittelbar anwendbaren Ergebnisse für seinen beruflichen Alltag verspricht – die tatsächlich vorhandene dokumentierende Befassung mit relevanten Themen würde ihn also überraschen, aber auch wiederum bestätigen, denn Waldvogel übt Kritik an strategischen Entscheidungen der Judikatur. Wer sich jedoch für Gedanken interessiert, die hinter geltenden Vorschriften stehen oder Ansatzpunkte für deren Fortentwicklung enthalten, wird die Ausführungen mit Gewinn zur Kenntnis nehmen, denn Waldvogels Leistung besteht in argumentativer Herleitung seines angestrebten Ziels.

Wer denken kann, muss seine Belesenheit nicht erst in einem überbordenden Quellenapparat nachweisen. Waldvogel verfügt über einen ebenso erstaunlichen wie erfreulich weiten Blick und hat seine Nachweise deutlich erkennbar unter qualitativen Gesichtspunkten ausgewählt. Dabei beschränkte er sich nicht nur auf die gängige juristische Literatur, sondern zog auch eher schwer Zugängliches hinzu ebenso wie ausländische und Quellen aus anderen Gebieten wie der Wirtschaftswissenschaft, der Systemtheorie und der Soziologie. Dies zeugt genauso wie sein Ton, diszipliniert definierte und

verwendete Begrifflichkeit sowie die gesamte Darstellungsweise von erstaunlicher Souveränität. Allerdings: Ob wirklich alle den Tatbestand konturierenden Kriterien, die Waldvogel näher betrachtete, prozeduralen Charakter tragen, ist doch eher fraglich.

II. Die zentrale und teils hergeleitete, teils als zutreffend vorausgesetzte These besteht (nach der Formulierung des Rezensenten) im Segen der Transparenz. Darüber lässt sich trefflich streiten. Das Bespiegeln des eigenen Ichs in Fernsehsendungen und sozialen Medien, etliche Reaktionen auf unbequeme Wahrheiten, die Dauer manch eines notwendigen Prozesses über eine Legislaturperiode hinaus und das generalisierende Misstrauen in durchaus gebotene Diskretion belegen die Möglichkeit dunkler Seiten von Transparenz. Ihre präventive und sehr wohl hilfreiche Funktion auf den Gebieten der Korruption und des Wirtschaftens auf Kosten Dritter bleibt trotzdem unbestritten. Es kommt halt auf die Dosierung des Ob, Wann und Wie an.

1. Ein ausschließlich prozeduraler Untreuetatbestand wie-se nach Waldvogel folgende Kriterien auf: (1) Das alleinige Handlungsunrecht läge in der Nichteinhaltung der gesetzlich geregelten Prozedur bzw. des prozeduralen Kriteriums. (2) Wird die Prozedur bzw. das prozedurale Kriterium eingehalten, so läge kein Handlungsunrecht vor. (3) Auf den Eintritt oder Nichteintritt eines Erfolgsunrechts käme es nicht an.

Der Unterschied zum geltenden § 266 StGB wird damit auf den ersten Blick deutlich: Ein derartiger prozeduraler Untreuetatbestand wäre kein Vermögensdelikt mehr, sondern wäre weit im Vorfeld einer Vermögensschädigung angesiedelt. Diese Konsequenz muss man im Auge behalten, befürworte man eine derartige Umgestaltung oder lehne sie ab. Die Erleichterung in der Handhabung liegt ebenso auf der Hand wie die damit verbundene Pönalisierung einer (ggf. sehr bürokratisch-technischen) Vorgehensweise. Der Kreativität und Gestaltungsfreude würde eine solche Regelung zweifelsfrei nicht dienlich sein.

Es hieße jedoch, Waldvogel gründlich misszuverstehen, unterstellte man ihm ein derartiges Plädoyer nach dem Motto: Das Verfahren ist alles, das Vermögen ist nichts. Er sieht vielmehr deutlich die Gefahren reiner prozeduraler, auf Transparenz abstellender Untreuestrafbarkeit: Kriminalisierung

material getreuen und Entkriminalisierung material ungetreuen Handelns. Dass die Legitimierbarkeit einer solchen Regelung in einem utilitaristisch geprägten Strafrecht zu bejahen ist und einfacher zu handhaben ist, sei hier nicht bezweifelt. Darin liegt jedoch noch keine Antwort auf die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer derartigen Gestaltung. Dass Waldvogel zunächst wirklich meinte (S. 30 f.), seine Arbeit führe zu einem solch bejahenden Ergebnis, bestreite ich. Träfe diese seine Selbsteinschätzung zu, so würde ich ihn gründlich missverstehen.

**2.** Der Annahme, Waldvogel verlange als fundamentalistische Kehrtwende, an die Stelle des § 266 StGB als Vermögensdelikt solle eine reine prozedurale Strafnorm treten, tritt er selbst entschieden entgegen. Er verlangt zwar für den Treubruchtatbestand (die Beschränkung darauf dürfte kaum mit dessen nach überwiegendem Verständnis bestehender Funktion als Grundnorm vereinbar sein) eine Prozeduralisierung anhand des Transparenzmerkmals sowohl in strafbefreiender als auch in strafbegründender Hinsicht, dies aber lediglich als Annex zum bestehenden und insoweit unveränderten Untretuetatbestand (S. 34 f.). Dies bestätigt sein abschließender Formulierungsvorschlag für einen neuen § 266 Abs. 1a StGB, der sowohl Straffreiheit bei Einhaltung der mit dem Treugeber vereinbarten Transparenzregeln als auch Bestrafung bei deren Verletzung vorsieht, letzteres allerdings nur, wenn speziell dadurch ein Nachteil eingetreten ist (S. 366).

**a)** Die Notwendigkeit einer zur Straffreiheit führenden Prozeduralisierung leitet Waldvogel aus dem Streben ab, dem Vermögensbetreuungspflichtigen einen safe harbour zu bieten. Das ist verständlich, ja geboten. Es fragt sich jedoch, inwieweit die Normierung der Einhaltung prozeduraler Transparenzregeln über die die Business judgement rule anerkennende forensische Praxis hinausreichte. Versteht man letztere nicht allein als formale Ablaufregel, sondern verlangt eine zunächst ergebnisoffene Prüfung, so bietet sie gegenüber rein formalisierter Strafbefreiung zwei Vorteile: Zum einen wird nicht jeder kleinste Formalverstoß zur unüberwindlichen Hürde für Straffreiheit und zum anderen würde vermieden, mit formaler Korrektheit materiale Rechtsverletzungen, nämlich absehbare Nachteile im betreuten Vermögen, zu rechtfertigen. Ob der Bedarf nach prozeduralisierten Transparenzregeln wächst, wenn man wie Waldvogel auf dem Boden der strengen Gesellschaftertheorie die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit rechtswidriger Einwilligung des Vermögensträgers ablehnt (wofür es gute Argumente gibt), bedürfte genauerer Prüfung.

**b)** Die Pönalisierung der Verletzung prozeduraler Vorschriften soll nach Waldvogels Vorschlag das Herbeiführen eines Vermögensnachteils voraussetzen. Auch insoweit ist jedoch zweifelhaft, ob damit eine leichtere Handhabbarkeit als bisher verbunden wäre. Das wäre der Fall, reichte die Missachtung eines jeden, noch so detailliert vorgeschriebenen Verfahrensschritts aus und genügte Kausalität i.S.d. *conditio-sine-qua-non*-Formel. Obwohl der neue Tatbestand erst bei kumuliertem Vorliegen beider Umstände eingreifen soll, läge darin eine drastische Ausweitung bürokratischer und ausnahmslos strafbewehrter Erfordernisse, im Ergebnis also eine massive Ausweitung der Strafbarkeit. Will man dies sinnvollerweise vermeiden, so führt dies aber zu einer Frage zurück, um deren Antwort auch im geltenden Recht gerungen

wird: Wann liegt eine vermögensbezogene Pflichtverletzung vor? Hinzu käme die Notwendigkeit, die rein naturwissenschaftlich verstandene Kausalität juristisch einzudämmen. Auch darum bemühen sich Praxis und Wissenschaft bereits jetzt. Dabei hat sich jedenfalls gezeigt, dass die Reduzierung auf adäquate Kausalität allein die Konkretisierungsbedürfnisse nicht befriedigt und Ersatz oder Ergänzung mittels Zurechnung jedenfalls noch keine konsentierten Kriterien hervorgebracht hat.

**III. 1.** Wiewohl Waldvogels *Conclusio* letztlich belegt, dass eine Lösung der Sachfragen auch in Dilemmasituationen, d.h. solchen, die eine Lösung erfordern, obwohl einschlägige Beurteilungskriterien nicht aufklärbar sind, nicht in Umgehungsstrategien gefunden werden kann, würde es den tiefgreifenden Gedankengängen Waldvogels keineswegs gerecht, seine Überlegungen pauschal zu verwerfen oder für irrelevant zu erklären. Allein schon die Anerkennung gewisser kriminogener Konstellationen als Dilemmasituation zeugt von einem Realismus, der Juristen nicht immer eigen ist, zumal solchen nicht, die an die Allmacht der Verrechtlichung glauben oder zumindest so tun. Das Eingeständnis gewisser Grenzen des einer Regelung Offenstehenden sowohl im Allgemeinen als auch mit konkret zur Verfügung stehenden Mitteln im Besonderen eröffnet demgegenüber Räume zur Entwicklung alternativer und – vielleicht – zielführender Wege.

Die Erkenntnis, erst die eingetretene Verletzung eines Rechtsguts zu pönalisieren, setze in bestimmten Situationen in einem zu späten Stadium ein, führte zur Implementierung nicht nur konkreter, sondern auch abstrakter Gefährdungsdelikte. Die im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung angesiedelte Strafbarkeit der Missachtung bestimmter Schritte im Entscheidungsprozess, also das Ansetzen innerhalb der Phase von der Idee bis zu deren vollständiger Realisierung, kann durchaus probat sein. Von dieser Möglichkeit sollte jedoch nur sehr spezifisch und ohne Generieren unerwünschter Nebenwirkungen Gebrauch gemacht werden, um sowohl die Strafbarkeit ungefährlichen Verhaltens als auch die Minimierung gebotenen Rechtsgüterschutzes zu vermeiden.

**2.** Für die weitere Diskussion nicht nur *de lege ferenda*, sondern bereits für das geltende Recht, bietet die Arbeit wertvolle Anregungen und setzt Impulse, die aufgenommen werden sollten. Themen des § 266 StGB, die noch nicht oder zumindest nicht vollständig befriedigend gelöst sind, beleuchtet Waldvogel in seiner Untersuchung zur Genüge, stichwortartig skizziert mit Relevanz von Compliance-Regeln, Reichweite des Einverständnisses, Vermögensbezug der tatbestandsrelevanten Pflichtverletzung, deren erforderlicher Schweregrad und Bestimmung des Gefährdungsschadens.

**IV.** Der Transparenzgedanke schlägt sich keineswegs allein in Verfahrensregeln nieder. Er konstituiert vielmehr bereits das Grundverhältnis, welches die Pflicht des Treuenehmers begründet, mit dem Vermögen des Treugebers in dessen Interesse umzugehen. Beteiligt sind (unabhängig vom Zustandekommen) immer mindestens zwei nicht (mehr) Alleinbefugte. Ein Treuverhältnis ist ohne Aufgabenteilung nicht denkbar. Diese wiederum verlangt neben Vertrauen und gegenseitiger Rücksichtnahme zwingend ein irgendwie geartetes aufeinander Eingehen – und damit jedenfalls ein Minimum an Trans-

parenz. Jedem Treuverhältnis wohnt demnach eine im Kern unvermeidliche und unabdingbare Transparenzkomponente inne. Fraglich ist folglich nicht das „Ob“, sondern gestaltbar allein ihr „Wie“.

**1. a)** Kann Transparenz nicht hinweggedacht werden, ohne damit zugleich der Strafbarkeit wegen Untreue den Boden zu entziehen, so ist sie als solche material konstituierender Teil des den Untreuetatbestand erst begründenden Grundverhältnisses und damit der Vermögensbetreuungspflicht. Nur die konkreten Anforderungen an dieses Qualitätsmerkmal unterscheiden sich je nach Ausgestaltung des Treuverhältnisses.

**b)** Transparenz zwischen Treunehmer und Treugeber stellt sich nicht von allein ein. Vielmehr bedarf es eines Zwischenglieds. Es enthält per se eine verfahrensrechtliche Funktion, handele es sich um eine „lange Leine“ mit alleiniger, kaum ausgeprägter nachträglicher Rechenschaftspflicht oder um kleinteilige Verfahrens- und Kontrollregeln. Ungeachtet seiner konkreten Ausgestaltung bleibt das Zwischenglied jedoch immer nur Mittel und wird sub specie Vermögensschutz nie eigener Zweck. Das hindert allerdings den Gesetzgeber nicht prinzipiell, einem bestimmten Abschnitt des Zwischenglieds (z.B. mittels Schaffung eines Vorfeldtatbestands) einen eigenen Zweck beizulegen – falls er es denn für geboten erachten sollte.

**c)** Agiert der Treupflichtige jahrelang intransparent und schert sich dabei um keinerlei Offenbarungspflicht, so macht er sich trotzdem nicht wegen Untreue strafbar, leitet ihn stets seine im Treuverhältnis konstituierte Vermögensbetreuungspflicht. Umgekehrt bewahrt ihn keine noch so große Offenheit gegenüber dem Treugeber vor Strafe, wenn er seine eigenen Interessen denen des Geschäftsherrn überordnet. Der Hinweis auf 15 % Vermittlungsprovision, S. 364 des Emissionsprospekts, und die auf der Homepage veröffentlichten Vermittler, unter denen auch sein Name aufgelistet ist, schaffen Transparenz, besagen aber nichts über Wahrung oder Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht: Beides bleibt denkbar – und hängt auch nicht allein von der Entwicklung des zu betreuenden Vermögens ab.

**2. a)** Den Beurteilungsmaßstab bildet der Inhalt des Treuverhältnisses. Im Vordergrund der Fachdiskussion stehen insoweit schwerpunktmäßig die formalen Anforderungen topischer Natur (Hauptpflicht, Gestaltungsspielraum, Freiheit von vorheriger Kontrolle, Bedeutung für den Vermögensträger). Jedoch wird der genaue Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht allzu häufig erst unter den Gesichtspunkten der nachfolgenden Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit oder gar erst des Nachteils thematisiert. Beide beeinflussen dann den Meinungsbildungsprozess auch zum Inhalt der logisch vorgelagerten Vermögensbetreuungspflicht. Das birgt die Gefahr, deren einzelne Fäden im so entstandenen Knäuel nicht mehr zu erkennen.

**b)** Beispielhaft zeigt sich das an der Diskussion um die Dispositionsbefugnis. Sie ist trotz der von Saliger propagierten, jedenfalls im Kern hilfreichen Differenzierung zwischen selbständigem und mitumfassten unselbständigem Schutz als integraler Bestandteil des Eigentums festgefahren. Untreuerichtlich ist es der Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht, der die Rechtstellung des Treunehmers konturiert. Sie beschränkt sich in Bezug auf seine Dispositionsbefugnis von vornherein auf das, was ihm der Eigentümer eingeräumt hat. Überschreitet er die ihm gesetzten Grenzen, so verletzt er das Treuverhältnis.

Nicht irgendeine Theorie, sondern das konkrete Treuverhältnis setzt daher den Maßstab. Ist es auf Sicherung und -mehrung ausgerichtet, so beschränkt es sich auf den bloßen Wert des Vermögens. Verfolgt das Treuverhältnis hingegen einen darüber hinausgehenden Zweck, so erstreckt sich der Untreueschutz auch auf diesen, z.B. vor Umschichtung der der Alterssicherung dienenden Konten in einen wertgleichen Sportwagen oder des Betriebes in Gold während des Krankenhausaufenthalts des Inhabers.

**V.** Die hier angedeuteten weiterreichenden Assoziationen schmälern nicht die Bedeutung der Arbeit Waldvogels zum Transparenzgedanken. Seine Erkenntnisse verlangen vielmehr Berücksichtigung in der zukünftigen wissenschaftlichen, forensischen und gesetzgeberischen Debatte über Reichweite, Ausgestaltung und Grenzen des § 266 StGB.