

3 | 2013

2. Jahrgang | Juli 2013 | Ausgabe 3

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - Wistev

Redaktion:

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

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Henner Apfel
LOStA Folker Bittmann
Dr. Matthias Brockhaus
Dr. Matthias Dann
Mag. iur. Kathrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Björn Gercke
Dr. Tine Golombek
Antje Klötzer-Assion
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

RAin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

**Auswirkungen des AWG-Novelle auf die Praxis der
Strafverteidigung in Außenwirtschaftsstrafsachen
und -ordnungswidrigkeiten**

134

PD Dr. Nina Nestler, Würzburg/Konstanz

**Verschweigen nachteiliger Tatsachen durch bewusstes
'Nichtsagen'**

142

Dipl. iur. Raoul Kirmes M. Sc. (Forensik), CISA

Forensic Investigation und die Friedenspflicht

150

Entscheidungskommentare

RA Dr. Felix Walther, München

EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – Rs. C-617/10 („Fransson“)

158

Internationales

RA Lucius Richard Blattner LL.M., CFE, BBA, CAMS, Zürich;

BLaw Nicolas Leu, Bern; RA Friedrich Frank, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

164

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitik

Zusammengefasst von LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Wistev Standards

173

Themenblock 10: Compliance und Wirtschaftsethik

Editorial

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

Die Sommerausgabe der WiJ widmet sich jenseits ausgetrampelter strafrechtlicher Pfade einer Reihe interessanter Themen: In gleich zwei Beiträgen geht es um den Einfluss des Europarechts auf das nationale Strafrecht. Diskutiert werden unter anderem auch die Auswirkungen des Verfassungsrechts auf die Rechtmäßigkeit interner Ermittlungen, und *Bittmann* stellt auf der Basis des von *Bock* auf der WisteV-Jahrestagung gehaltenen Vortrags WisteV-Standards zu „Compliance und Wirtschaftsethik“ zusammen. *Brete* hat sich schließlich mit einem neuen Kommentar zum GmbH-Gesetz auseinandergesetzt.

Aber der Reihe nach: *Klötzner-Assion* führt in ihrem Beitrag zur AWG-Novelle instruktiv durch das neue, künftig in §§ 17 ff. AWG normierte Sanktionsregime und weist besonders darauf hin, dass künftig jeder vorsätzliche Verstoß gegen Exportkontrollnormen als Straftat geahndet werden wird.

Nestler ruft anhand einer Analyse des § 264a Abs. 1, 2. Var. StGB – Kapitalanlagebetrug durch Verschweigen nachteiliger Tatsachen – die Differenzierung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten in Erinnerung und plädiert dafür, die untersuchte Norm der zweitgenannten Gruppe zuzuordnen. Folge ist die Geltung der „Entsprechensklausel“ des § 13 StGB, so dass nicht schon jeder Verstoß gegen Prospektgrundsätze die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

Kirmes stellt in seinem Beitrag die grundlegende Frage nach der Verfassungsmäßigkeit privater Ermittlungen und kommt zu dem Ergebnis, dass die Grundrechte nichtstaatliche Ermittlungstätigkeiten in der Regel verbieten, weshalb es im Einzelfall einer Erlaubnisnorm bedürfe. Befürwortet wird vom Autor letztlich eine berufs- oder gewerberechtliche Regulierung.

In der Rechtssache „Fransson“ setzte sich der EuGH – basierend auf seinem weiten Auslegungsansatz, der Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte sei eröffnet, sobald eine „rechtliche Situation“ vom Unionsrecht erfasst werde – auf die Vorlage des schwedischen Strafgerichts mit einem rein nationalen Steuerhinterziehungssachverhalt auseinander. *Walther* bespricht die Entscheidung ausführlich und zieht aus ihr für die Unternehmenssanktionen des deutschen Rechts den Schluss, dass die kumulative Verhängung einer Verbandsgeldbuße und Anordnung des (Dritt-)Verfalls gegen das Verbot der doppelten Strafverfolgung gemäß Art. 50 der EU-Grundrechtscharta verstoßen würde.

Blattner, Leu und Frank führen die Reihe „Länderbericht Schweiz“ fort, skizzieren aktuelle gesetzgeberische Entwicklungen im Bereich des Steuerstrafrechts und stellen Neues aus der Rechtsprechung dar. Hingewiesen sei hier auf zwei Entscheidungen, die für in der deutschen Strafrechtsdogmatik Beheimatete besonders interessant erscheinen, weil sie mit der „Werterhaltungspflicht“ im Kern die Frage berühren, welche Interessen der Tatbestand der Untreue (bzw. Veruntreuung) eigentlich schützt, und mit der den Betrugstatbestand eingrenzenden „Opfermitverantwortung“ einen Grundsatz betreffen, der sich – aus Sicht der Schweizer – im deutschen Strafrecht „bisher“ nicht durchsetzen konnte.

Viel Spaß bei der Lektüre!

Dr. Tine Golombek, Berlin

Inhaltsverzeichnis

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Rundeturmstraße 12, 64283 Darmstadt.
Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder. Kontakt: info@wi-j.de

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

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

Webmaster/Layout: Milena Piel
Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Dr. Friedel Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Tine Golombek, Antje Klötzer-Assion, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.

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

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

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.
Bezugspreis: Kostenlos.

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

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Editorial

II

Inhaltsverzeichnis

III

Aufsätze und Kurzbeiträge

134

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

Auswirkungen des AWG-Novelle auf die Praxis der Strafverteidigung in Außenwirtschaftsstrafsachen und -ordnungswidrigkeiten

134

PD Dr. Nina Nestler, Würzburg/Konstanz

Verschweigen nachteiliger Tatsachen durch bewusstes ‚Nichtsagen‘

142

Dipl. iur. Raoul Kirmes M. Sc. (Forensik), CISA

Forensic Investigation und die Friedenspflicht

150

Entscheidungskommentare

158

Rechtsanwalt Dr. Felix Walther, München

Besprechung von EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – Rs. C-617/10 („Fransson“)

158

Internationales

164

Rechtsanwalt Lucius Richard Blattner LL.M., CFE, BBA, CAMS, Zürich; BLaw Nicolas Leu, Bern; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

164

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

173

Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau
WiStEV-Standards

173

Rezensionen

175

Rechtsanwalt Raik Brete, Hannover

Gehrlein/Ekkenga/Simon (Hrsg.), GmbHG Kommentar

175

Aufsätze und Kurzbeiträge

Außenwirtschaftsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

Auswirkungen des AWG–Novelle auf die Praxis der Strafverteidigung in Außenwirtschaftsstrafsachen und -ordnungswidrigkeiten

Am 08. Februar 2013 passierte der Gesetzentwurf zur Modernisierung des Außenwirtschaftsgesetzes¹ den Deutschen Bundestag mit geringfügiger Anpassung.²

Die Erneuerung ist zweifellos im Sinne des Rechtsanwenders, beseitigt sie doch eine völlig unübersichtlich gewordene Gesetzeslage. Durch die Novelle ergibt sich eine neue Struktur des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG). Sie führt ferner zu definitorischen Anpassungen in § 2 AWG n.F., der nunmehr alphabetisch sortiert ist, wodurch sich die Suche nach Legaldefinitionen erleichtert. Die bisherige Systematik, die Ausgestaltung des AWG als Rahmengesetz und die bis dato geltenden Außenwirtschaftsrechtlichen Grundsätze bleiben jedoch weitgehend aufrechterhalten. Dies gilt leider auch für die zuweilen extensive Verweisungstechnik. Auch der „wilde Flickenteppich“³ Außenwirtschaftsverordnung (AWV) wurde novelliert.⁴

Die Novelle wirkt sich erheblich auf die Beschränkungstatbestände und die Straf- und Bußgeldvorschriften des AWG aus.

I. Das neue Sanktionsregime

In Teil 3 AWG n.F. finden sich in §§ 17 ff. die neuen Straf-, Bußgeld- und Überwachungsvorschriften, wobei die Straftatbestände in §§ 17, 18 AWG n.F. und die Bußgeldtatbestände in § 19 AWG n.F. enthalten sind. Es gilt die Regel: Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen Außenwirtschaftsrecht sind als Straftaten, fahrlässige Zuwiderhandlungen als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden.⁵

Vorsätzliche Verstöße gegen Waffenembargos werden gemäß § 17 AWG n.F. nunmehr als Verbrechen bestraft, sämtliche sonstige Vorsatztaten sind in § 18 AWG n.F. zusammengefasst und als Vergehen qualifiziert. Ausnahme von der Regel: Leichtfertige Verstöße gegen Waffenembargos werden als Straftat gemäß § 17 Abs. 5 AWG n.F. sanktioniert, jedoch nicht als Verbrechen qualifiziert.⁶

1. Beachtliche Änderungen im Überblick

§ 17 AWG n.F.	
„(1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Rechtsverordnung nach § 4 Absatz 1, die der Durchführung	§ 17 Abs. 1, 4 und 5 AWG n.F. ersetzt § 34 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 6 Nr. 3 AWG.

¹ BT-Drucks. 17/11127 vom 22.10.2012.

² BT-Drucks. 17/12101 vom 16.3.2013, siehe auch Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 08.2.2013, BR-Drucks. 81/13.

³ Wolfgang, Stellungnahme zur Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes, Ausschussdrucksache 17 (9) 1057 vom 07.12.2012, S. 4.

⁴ Überblick über die wesentlichen Änderungen: Wolfgang, Stellungnahme zur Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes, Ausschussdrucksache 17 (9) 1057 vom 07.12.2012, S. 12 ff.

⁵ Vorwerbarkeit als Maßstab, siehe dazu Hohmann, ExportManager, Ausgabe 8 vom 10.10.2012, S. 20.

⁶ Zu den Einzelheiten siehe Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/11127, S. 71 ff.

1. einer vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen oder 2. einer vom Rat der Europäischen Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme dient, oder einer vollziehbaren Anordnung auf Grund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung sich auf Güter des Teils I Abschnitt A der Ausfuhrliste bezieht und für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.	
(2) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 1. für den Geheimdienst einer fremden Macht handelt oder 2. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.	§ 17 Abs. 2 und 3 AWG n.F. ersetzt § 34 Abs. 6 AWG.
(3) Mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt.	
(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.	§ 17 Abs. 4 AWG n.F. normiert den minder schweren Fall.
(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 leichtfertig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.	§ 17 Abs. 5 AWG n.F. betrifft leichtfertige Verstöße gegen Waffenembargos.
(6) In den Fällen des Absatzes 1 steht einem Handeln ohne Genehmigung ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Genehmigung gleich.	§ 17 Abs. 6 AWG n.F. entspricht § 34 AWG, ist aber neu formuliert.
(7) Die Absätze 1 bis 6 gelten, unabhängig vom Recht des Tatorts, auch für Taten, die im Ausland begangen werden, wenn der Täter Deutscher ist.“	§ 17 Abs. 7 AWG n.F. entspricht § 35 AWG und betrifft die Auslandstaten Deutscher.
§ 18 AWG n.F.	
„(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer 1. einem a) Ausfuhr-, Einfuhr-, Durchfuhr-, Verbringungs-, Verkaufs-, Erwerbs-, Liefer-, Bereitstellungs-, Weitergabe-, Dienstleistungs- oder Investitionsverbot oder	§ 18 Abs. 1 AWG n.F. sanktioniert die vorsätzlich begangenen Verstöße gegen die dort genannten Rechtsakte undersetzt § 34 Abs. 4 Nr. 2 und 3 AWG. Mit Ausnahme des Umgehungsverbots decken sich die Verbote mit dem Katalog des § 34 Abs. 4 Nr. 2 und 3. Das Umgehungsverbot entfällt.

<p>b) Verfügungsverbot über eingefrorene Gelder und wirtschaftliche Ressourcen eines im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union veröffentlichten unmittelbar geltenden Rechtsaktes der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union zuwiderhandelt, der der Durchführung einer vom Rat der Europäischen Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme dient, oder</p> <p>2. gegen eine Genehmigungspflicht für</p> <p>a) die Ausfuhr, Einfuhr, Durchfuhr, Verbringung, einen Verkauf, einen Erwerb, eine Lieferung, Bereitstellung, Weitergabe, Dienstleistung oder Investition oder</p> <p>b) die Verfügung über eingefrorene Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen eines im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union veröffentlichten unmittelbar geltenden Rechtsaktes der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union verstößt, der der Durchführung einer vom Rat der Europäischen Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme dient.</p>	<p>Stattdessen wird auf das weit ausgelegte Bereitstellungsverbot des Abs. 1 abgestellt.</p>
<p>(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer gegen die Außenwirtschaftsverordnung verstößt, indem er</p> <p>1. ohne Genehmigung nach § 8 Absatz 1 oder § 9 Absatz 1 dort genannte Güter ausführt,</p> <p>2. entgegen § 9 Absatz 2 Satz 2 dort genannte Güter ausführt,</p> <p>3. ohne Genehmigung nach § 11 Absatz 1 Satz 1 dort genannte Güter verbringt,</p> <p>4. ohne Genehmigung nach § 42 Absatz 1, auch in Verbindung mit § 43 Absatz 1, oder ohne Genehmigung nach § 43 Absatz 2 ein</p>	<p>§ 18 Abs. 2 AWG n.F. enthält die Strafbelehrung von Verstößen gegen nationale Vorschriften.</p> <p>§ 18 Abs. 2 Nr. 1 AWG n.F. ersetzt § 34 Abs. 1 AWG und §§ 34 Abs. 2 und 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 2 1. und 3. Alt AWV.</p> <p>§ 18 Abs. 2 Nr. 2 AWG n.F. ersetzt §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. AWV. Aufgrund der Aufhebung des § 5c AWV entfällt die Strafbelehrung nach §§ 34, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. AWV.</p> <p>§ 18 Abs. 2 Nr. 3 AWG n.F. entspricht der Strafbelehrung ungenehmigter Verbrie- fungen nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG.</p> <p>§ 18 Abs. 2 Nr. 4 AWG n.F. ersetzt §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 6 Buchst. a 3. Alt. AWV. Auf-</p>

<p>Handels- und Vermittlungsgeschäft vornimmt,</p> <p>5. entgegen § 43 Absatz 3 Satz 3 ein Handels- und Vermittlungsgeschäft vornimmt,</p> <p>6. ohne Genehmigung nach § 45 Absatz 1, § 46 Absatz 1, § 47 Absatz 1 oder Absatz 2 oder § 48 Absatz 1 technische Unterstützung erbringt oder</p> <p>7. entgegen § 45 Absatz 2 Satz 3, § 46 Absatz 2 Satz 3, § 47 Absatz 3 Satz 3 oder § 48 Absatz 2 Satz 3 technische Unterstützung erbringt.</p>	<p>grund der Aufhebung der §§ 41, 41a AWV entfällt die Strafbewehrung gemäß §§ 34, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. a 1. und 2. Alt. AWV.</p> <p>§ 18 Abs. 2 Nr. 5 AWG n.F. ersetzt §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b 3. Alt. AWV. Wegen der Aufhebung der §§ 41 und 41a AWV entfällt die Strafbewehrung gemäß §§ 34, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b 1. und 2. Alt.</p> <p>§ 18 Abs. 2 Nr. 6 und 7 AWG n.F. ersetzen §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. c bis 8 AWV.</p>
<p>(3) Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EG) Nr. 2368/2002 des Rates vom 20. Dezember 2002 zur Umsetzung des Zertifikationssystems des Kimberley-Prozesses für den internationalen Handel mit Rohdiamanten (ABl. L 358 vom 31.12.2002, S. 28), die zuletzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1268/2008 (ABl. L 338 vom 17.12.2008, S. 39) geändert worden ist, verstößt, indem er</p> <p>1. entgegen Artikel 3 Rohdiamanten einführt oder</p> <p>2. entgegen Artikel 11 Rohdiamanten ausführt.</p>	<p>§ 18 Abs. 3 AWG n.F. ersetzt §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 5 Buchst. j AWV.</p>
<p>(4) Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EG) Nr. 1236/2005 des Rates vom 27. Juni 2005 betreffend den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten (ABl. L 134 vom 30.7.2005, S. 1, L 79 vom 16.3.2006, S. 32), die zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 1352/2011 (ABl. L 338 vom 21.12.2011, S. 31) geändert worden ist, verstößt, indem er</p> <p>1. entgegen Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 dort genannte Güter ausführt,</p> <p>2. entgegen Artikel 3 Absatz 1 Satz 2 technische Hilfe im Zusammenhang mit dort genannten Gütern leistet,</p>	<p>§ 18 Abs. 4 AWG n.F. ersetzt §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 5 Buchst. q AWV.</p>

<p>3. entgegen Artikel 4 Absatz 1 Satz 1 dort genannte Güter einführt,</p> <p>4. entgegen Artikel 4 Absatz 1 Satz 2 technische Hilfe im Zusammenhang mit dort genannten Gütern annimmt oder</p> <p>5. ohne Genehmigung nach Artikel 5 dort genannte Güter ausführt.</p> <p>Soweit die in Satz 1 genannten Vorschriften auf Anhang II oder Anhang III der Verordnung (EG) Nr. 1236/2005 verweisen, finden diese Anhänge in der jeweils geltenden Fassung Anwendung.</p>	
<p>(5) Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5. Mai 2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck (ABl. L 134 vom 29.5.2009, S. 1, L 224 vom 27.8.2009, S. 21) verstößt, indem er</p> <p>1. ohne Genehmigung nach Artikel 3 Absatz 1 oder Artikel 4 Absatz 1, 2 Satz 1 oder Absatz 3 Güter mit doppeltem Verwendungszweck ausführt,</p> <p>2. entgegen Artikel 4 Absatz 4 zweiter Halbsatz Güter ohne Entscheidung der zuständigen Behörde über die Genehmigungspflicht oder ohne Genehmigung der zuständigen Behörde ausführt,</p> <p>3. ohne Genehmigung nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 eine Vermittlungstätigkeit erbringt oder</p> <p>4. entgegen Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 zweiter Halbsatz eine Vermittlungstätigkeit ohne Entscheidung der zuständigen Behörde über die Genehmigungspflicht oder ohne Genehmigung der zuständigen Behörde erbringt.</p> <p>Soweit die in Satz 1 genannten Vorschriften auf Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 verweisen, findet dieser Anhang in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 steht dem Ausführer eine Person gleich, die die Ausfuhr durch einen anderen begeht, wenn der Person bekannt ist, dass die Güter mit doppeltem Verwendungszweck ganz oder teilweise für eine Verwendung im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 bestimmt sind.</p>	<p>§ 18 Abs. 5 AWG n.F. ersetzt die Strafbelehrungen von Verstößen gegen die Dual-Use-Verordnung gemäß §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 1 AWG i.V.m. § 70 Abs. 5 Buchst. a AWV.</p>

(6) Der Versuch ist strafbar.	§ 18 Abs. 6 AWG n.F. entspricht § 34 Abs. 5 AWG.
(7) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer <ol style="list-style-type: none"> 1. in den Fällen des Absatzes 1 für den Geheimdienst einer fremden Macht handelt, 2. in den Fällen der Absätze 1 bis 4 oder Absatz 5 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, oder 3. eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung begeht, die sich auf die Entwicklung, Herstellung, Wartung oder Lagerung von Flugkörpern für chemische, biologische oder Atomwaffen bezieht. 	§ 18 Abs. 7 und 8 AWG n.F. ersetzt die Qualifikationstatbestände des § 34 Abs. 6 AWG, wobei § 18 Abs. 7 Nr. 3 AWG n.F. einen neuen Qualifikationstatbestand für Handlungen i.S.d. § 18 Abs. 1 AWG n.F. einführt, welche sich auf die Entwicklung, Herstellung, Wartung oder Lagerung von Flugkörpern für ABC-Waffen oder sonstige Kernsprengkörper bezieht. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, dass diese Handlungen nicht „lückenlos von den Straftaten der §§ 19 ff. KWKG erfasst“ seien und hält deshalb eine erhöhte Strafandrohung für geboten. ⁷
(8) Mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren wird bestraft, wer in den Fällen der Absätze 1 bis 4 oder Absatz 5 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt.	
(9) In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2, des Absatzes 2 Nummer 1, 3, 4 oder Nummer 6, des Absatzes 4 Satz 1 Nummer 5 oder des Absatzes 5 Satz 1 steht einem Handeln ohne Genehmigung ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Genehmigung gleich.	§ 18 Abs. 9 AWG n.F.: siehe § 17 Abs. 6 AWG n.F.
(10) Die Absätze 1 bis 9 gelten, unabhängig vom Recht des Tatorts, auch für Taten, die im Ausland begangen werden, wenn der Täter Deutscher ist.	§ 18 Abs. 10 AWG n.F. entspricht § 35 AWG.
(11) Nach Absatz 1, jeweils auch in Verbindung mit Absatz 6, 7, 8 oder Absatz 10, wird nicht bestraft, wer <ol style="list-style-type: none"> 1. bis zum Ablauf des zweiten Werktagen handelt, der auf die Veröffentlichung des Rechtsaktes im Amtsblatt der Europäischen Union folgt, und 	§ 18 Abs. 11 AWG n.F. beinhaltet künftig einen Strafausschließungsgrund, wenn die Tathandlung bis zum Ablauf des 2. Werktags auf die Veröffentlichung eines Rechtsaktes im Amtsblatt der EU erfolgt und der Täter zum Zeitpunkt der Tat von einem in diesem Rechtsakt angeordneten Verbots- oder Genehmigungserfordernis keine Kenntnis hatte.

⁷ BT-Drucks. 17/11127, S. 81.

2. von einem Verbot oder von einem Genehmigungserfordernis, das in dem Rechtsakt nach Nummer 1 angeordnet wird, zum Zeitpunkt der Tat keine Kenntnis hat.“	
§ 19 AWG n.F.	§ 19 AWG n.F. ersetzt § 33 AWG und passt ihn der Neuordnung der Strafbewehrungen an. Der bisherige § 33 AWG wird um Handlungen erweitert, die derzeit noch nach AWV bußgeldbewehrt sind. § 73 Abs. 7 AWG entfällt.
„(1) Ordnungswidrig handelt, wer eine in § 18 Absatz 1 bis 4 oder Absatz 5 bezeichnete Handlung fahrlässig begeht.	Werden Tatbestände des § 18 Abs. 1 bis 4 und 5 AWG n.F. fahrlässig verwirklicht, liegt eine Ordnungswidrigkeiten nach § 19 Abs. 1 AWG n.F. vor.
(2) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 8 Absatz 5, auch in Verbindung mit § 9 Satz 2, eine Angabe nicht richtig oder nicht vollständig macht oder nicht richtig oder nicht vollständig benutzt.	Sonstige Verstöße gegen Genehmigungsvorschriften und/oder Verfahrensnormen werden gemäß § 19 AWG n.F. ebenfalls als Ordnungswidrigkeiten geahndet.
(3) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig <ul style="list-style-type: none"> 1. einer Rechtsverordnung nach a) § 4 Absatz 1 oder b) § 11 Absatz 1 bis 3 oder Absatz 4 oder einer vollziehbaren Anordnung auf Grund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist und die Tat nicht in § 17 Absatz 1 bis 4 oder Absatz 5 oder § 18 Absatz 2 mit Strafe bedroht ist, (...).“	
§ 22 AWG n.F.	§ 22 AWG n.F. entspricht § 38 AWG. Die Vorschrift regelt die Zuständigkeiten im Straf- und Bußgeldverfahren.
„(...)	
(4) Die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit unterbleibt in den Fällen der fahrlässigen Begehung eines Verstoßes im Sinne des § 19 Absatz 2 bis 5, wenn der Verstoß im Wege der Eigenkontrolle aufgedeckt und der zuständigen Behörde angezeigt wurde sowie angemessene Maßnahmen zur Verhinderung eines Verstoßes aus gleichem Grund getroffen werden. Eine Anzeige nach Satz 1 gilt als freiwillig, wenn die zuständige Behörde hinsichtlich des Verstoßes noch keine Ermittlungen aufgenommen hat. Im Übrigen bleibt § 47 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten unberührt.“	Interessant für die Verteidigung in Außenwirtschaftsordnungswidrigkeiten ist die nunmehr in § 22 Abs. 4 AWG n.F. vorgesehene Selbstanzeigemöglichkeit, wodurch die Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit bei Verstößen nach § 19 Abs. 2 bis 5 AWG n.F. abgewendet werden kann. ⁸

⁸ Zum Offenlegungsprinzip Wolfgang, DB 2013, Heft 12, M1 (Beilage).

2. Kritik an den künftigen Straf- und Bußgeldvorschriften

Kritisiert wird u.a. eine Kriminalisierung von Personen, welche im Bereich der Exportkontrolle Arbeitsfehlern unterliegen. Beispielsweise argumentiert Hohmann, dass es „Graubereiche“ zwischen grober Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz gebe und Verstöße aufgrund von bloßen Arbeitsfehlern von einem Gericht als bedingt vorsätzlich verwirklicht angesehen werden könnten.⁹ Angeführt wird in diesem Zusammenhang, dass die Gesetzgebung an der Realität vorbeigehe, denn eine Vielzahl von Verstößen sei auf Arbeitsfehler oder Organisations- sowie Überwachungsmängel zurückzuführen.¹⁰

Hohmann geht sogar soweit, zu sagen, der unbestimmte Rechtsbegriff des § 34 AWG „ernsthafte Gefährdung der auswärtigen Beziehungen Deutschland“ werde durch die Novelle „eingetauscht gegen den neuen unbestimmten Rechtsbegriff ‚billigendes Inkaufnehmen‘ des Exportverstoßes“.¹¹

Die Verfasserin teilt die Kritik von Hohmann nicht.¹² Denn auch ohne Anstellung schuldtheoretischer Erwägungen wird man festhalten müssen, dass Wissenschaft und Rechtsprechung durchaus bestimmt haben, was Vorsatz im Sinne des § 15 StGB sein soll. Bei Fischer lässt sich – zusammenfassend – Folgendes nachlesen: „Von jeher haben RG und BGH gefordert, dass der Täter den Erfolg ‚billigen‘ oder ‚billigend in Kauf nehmen‘ müsse (...). Vorausgesetzt ist stets, dass der Täter den Erfolgseintritt, als **möglich** und **nicht ganz fern liegend** erkennt“¹³ [Fettdruck nicht im Original]. Der Billigungsvorsatz unterscheidet sich folglich vom direkten Vorsatz 1. Grades dadurch, dass der Täter den Erfolg **nicht anstrebt** und vom direkten Vorsatz 2. Grades dadurch, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung **nicht als sicher erkennt**.

Für die Bejahung einer vorsätzlichen Zu widerhandlung gegen außenwirtschaftsrechtliche Vorschriften ist es ausreichend, dass der Täter den Erfolg **als möglich** erkennt – und zwar selbst dann, wenn ihm der Erfolgseintritt gleichgültig oder dieser unerwünscht, als Zwischenziel aber notwendig ist.¹⁴

Besondere Funktionsträger oder nachgeordnete Mitarbeiter, denen bloße Arbeitsfehler unterlaufen, erkennen die Möglichkeit des Eintritts eines tatbestandlichen Erfolgs in der Regel nicht. Andernfalls ist es auch nicht unbillig, sie wegen eines – bedingt – vorsätzlich verwirklichten Verstoßes zu sanktionieren. Eine neue, ungerechtfertigte Kriminalisierung wird sich nach Ansicht der Verfasserin dadurch nicht ergeben. Dagegen spricht bereits die Gesetzesbegründung. Entgegen der Darstellung von Hohmann geht der Gesetzgeber davon aus, dass Arbeitsfehler durch die Sanktionsmöglichkeiten nach § 19 AWG n.F. und verwaltungsrechtliche Maßnahmen wie Nichterteilung von Genehmigungen aufgrund von Zuverlässigkeitserwägungen angemessen geahndet werden können.¹⁵ Eine Kriminalisierung derer, denen in der arbeitstäglichen Abwicklung Fehler unterlaufen, ist gerade nicht beabsichtigt. Die Gesetzesbegründung legt vielmehr nahe, dass gesehen wurde, dass auf Arbeitsfehler mit außerstrafrechtlichen Instrumentarien hinreichend reagiert werden kann. Folgerichtig entfällt künftig die Strafbarkeit von fahrlässigen Verstößen nach § 34 Abs. 7 AWG.¹⁶

Es ist originäre Aufgabe der Strafverteidigung, in kritischen Fällen die Grenze zwischen bedingtem Vorsatz und Leichtfertigkeit bzw. bewusster Fahrlässigkeit aufzuzeigen.

Als wenig sinnvoll erachtet Hohmann zum anderen die künftige Trennung der Sanktionierung von Embargoverstößen. Der Gesetzgeber hat seine Gründe hierfür dargelegt: Waffenlieferungen in Embargoländer sind „in besonderer Weise geeignet, das friedliche Zusam-

⁹ Hohmann, Stellungnahme vom 06.12.2012 für den BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie am 10.12.2012, öffentliche Anhörung zum Gesetzesentwurf zur Modernisierung der Außenwirtschaftsrechts, Ausschussdrucksache 17 (9) 1053 (neu) vom 07.12.2012, S. 10.

¹⁰ Hohmann, Stellungnahme vom 06.12.2012 für den BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie am 10.12.2012, öffentliche Anhörung zum Gesetzesentwurf zur Modernisierung der Außenwirtschaftsrechts, Ausschussdrucksache 17 (9) 1053 (neu) vom 07.12.2012, S. 10 f.; a.A. Wolfgang, Stellungnahme zur Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes, Ausschussdrucksache 17 (9) 1057 vom 07.12.2012, S. 7.

¹¹ Hohmann, ExportManager, Ausgabe 8 vom 10.10.2012, S. 21.

¹² Wohl auch nicht die Wirtschaft, stellvertretend Monz-Schneider, Siemens AG, Ausschussdrucksache 17(9)1054 vom 6.12.2012, S. 2.

¹³ Fischer, StGB, 60. Auflage 2013, § 15 Rn. 9b.

¹⁴ Fischer, StGB, § 15 Rn. 9b.

¹⁵ BT-Drucks. 17/11127, S. 71.

¹⁶ So auch Wolfgang, Stellungnahme zur Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes, Ausschussdrucksache 17 (9) 1057 vom 07.12.2012, S. 19 f.

menleben der Völker oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu stören".¹⁷ Sie waren auch bisher gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 6 Nr. 3 AWG als Verbrechen strafbar.

Soweit in § 17 AWG n.F. die Differenzierung zwischen Ausfuhrverstößen einerseits und sonstigen Verstößen wie z.B. verbotenen Handels- und Vermittlungsverstößen andererseits entfällt, erleichtert dies aus Sicht der Verfasserin künftig die Rechtsanwendung.

II. Fazit

Das AWG wird schlanker und anwendungsfreundlicher. Für die Verteidigung in Außenwirtschaftsstrafsachen ist beachtlich, dass künftig jeder vorsätzlich verwirklichte Verstoß gegen Exportkontrollnormen als Straftat geahndet werden wird. Nach derzeitig geltender Rechtslage ist dies nur der Fall, wenn Rüstungsgüter betroffen sind. Kommt es hingegen zu vorsätzlichen Verstößen beim Export von Dual-Use-Gütern, greifen gegenwärtig überwiegend Bußgeldtatbestände ein.

Vorsätzliche Verstöße gegen Waffenembargos werden als Verbrechen mit Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr bestraft. Eine Ausnahme bildet der leichtfertige Verstoß, der als Vergehen qualifiziert ist. Sonstige vorsätzliche Zu widerhandlungen sind ungeachtet etwaiger Qualifikationen grundsätzlich als Vergehen zu sanktionieren.

Fahrlässige Außenwirtschaftsrechtsverstöße sind bußgeldbewehrt. Künftig kann eine entsprechende Verfolgung abgewendet werden, wenn eine den Voraussetzungen des § 22 Abs. 4 AWG n.F. entsprechende Selbstanzeige abgegeben wird.¹⁸

Arbeitsfehlern soll durch die Ordnungswidrigkeitentatbestände sowie außerstrafrechtliche Instrumentarien Rechnung getragen werden. Dies war auch in der Vergangenheit so. Letztlich bleibt nach der Novelle das Hauptaugenmerk auf Zuverlässigkeitssachen und die besondere Stellung der Ausfuhrverantwortlichen¹⁹ zu richten. Eine wesentliche Rolle wird wie bisher die Durchführung eines wirksamen Risikomanagements spielen.²⁰

¹⁷ BT-Drucks. 17/11127, S. 73 f.

¹⁸ Prieß/Arend, AW-Prax 2013, S. 153 ff.

¹⁹ Dazu Klötzer-Assion, WiJ, Ausgabe 3/2012, abrufbar unter: <http://www.wi-j.de>.

²⁰ Zur Durchführung von Außenwirtschafts-Audits z.B. Ahmad, AW-Prax Service-Guide 2013, S. 22 ff., abrufbar unter: <http://www.bundesanzeiger-verlag.de>.

Kapitalmarktstrafrecht

PD Dr. Nina Nestler,* Würzburg/Konstanz

Verschweigen nachteiliger Tatsachen durch bewusstes ‚Nichtsagen‘:

Eine Analyse der Bedeutung unionsrechtlicher Rechtsakte für die dogmatische Einordnung des § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB

I. Einführung

„Ein Verschweigen nachteiliger Tatsachen i.S.d. § 264a StGB erfordert ein bewusstes ‚Nichtsagen‘ oder Verheimlichen.“¹ Anhand dieses Leitsatzes einer Entscheidung des OLG Dresden vom 30. August 2012 lässt sich das strafrechtsdogmatische Problem der Abgrenzung unechter Unterlassungsdelikte von echten Unterlassungsdelikten im Kontext aktueller kapital-

Der Beitrag basiert auf einem von der Verf. im Dezember 2012 an der EBS/Law School in Wiesbaden gehaltenen Vortrag.

¹ OLG Dresden BeckRS 2012, 20211.

marktstrafrechtlicher Fragestellungen behandeln. Der Wortlaut des Leitsatzes bezog sich auf den Kapitalanlagebetrug gemäß § 264a StGB, dort auf dessen Abs. 1 2. Alt. und entspricht genau derjenigen Formulierung, die im Jahr 2007 bereits das Bundesverfassungsgericht² für seine Entscheidung zur Auslegung dieses Tatbestands wählte. Das OLG Dresden übernahm die Wendung, ohne dabei näher auszuführen, was mit bewusstem Nichtsagen eigentlich gemeint sein soll. Kann man z.B. auch unbewusst nichts sagen? Besteht ein Unterschied zwischen Nichtsagen und Verheimlichen? Aus der gewählten Formulierung lässt sich der Eindruck gewinnen, als begriffen Bundesverfassungsgericht und ihm folgend auch das OLG Dresden den Tatbestand des § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB als ein unechtes Unterlassungsdelikt – mit der Konsequenz, dass nach allgemeiner Ansicht die strengen Voraussetzungen des § 13 StGB erfüllt sein müssen. Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich mit dem Beleg dieser These, indem sie diese dogmatisch herleiten und stabilisieren.

Aktualität und besondere Brisanz erhält diese Problematik, da die Europäische Union durch Richtlinien und Verordnungen Einfluss auf das deutsche Kapitalmarktstrafrecht unter Einchluss von § 264a StGB (und seiner dogmatischen Einordnung?) nimmt. Mit der EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung existiert seit geraumer Zeit ein Regelungswerk, das spezifische Vorgaben gerade für die Inhalte solcher Prospekte macht. Dass dies aber auch darüber hinaus keine akademische Spielerei ist, sondern durchaus praktische Relevanz hat, ergibt sich nicht unbedingt aus der Zahl der Verurteilungen wegen Kapitalanlagebetrugs.³ § 264a StGB spielt jedoch in zahlreichen Ermittlungsverfahren eine äußerst gewichtige Rolle. Häufig tritt die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift aber im Rahmen der Verurteilung nicht mehr in Erscheinung, weil der Kapitalanlagebetrug im Verhältnis zu schweren Delikten zurücktritt⁴ oder eine Einstellung nach den §§ 154, 154a StPO erfolgt.⁵ Statistiken erscheinen zudem verzerrt, weil der Kapitalanlagebetrug häufig in der Formulierung „§ 263 StGB u.a.“ verloren geht. Außerdem bleibt eine nicht zu unterschätzende Relevanz für das Zivilrecht, wo § 264a StGB Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist – in diesem Zusammenhang erfolgte auch die o.g. Entscheidung des OLG Dresden.

II. Sachverhalt

In der fraglichen Entscheidung hatte sich das OLG Dresden mit dem Verkauf von Inhaberschuldverschreibungen auseinanderzusetzen, die – so der Vorwurf der Kläger – in der Absicht verkauft worden seien, diese bei Fälligkeit nicht bedienen zu können. Im Raum stand dabei ein so genanntes Schneeballsystem⁶: Zinsen und Rückzahlungen auf die Inhaberschuldverschreibungen sollten nicht aus den durch das Geschäft der Gesellschaft erzielten Einnahmen erfolgen, sondern aus neu eingehenden Anlegergeldern. In den Prospekten sei aber der Eindruck entstanden, dass der Nettoerlös der jeweiligen Anleihe für den ausgewiesenen Hauptgeschäftszweck Verwendung finde – anstatt wie realiter zur Rückzahlung von Inhaberschuldverschreibungen. Diesen Eindruck habe der Umstand hervorgerufen, dass die Verflechtungen über bestehende Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zwischen den Protagonisten im Prospekt nicht beziehungsweise nicht hinreichend dargestellt worden seien. In dem Prospekt fanden sich zwar Angaben zu dem Beziehungsgeflecht. Nach Auffassung der Kläger aber nur „schwer verständlich und schwer zu finden“.⁷ Im Kern gilt es somit die Frage zu beantworten, ob man auch durch zutreffende Angaben an versteckter Stelle oder in schwer verständlicher Form etwas „verschweigen“ kann.

² BVerfG NJW 2008, 1726 ff.

³ Die Anzahl der Verurteilungen wegen Taten nach § 264a StGB ist eher gering, vgl. *Momsen*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, 22. Auflage 2013, § 264a Rn. 4; ferner *Wohlers*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 22. Auflage 2006, § 264a Rn. 11; siehe auch die Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes für das gesamte Bundesgebiet, abrufbar unter:

http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveroeffentli_chungen/Rechtspflege/Strafverfolgung/Vollzug/Strafverfolgung2100300107004.property=file.pdf.

⁴ Bspw. hinter § 263 StGB, siehe *Samson/Günther*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 137. ErgL. 2012, § 264a Rn. 6a; *Bosch*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB, 1. Auflage 2009, § 264a Rn. 3.

⁵ *Park*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht Handkommentar, 3. Auflage 2013, § 264a StGB Rn. 184.

⁶ Eingehend zum Begriff OLG Köln NJW-RR 2001, 55; siehe auch bereits *Volmer*, GRUR 1953, S. 196 ff.; ferner *Zieschang*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, § 263 StGB Rn. 67.

⁷ OLG Dresden BeckRS 2012, 20211 (Leitsatz sowie Abschn. B II. 8.1. c.).

III. Interpretation der Wendung „bewusstes Nichtsagen“

1. Anforderungen an das Verschweigen bei Bundesverfassungsgericht und OLG Dresden

a) Bundesverfassungsgericht

Im Zentrum des vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Falls stand der Emissionsprospekt einer GmbH & Co. KG, in dem (angeblich) die Verflechtungen und Beziehungen der Beteiligten juristischen und natürlichen Personen nur verwirrend dargestellt worden waren.⁸ Unter Rekurs auf Brockhaus und Duden führte das Bundesverfassungsgericht aus, ein Verschweigen nachteiliger Tatsachen erfordere ein bewusstes „Nichtsagen“ oder Verheimlichen. Ein Verschweigen hätte deswegen nur dann bejaht werden können, wenn die bestehenden Verflechtungen überhaupt nicht oder nur unvollständig im Prospekt dargestellt worden wären.⁹ Da aber die Darstellung völlig zutreffend erfolgte, konnte nach Auffassung des Senats von einem Verschweigen jedenfalls im Sinne eines bewussten „Nichtsagens“ keine Rede sein. Dass die betreffende Erläuterung nach Ansicht des mit der Sache befassten Oberlandesgerichts¹⁰ schwer verständlich sei und sich an versteckter Stelle befindet, bleibe für die Subsumtion irrelevant – das gebiete schon die Wortlautgrenze.¹¹

b) Zivilrechtliche Rechtsprechung

Strafurteile zu dieser Frage existieren (soweit ersichtlich) nicht. Jene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde aber durch die zivilrechtliche Rechtsprechung aufgegriffen¹²; das OLG Dresden z.B. wiederholte wortlautgleich die Passage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und führte dabei gestützt auf das Wortlautargument an, für die Subsumtion sei – auch im Zivilrecht – irrelevant, dass die betreffende Darstellung nur schwer verständlich ist und sich an versteckter Stelle befindet.¹³

2. Bewusstheit des Nichtsagens als kognitives Vorsatzelement?

Zerlegt man die Wendung nun in ihre Einzelteile „bewusst“ und „Nichtsagen“, so stellt sich zuerst die Frage, ob diese nicht identisch mit dem kognitiven Vorsatzelement sind. § 264a Abs. 1 StGB setzt – auch in der 2. Alt. – voraus, dass der Täter vorsätzlich handelt. Es ist bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale Vorsatz erforderlich, wobei dolus eventualis ausreicht.¹⁴ Der Vorsatz setzt sich bekanntermaßen zusammen aus Wissen und Wollen, beinhaltet also ein kognitives sowie ein voluntatives Element, selbst soweit nur ein Handeln mit Eventualvorsatz verlangt ist.¹⁵

Für § 264a StGB hat sich der Vorsatz darauf zu richten, dass die in den Prospekten mitgeteilten vorteilhaften Angaben unrichtig bzw. die verschwiegenen Tatsachen, die der Täter kennen muss, nachteilig sind.¹⁶ Dabei wird i.d.R. verlangt, dass sich der Täter der Erheblichkeit der betreffenden Angaben für die Anlageentscheidung auch bewusst ist, er mithin weiß, dass diese für die wirtschaftliche Bewertung der Anlage und somit unmittelbar für die Anlageentscheidung von Belang sind.¹⁷ Wesentlich soll es demnach für das kognitive Vorsatzelement auf die Kenntnis und das Bewusstsein des Täters ankommen, etwas für die Anlageentscheidung Bedeutsames zurückzuhalten und so der Erwerbsentscheidung einen Teil ihrer Grundlage zu nehmen.¹⁸

Dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Ausdruck der Bewusstheit aber das kognitive Vorsatzelement bezeichnen wollte, liegt eher fern. Denn an anderer Stelle in der Entscheidung folgen Ausführungen, bei denen der Senat just die Anforderungen an den Vorsatz genauer spezifiziert. Das Bundesverfassungsgericht erörtert dort, die potentiellen Täter hätten

8 BVerfG NJW 2008, 1726.

9 BVerfG NJW 2008, 1727.

10 Vorangehend OLG München, Urt. v. 23.1.2007 – Az: 6 U 5575/05 sowie 2.11.2006 – Az: 6 U 5575/05.

11 BVerfG NJW 2008, 1727.

12 Bspw. durch das OLG München, Urt. v. 2.2.2011 – Az: 20 U 4382/10.

13 OLG Dresden BeckRS 2012, 20211 (Leitsatz sowie Abschn. B II. 8.1. c).

14 Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 264a Rn. 36; Mommesen, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 264a Rn. 16; Wohlers, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 60.

15 Kudlich, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 15 Rn. 11; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 15 Rn. 9.

16 Fischer, StGB, 60. Auflage 2013, § 264a Rn. 20; Joecks, Wistra 1986, 147.

17 Joecks Wistra 1986, 147.

18 Wohlers, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 60.

„ihrerseits wissen oder zumindest billigend in Kauf nehmen müssen, dass die Darstellung der Verflechtung sich trotz der eigenständigen Überschrift an versteckter Stelle im Prospekt befindet und darüber hinaus trotz der systematischen Darstellung schwer verständlich sei.“¹⁹ Dies stand in der Entscheidung im Zusammenhang mit dem Hinweis, von den Klägern seien die Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands nicht ausreichend dargetan. Hierzu heißt es: „Selbst wenn aber die Ansicht des Berufungsgerichts zuträfe (mithin, dass das Merkmal des Verschweigens auch durch zutreffende Angaben an versteckter Stelle in schwer verständlicher Form erfüllt werden kann), so muss sich zwingend der Vorsatz auf die einzelnen Elemente der Begehungsweise beziehen.“²⁰ Der kognitive Teil des Vorsatzes wird in der Entscheidung demnach anders und an separater Stelle umschrieben.

3. Dogmatische Einordnung

Die Bedeutung des Begriffs „bewusst“ lässt jedoch eine dogmatische Einordnung der 2. Alt. des § 264a Abs. 1 StGB erkennen.

a) Klassifizierung der Unterlassungsdelikte

In der strafrechtlichen Literatur ist umstritten, ob es sich bei § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB um ein echtes Unterlassungsdelikt²¹ oder ein unechtes Unterlassungsdelikt²², beziehungsweise ein Begehungsdelikt handelt. Bekanntmaßen lassen sich Begehungs- von Unterlassungsdelikten unterscheiden, dabei wiederum bei den Unterlassungsdelikten die so genannten echten von den unechten.²³ Unechte Unterlassungsdelikte sollen solche Tatbestände sein, die üblicherweise durch ein strafrechtlich relevantes Verhalten in Gestalt eines positiven Tuns verwirklicht werden.²⁴ Demgegenüber handelt es sich bei den echten Unterlassungsdelikten um Strafnormen, die bereits in ihrem Tatbestand eine Nichtstun, beziehungsweise die Nichtverhinderung eines bestimmten Erfolgs verlangen.²⁵

Die Einteilung in echte und unechte Unterlassungsdelikte geht bereits auf das Jahr 1840 zurück²⁶ und liegt durchaus nicht ohne Weiteres auf der Hand²⁷ – ebenso wie ihre dogmatischen Konsequenzen. Früher sah man das Wesen des echten Unterlassungsdelikts vor allem in der Nichteinhaltung eines Gebots zu einem bestimmten Handeln, während durch das unechte Unterlassungsdelikt das subjektive Recht eines Anderen verletzt werde.²⁸ Seither haben sich zwei unterschiedliche Ansätze zur Differenzierung herausgebildet: Ein formaler Ansatz, wonach Fälle strafbaren Unterlassens nur solche sein sollen, die das Gesetz ausdrücklich oder implizit so bezeichneten²⁹, sowie ein materieller Ansatz, wonach sich die echten Unterlassungsdelikte in der bloßen Nicht-Einhaltung eines von der Strafnorm selbst bezeichneten Handlungsgebots erschöpfen, während bei unechten Unterlassungsdelikten stets der Eintritt eines Verletzungs- oder Gefährdungserfolges vorausgesetzt wird³⁰.

19 BVerfG NJW 2008, 1727.

20 BVerfG NJW 2008, 1727.

21 Dafür Cramer/Perron, in: Schönlé/Schröder, StGB, § 264a Rn. 27; Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage 2011, § 264a Rn. 12 („i.d.R. echtes Unterlassen“); Möhrenschlager, Wiстра 1982, 207; Momsen, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 264a Rn. 13; Park, in: Park, Kapitalmarktrecht Handbuch, § 264a StGB Rn. 189; Tiedemann, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage 2010, § 264a Rn. 61.

22 Dafür Hellmann, in: Nomos Kommentar zum StGB, 4. Auflage 2010, § 264a Rn. 34; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 14; Wohlers, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 40.

23 Eingehend zur Einteilung Ransiek, JuS 2010, S. 490 f.

24 Frister, Strafrecht AT, 5. Auflage 2011, Kap. 22 Rn. 1 ff.; Rengier, Strafrecht AT, 4. Auflage 2012, § 10 Rn. 18, § 48 Rn. 1 ff.

25 Rengier, Strafrecht AT, § 10 Rn. 19. Als Erfolg i.S.d. § 13 StGB gilt nach h. M. nicht nur der Erfolg i.S.d. Tatbestandslehre. Daher können auch Tätigkeitsdelikte, denen es an einem Erfolg i.d.S. fehlt, unter den Voraussetzungen des § 13 StGB durch Unterlassen verwirklicht werden; so Wohlers, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 2; vgl. auch BGHSt 46, 222; BGHSt 38, 338 f.; BGH NStZ 1997, 545; Freund, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 219; Stree, in: Schönlé/Schröder, StGB, § 13 Rn. 3; a.A. Weigend, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 15.

26 Siehe Lüden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte, Bd. 2, 1840.

27 So haftet bspw. jedem Fahrlässigkeitsdelikt, das durch positives Tun verwirklicht wird, ohne Zweifel eine Unterlassungskomponente an, die im Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt besteht; so Wohlers, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 6 („doppelrelevante Verhalten“); krit. Herzberg, in: FS für Röhrl, 2003, S. 270 ff. Zu den einzelnen Ansätzen der Abgrenzung eingehend Roxin, Strafrecht AT II, 1. Auflage 2003, § 31 Rn. 16 ff.

28 Vgl. Weigend, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 16.

29 Ähnlich Ransiek, JuS 2010, S. 491 („das in einem Tatbestand des BT beschriebene strafbare Verhalten [ist] schon als Unterlassen formuliert“); siehe auch Rengier, Strafrecht AT, § 48 Rn. 3. Dieser Ansatz geht zurück auf Kaufmann, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 206 ff, 275 ff.

30 In diese Richtung BGHSt 14, 281 („Bei einem „echten“ Unterlassungsdelikt [...] erschöpft sich das strafbare Verhalten im Verstoß gegen eine Gebotssnorm [...] Daher kommt es für die Strafbarkeit nicht auf das Verhindern des „Erfolges“ an.“); Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Auflage 1996, S. 605 f; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 19.

Beiden Ansätzen ist gemein, dass zu den echten Unterlassungsdelikten nur solche Tatbestände gehören, bei denen das betreffende Strafgesetz eine Handlungspflicht bezeichnet.³¹ Es handelt sich demnach um Straftatbestände, bei denen sich die Möglichkeit der Verwirklichung durch Unterlassen ausdrücklich oder konkludent aus dem Straftatbestand selbst ergibt (so zum Beispiel bei § 323c StGB). Dabei kann wiederum differenziert werden zwischen zwei Arten von echten Unterlassungsdelikten: Einerseits existieren Straftatbestände, mit denen der Gesetzgeber ein Handeln zur allgemeinen Rechtpflicht und das Unterlassen zur Straftat erhoben hat (beispielsweise die Nichtanzeige geplanter Straftaten nach § 138 StGB oder die unterlassene Hilfeleistung gemäß § 323c StGB).³² Andererseits gibt es diejenigen Strafnormen, bei denen die Verantwortlichkeit gerade bestimmter Personen für den Nichteintritt eines tatbestandlichen Erfolgs ausdrücklich angeordnet wird (zum Beispiel der Adressat der Aufforderung, sich zu entfernen in § 123 Abs. 1 2. Alt. StGB).³³

An dieser Differenzierung zeigt sich der Unterschied zwischen den Straftatbeständen, die man verwirrenderweise als echte Unterlassungsdelikte bezeichnet, und denjenigen Normen, die unechte Unterlassungsdelikte sein sollen, der vor allem darin liegt, dass letztgenannte gerade genau wie ein Begehungsdelikt – aber eben bloß durch Unterlassen realisiert werden sollen. Sie sind damit „begehungsgleich“.³⁴ Für die erstgenannte Gruppe der echten Unterlassungsdelikte gilt das nicht: Für sie bildet das Unterlassen den Standardfall, eine Verwirklichung durch positives Tun scheidet in der Regel³⁵ aus. Sie sind damit gerade nicht begehungsgleich.³⁶ Diese Differenzierung entspricht der herrschenden Auffassung³⁷, wonach der Anwendungsbereich des § 13 StGB mit der Gruppe der unechten Unterlassungsdelikte (i. e. der begehungsgleichen Unterlassungsdelikte) übereinstimmt.

b) Modalitätenäquivalenz

Für diese Taten verlangt § 13 StGB neben weiteren Voraussetzungen Modalitätenäquivalenz.³⁸ Nach § 13 StGB steht ein **Unterlassen** der aktiven Erfolgsherbeiführung nur dann gleich, wenn es der **Tatbestandsverwirklichung durch Tun „entspricht“** – dies bezeichnet die Entsprechungs- oder auch Gleichstellungsklausel. Dabei geht die h. M. davon aus, dass das „Entsprechen“ nur in denjenigen Fällen gesondert festzustellen ist, in denen der Tatbestand nicht die bloße Erfolgsherbeiführung als solche verlangt (wie etwa bei § 212 StGB), sondern die Bewirkung des Erfolgs entweder in einer bestimmten Weise (zum Beispiel durch „Täuschung“ in § 263 StGB) erfordert oder – hier von Relevanz – auf einen Erfolg sogar gänzlich verzichtet.³⁹ In diesen Fällen soll Modalitätenäquivalenz geprüft werden, indem das Verhalten des Unterlassenden dem Verhalten eines vergleichbaren aktiven Täters gegenübergestellt wird.

c) Dogmatische Einordnung des § 264a StGB

Die (wohl noch) h.M.⁴⁰ begreift § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB als echtes, das heißt als nicht-begehungsgleiches Unterlassungsdelikt. Nach a.A.⁴¹ handelt es sich um ein Begehungsdelikt

tar zum StGB, vor § 13 Rn. 10; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 42. Auflage 2012, Rn. 696 f; ähnlich *Roxin*, Strafrecht AT II, § 31 Rn. 17 ff. (Abstellend auf die gesetzliche Gleichstellung von Unterlassen und Tun).

31 Ähnlich *Ransiek*, JuS 2010, S. 491 (Das Bestehen einer Rechtpflicht zur Erfolgsabwendung sei eine „sachlich identische oder wenigstens ähnliche Begrenzung [...]“ auch bei den echten Unterlassungsdelikten.“ Sie ergebe sich für echte Unterlassungsdelikte aber „aus dem Tatbestand selbst, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 13 StGB bedarf.“).

32 *Rengier*, Strafrecht AT, § 10 Rn. 19.

33 Für ein echtes Unterlassungsdelikt *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 123 Rn. 7; *Rachow*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 123 Rn. 3; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 123 Rn. 27.

34 *Heuchemer*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 13 Rn. 74; so insbesondere auch *Freund*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 76 ff.

35 Soweit nicht eine Sonderkonstellation vorliegt, in der ausnahmsweise ein echtes Unterlassungsdelikt durch positives Tun verwirklicht werden soll; siehe dazu eingehend bereits *Roxin*, in: FS für Engisch, 1969, S. 381 ff.

36 Nur ausnahmsweise werden solche Tatbestände durch positives Tun verwirklicht, etwa im Fall der sog. omissionis libera in causa, i.e. eine Konstellation, in der sich der Täter die Erfüllung seiner Erfolgsabwendungsplicht unmöglich macht; dazu *Frister*, Strafrecht AT, 5. Auflage 2011, Kap. 22 Rn. 16.

37 So *Fischer*, StGB, § 13 Rn. 3; *Weigend*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 16; ferner auch *Ransiek*, JuS 2010, S. 491.

38 *Heuchemer*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 123 Rn. 32; *Ransiek*, JuS 2010, S. 589; *Weigend*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 77.

39 *Weigend*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 77.

40 Dafür *Cramer/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 264a Rn. 27; *Lackner/Kühl*, StGB, § 264a Rn. 12 („i.d.R. echtes Unterlassen“); *Möhrenschlager*, wistra 1982, 207; *Momsen*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 264a Rn. 13; *Park*, in: *Park*, Kapitalmarktrecht Handkommentar, § 264a Rn. 189; *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 61.

beziehungsweise ein unechtes Unterlassungsdelikt. An deren Argumentation lassen sich jedoch durchaus Zweifel anmelden: So wird angeführt, der Täter könne eine Gebotsnorm zur Herstellung vollständiger Prospekte schon deshalb nicht verletzen, weil es eine solche gar nicht gebe.⁴² Das ist allerdings so pauschal nicht gänzlich zutreffend, weil jedenfalls das Vermögensanlagengesetz und die zugehörige Vermögensanlagen-Verkaufsprospektverordnung oder auch das Wertpapierprospektgesetz sowie die EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung durchaus Vorgaben für die Prospekteerstellung einschließlich der entsprechenden Inhalte machen.

In Wahrheit – so die Argumentation der Vertreter jener Ansicht weiter – verstöße der Täter gegen das Verbot, Adressaten Prospekte zugänglich zu machen, die nachteilige Tatsachen verschweigen.⁴³ Darin liege eine konkludente Täuschung im Sinne eines positiven Tuns. Auch diese Aussage lässt sich anzweifeln. Denn eine Täuschung verlangt eine kommunikative Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines Getäuschten. Derartiges verlangt aber der objektive Tatbestand des § 264a StGB nicht. Für eine Tatvollendung vorausgesetzt ist nur, dass der betreffende Prospekt einem größeren Kreis von Personen zugänglich gemacht wird, die Personenmehrheit also die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat – ohne dass es dabei tatsächlich zu einer kommunikativen Einwirkung kommen muss.⁴⁴

Betrachtet man den Tatbestand des § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB, so liefert sein Wortlaut zwar nur spärliche Anhaltspunkte zur Abgrenzung. Es darf allerdings recht unstreitig gestellt werden, dass innerhalb der ersten Kategorie der echten Unterlassungsdelikte, d.h. innerhalb derjenigen, bei denen der Gesetzgeber ein Handeln zur allgemeinen Rechtspflicht und das Unterlassen zur Straftat erhoben hat, der Tatbestand immer negativ formuliert ist (zum Beispiel bei § 138 StGB: „Wer ... es unterlässt, der Behörde oder dem Bedrohten rechtzeitig Anzeige zu machen“ oder bei § 323c StGB: „Wer ... nicht Hilfe leistet“). § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB jedenfalls ist nicht auf diese Weise formuliert („wer ... verschweigt“), weshalb der Tatbestand kein echtes Unterlassungsdelikt jedenfalls dieser ersten Kategorie sein kann.

Es bliebe also zu klären, ob es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt der zweiten Kategorie handelt, bei welcher die Verantwortlichkeit bestimmter Personen für den Nichteintritt eines tatbestandlichen Erfolgs angeordnet wird. Bei dieser Frage hilft allerdings der Wortlaut kaum weiter. Denn auch in den anderen Fällen, die überwiegend dieser Deliktsgruppe zugeordnet werden, lautet die Formulierung nicht eindeutig. Beispiele hierfür wären der Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 2. Alt. StGB, der von „verweilen“ spricht⁴⁵ oder § 170 StGB, der verlangt, dass sich der Täter seiner Unterhaltpflicht „entzieht“⁴⁶.

Eine Möglichkeit der Abgrenzung der echten Unterlassungsdelikte der zweiten Kategorie von den unechten Unterlassungsdelikten besteht nun darin, auf die Existenz einer besonderen außerstrafatbestandlichen Sicherungs- bzw. Rechtspflicht abzustellen, die sich an den potentiellen Täterkreis richtet.⁴⁷ Hierzu bildet § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. g StGB ein bekanntes Beispiel. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer haltende oder liegengebliebene Fahrzeuge nicht auf ausreichende Entfernung kenntlich macht, obwohl das zur Sicherung des Verkehrs erforderlich ist. Dieses Delikt soll ein unechtes Unterlassungsdelikt sein, weil es eine Sicherungspflicht voraussetzt.⁴⁸ Was diese Pflicht in concreto beinhaltet, ergibt sich aus § 15 StVO, der zum Beispiel vorschreibt, dass ein Warnblinklicht einzuschalten und minde-

41 Hellmann, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 34; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB § 264a Rn. 14; Wohlers, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 40.

42 In diese Richtung etwa Fischer, StGB, § 264a Rn. 15.

43 Hellmann, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 34; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB § 264a Rn. 32.

44 Morsen, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 264a Rn. 17; Wohlers, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 264a Rn. 68.

45 Die Norm wird von der ganz h.M. als ein echtes Unterlassungsdelikt eingeordnet, so bspw. Schäfer, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 123 Rn. 7; Rachow, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 123 Rn. 3.

46 Für ein echtes Unterlassungsdelikt Lackner/Kühl, StGB, § 170 Rn. 9; Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 170 Rn. 27; Ritscher, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 170 Rn. 49; Schall, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 170 Rn. 29; Wittig, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 170 Rn. 17; a.A. BGHSt 18, 379; für eine Verwirklichung durch positives Tun sowie alternativ durch Unterlassen Heuchemer, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 170 Rn. 21.

47 Vgl. für § 264a StGB Fischer, StGB, § 264a Rn. 15 („unechtes Unterlassungsdelikt [...], das eine außerhalb des § 264a StGB bestehende Rechtspflicht zur Offenbarung voraussetzt“).

48 Herzog, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 315c Rn. 14; daher ebenfalls für unechtes Unterlassungsdelikt – mit der Konsequenz der Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 StGB – Lackner/Kühl, StGB, § 315c Rn. 17a; vgl. auch Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 315c Rn. 25 für die Bestimmung des Sicherungspflichtigen; siehe auch Kudlich, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 315c Rn. 53, der das Delikt zwar als echtes Unterlassungsdelikt einordnet, gleichwohl aber ausnahmsweise eine Sicherungspflicht des Täters verlangt.

stens ein auffällig warnendes Zeichen gut sichtbar in ausreichender Entfernung aufzustellen ist. Diese Inbezugnahme der StVO scheint mit der Wendung „obwohl das zur Sicherung des Verkehrs erforderlich ist“ auch im Wortlaut des § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. g StGB angelegt zu sein.

Übertragen auf den Kapitalanlagebetrug nach § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB muss man sich also für die dogmatische Einordnung die Frage stellen, ob die Norm eine vergleichbare Sicherungspflicht des Prospektverantwortlichen voraussetzt. Und tatsächlich beinhaltet auch der Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs einen Verweis auf solche außerstrafrechtlichen Pflichten. Denn die Vorschrift benennt als Kriterium für strafrechtliche Relevanz der verschwiegenen nachteiligen Tatsachen, dass diese für die Anlageentscheidung erheblich sein müssen.

Für den Prospektverantwortlichen folgt daraus allein aber noch keine strafrechtlich relevanten Einstandspflicht. Hierfür wäre erforderlich, dass zum Beispiel spezialgesetzliche Regelungswerke außerhalb des Strafrechts seine Einstandspflichten konkretisieren.⁴⁹ Eine derartige Spezifizierung derjenigen Angaben, die ein solcher Prospekt mindestens beinhalten muss, findet sich in § 7 des Wertpapierprospektgesetzes. Die Vorschrift besagt, dass sich die Mindestangaben nach der „Verordnung betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung“ (EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung⁵⁰) aus dem Jahr 2004 „in der jeweils geltenden Fassung“⁵¹ richten. § 7 WpPG setzt Art. 7 der EG-Prospektrichtlinie⁵² um, hat jedoch lediglich deklaratorischen Charakter, da die EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung in ihrer zwischenzeitlich geänderten Fassung unmittelbar geltendes Recht in Deutschland darstellt.⁵³

Bei § 7 WpPG handelt es sich um ein Blankett, dessen Ausfüllungsvorschriften recht detaillierte Mindestangaben enthalten. So verweist Art. 3 der EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung auf deren Anhänge eins bis siebzehn sowie zwanzig bis dreißig – das allerdings abhängig von der Art des jeweiligen Emittenten und der Art der jeweiligen Wertpapiere. Dort heißt es zum Beispiel in Anhang IV (der für Schuldtitle wie die Inhaberschuldverschreibungen in dem o.g. Fall gilt⁵⁴) in Nr. 10.2, dass in Bezug auf bestimmte, in das Management eingebundene Personen potentielle Interessenkonflikte zwischen ihren Verpflichtungen gegenüber dem Emittenten und ihren privaten Interessen oder sonstigen Verpflichtungen klar festgehalten werden müssen.⁵⁵ Des Weiteren schreibt Anhang IV Nr. 12.1 vor, dass Personen angegeben werden müssen, die direkt oder indirekt eine Beteiligung am Kapital des Emittenten haben beziehungsweise daraus entsprechende Stimmrechte halten.⁵⁶ Beides kann auf Konstellationen wie die eingangs geschilderte zutreffen, wenn nämlich eine Person aufgrund von Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträgen als Mehrheitsaktionär entsprechenden Einfluss auf die Verwendung von Gewinnen ausübt.

Das allein macht aber § 7 WpPG in Verbindung mit Art. 3 der EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung sowie deren Anlagen noch nicht zu Regelungen, die für § 13 StGB

49 Siehe Roxin, Strafrecht AT II, § 30 Rn. 17, wonach die auf einer Garantenstellung beruhende Begehungsgleichheit das maßgebliche Kriterium der „Abschichtung“ darstellt.

50 Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29.4.2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung, ABI. Nr. L 149 S. 1, ber. ABI. Nr. L 215 S. 1, Vorschrift komplett ber. ABI. 2005 Nr. L 186 S. 3.

51 Es handelt sich dabei um eine sog. dynamische Verweisung, so Groß, in: Groß, Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012, § 7 WpPG Rn. 1 (dort Fn. 1) mit Verweis auf Meyer, in: Berrar/Meyer/Müller/Schnorbus/Singhof/Wolf, Frankfurter Kommentar zum WpPG und zur EU-ProspektVO, 1. Auflage 2011, § 7 WpPG Rn. 4. Um eine dynamische Verweisung handelte es sich nach h.M. bereits vor der entsprechenden Klarstellung durch das das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2010/73/EU und zur Änderung des Börsengesetzes durch Einfügung des Passus „in der jeweils geltenden Fassung“, vgl. BGBI. I 2012, 1375.

52 Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABI. Nr. L 345 S. 64.

53 Groß, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, Band 2, 2. Auflage 2009, Rn. IX669; Wehowsky, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 193. ErgL. 2013, § 7 WpPG Rn. 1.

54 OLG Dresden BeckRS 2012, 20211.

55 „Potenzielle Interessenkonflikte zwischen den Verpflichtungen gegenüber dem Emittenten von Seiten der in Punkt 10.1 genannten Personen sowie ihren privaten Interessen oder sonstigen Verpflichtungen müssen klar festgehalten werden. Falls keine derartigen Konflikte bestehen, ist eine dementsprechende Erklärung abzugeben.“

56 „Sofern dem Emittenten bekannt, Angabe, ob an dem Emittenten unmittelbare oder mittelbare Beteiligungen oder Beherrschungsverhältnisse bestehen, und wer diese Beteiligungen hält bzw. diese Beherrschung ausübt. Beschreibung der Art und Weise einer derartigen Kontrolle und der vorhandenen Maßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs einer derartigen Kontrolle.“

ausreichende Sicherungspflichten begründen. Denn einschränkend müssten diese Vorschriften – entsprechend der These, dass die (auf einer Garantenstellung beruhende) Begehungsgleichheit das maßgebliche Kriterium der „Abschichtung“ darstellt⁵⁷ – sich ihrem Sinn und Zweck nach auf den Schutz potentieller Opfer eines Kapitalanlagebetrugs nach § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB richten. Ein Blick in die Gründe jener EG-Verordnung zeigt aber, dass diese auf der EG-Richtlinie betreffend den Prospekt basiert, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist.⁵⁸ Ziel jener Richtlinie war beziehungsweise ist wiederum nach Nr. 10 ihrer Gründe unter anderem, den Anlegerschutz sicherzustellen.⁵⁹ Diese auch der EG-Wertpapierprospekt-Umsetzungs-Verordnung zugrunde liegende Schutzrichtung mag erlauben, sie als Sicherungspflichten begründendes Regelungswerk einzuordnen – ausreichend für § 13 StGB.

Als Zwischenergebnis der vorliegenden Analyse lässt sich somit festhalten, dass § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB als ein begehungsgleiches Unterlassungsdelikt verstanden werden kann. Damit der Tatbestand erfüllt ist, müssen folglich die Voraussetzungen des § 13 StGB vorliegen; realisiert sein muss somit auch die Gleichstellungsklausel; das Unterlassen hat mithin wertungsmäßig einem positiven Tun zu entsprechen – so der Wortlaut des § 13 StGB.

IV. Schlussfolgerungen und Konsequenzen

Die Entscheidungen von Bundesverfassungsgericht und OLG Dresden lassen sich somit dahingehend auslegen, dass eine schwer verständliche oder schwer zu findende Darstellung zwar gegen Prospektgrundsätze verstoßen kann, dass allein dieser Verstoß jedoch nicht für § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB ausreicht. Kapitalanlagebetrug durch Unterlassen erfordert nämlich, dass dieses Unterlassen auch „begehungsgleich“ erfolgt, also Modalitätenäquivalenz gegeben ist.

Der Tatbestand ist dabei nur erfüllt, wenn sich das durch Unterlassen verwirklichte Unrecht dem typischerweise durch positives Tun verwirklichten Unrecht annähert. Problematischweise können der Entsprechungsklausel selbst jedoch keine Kriterien dafür entnommen werden, wann und unter welchen Umständen von einer Gleichwertigkeit auszugehen ist. Freund⁶⁰ spricht dabei davon, dass gleichwertige Gegebenheiten vorliegen müssen und verlangt, dass die für das typische Unrecht entscheidende Zwischenstation erreicht wird.

Die ganz h.M. ordnet § 264a StGB seiner Schutzrichtung nach wie gesehen ins Vorfeld des Betrugstatbestands ein.⁶¹ Für den Betrugstatbestand soll zentral aber das Täuschungsmerkmal sein. Auch ein Vergleich mit der ersten Alternative, dem „falsche Angaben machen“, zeigt, dass wesentlich für den Unrechtsgehalt nicht der Verstoß gegen die Prospektgrundsätze ist, sondern jener betrugsgleich darin liegt, dass bei Interessenten gezielt Fehlvorstellungen über die Anlage hervorgerufen werden. Da es aber ausreicht, dass nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Prospektinhalt eingeräumt wird, also keine kommunikative Einwirkung auf das Vorstellungsbild der Prospektadressaten erfolgen muss, kann einziges Kriterium dafür auch nur der tatsächliche Inhalt des Prospekts sein – und nicht, wie er dem potentiellen Anleger präsentiert wird. Maßgeblich und entscheidend bleibt somit nur, was überhaupt in dem Prospekt steht, und nicht, wie es dort steht. Eine solche Deutung legt auch der Umstand nahe, dass die besagte Rechtsprechung von Nichtsagen oder Verheimlichungen spricht, mithin von einem Unterlassen und (ggf.) einem positiven Tun. Zudem sprechen für die Richtigkeit dieses Ergebnisses die bessere Abgrenzbarkeit sowie der Wortlaut. Damit hat diese Rechtsprechung § 264a Abs. 1 2. Alt. StGB entgegen der h.M. in der Literatur – aber dogmatisch durchaus begründbar und mit sachlich richtigem Ergebnis – als unechtes Unterlassungsdelikt eingeordnet.

57 Roxin, Strafrecht AT II, § 30 Rn. 17.

58 Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABI. Nr. L 345 S. 64.

59 „Ziel dieser Richtlinie und der in ihr vorgesehenen Durchführungsmaßnahmen ist es, in Übereinstimmung mit den strengen Aufsichtsbestimmungen, die in den einschlägigen internationalen Foren festgelegt wurden, den Anlegerschutz und die Markteffizienz sicherzustellen.“

60 Freund, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 13 Rn. 209 ff.

61 Siehe nur statt Vieler Fischer, StGB, § 264a Rn. 1.

Compliance

Dipl. iur. Raoul Kirmes M. Sc. (Forensik),* CISA-

Forensic Investigation und die Friedenspflicht

I. Einleitung

Forensic-Service und Fraud-Investigation liegen im Trend der allgemein wahrzunehmenden „Compliance-Welle“¹ und die Wirtschaft selbst etabliert, in einer Art dem Gesetzgeber „vorauselendem Gehorsam“, immer mehr private Überwachungs- und Ermittlungsmechanismen.² Insbesondere bei IT-bezogenen privaten Ermittlungen besteht jedoch ein inhärentes Risiko durch die private Ermittlungstätigkeit selbst, neues Unrecht zu schaffen, da sehr leicht Grundrechte der Betroffenen verletzt werden können.³

Die Notwendigkeit solcher Maßnahmen wird gerne mit Compliance-Zielen begründet⁴ und noch viel lieber mit einem behaupteten „Nachholbedarf“⁵ gegenüber dem transatlantischen „Vorbild“ und seiner Praxis, bei Ermittlungen der SEC.⁶ Aber können solche Begründungen tragen? Oder befinden wir uns durch die zunehmende Ausweitung privater Ermittlungen in Wirtschaftsstrafsachen bereits auf einem gefährlichen Pfad, an dessen Ende eine Zivilgesellschaft stehen könnte, die niemand wollte?⁷ Um es mit *Di Fabio* zu sagen: „Der Westen gerät in Gefahr, weil die falsche Idee der Freiheit die Alltagsvernunft zerstört“.⁸

Der nachfolgende Beitrag greift die harte Kritik von *Wastl*⁹ auf und setzt diese in den Kontext der von *Salvenmoser/Schreier* entwickelten Theorie vom „fehlenden Ermittlungsmonopol des Staates“. Damit soll die, zuletzt von *Gerst*¹⁰ geforderte, rechtspolitische Auseinandersetzung um diese Phänomene weiter vorangetrieben werden.

II. Der Begriff: Ermittlungsmonopol, Lösung oder gefährlicher „Holzweg“?

Auch den Protagonisten der neuen Services, die sich hinter Begriffen wie Forensic-Service und Fraud-Investigation verbergen, ist offenbar bewusst, dass die Frage der Legalität solcher Angebote nicht unproblematisch zu bejahen ist und so bemühen sich seit vielen Jahren diverse Autoren darum zu zeigen, wo Freiräume für legale private Ermittlungstätigkeiten zu finden sind.¹¹ Beim Versuch solche Freiräume juristisch zu „erschließen“, besteht Einigkeit darüber, dass private Ermittlungstätigkeiten nicht mit staatlichen Ermittlungen in

*Der Autor ist leitender IT-Revisor in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit Branchenschwerpunkt Kreditinstitute in Berlin und Lehrbeauftragter für Internationales- und Europäisches Technik- und Sicherheitsrecht an der University of Applied Sciences Brandenburg.

¹Kirmes, R., Private IT-Forensik und private Ermittlungen, zwei Seiten einer Medaille?, 2012, S. 8, m.w.N.; mit dieser Einschätzung auch Nestler in Internal Investigation, (Hrsg.) Knierim, et. al., 2013, S. 3.

²Ebenfalls kritisch *Wastl*, ZRP 2011, S. 57 f.

³Zustimmend auch *Nestler* in Internal Investigation, (Hrsg.) Knierim, et. al., 2013, S. 3.

⁴Dass Compliance stets Kontrollen, aber keineswegs zwingend auch private Ermittlungen als anlassbezogene Untersuchungen erfordert, siehe Kirmes, R., Private IT-Forensik, S. 10.

⁵Bussmann, K./Matschke, S., Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen, Wistra, Heft 3/2008, S. 88-95; dagegen kritisch Minoggio, I., Interne Ermittlungen in Unternehmen, Wirtschaftsrecht in der Praxis (WiPra), Kapitel 15, S. 1064-1106, 2011.

⁶Dass Instrumente, die in den USA ggf. Sinn machen können, wegen grundlegender rechtssystematischer Unterschiede nicht ohne Weiteres nach Deutschland importiert werden können, wird gerne von „hungriigen Mietmäulern“ (Rüdiger Zuck) in Großkanzleien verschwiegen; dazu schon Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, 1996; weitere Nachweise bei Kirmes, R., Private IT-Forensik, S. 66 f; unbeachtet bleibt zudem, dass z.B. Infineon, Allianz, E.on, u.a. auch wegen dem Risiko von durch die SEC veranlassten Ermittlungen und den damit verbundenen Kosten, auf eine weitere Notierung an der Wall Street verzichtet haben, vgl. Spiegel Online, SEC-Ermittler als Weltpolizisten gegen Korruption, 06.04.2010.

⁷Insbesondere die Ausweitung auf KMU und nicht im In- und/oder Ausland börsennotierte Unternehmen oder spez. Branchen (Banken; FDL, VS) ist zurückzuweisen, nicht jede Problemlösung für internationale Großkonzerne ist auch allgemein sinnvoll; so auch *Wastl*, ZRP 2011, S. 58.

⁸Klapptext auf *Di Fabio*, U., Die Kultur der Freiheit, 2005.

⁹*Wastl*, ZRP 2011, S. 57-58.

¹⁰Gerst, „[...] eine rechtspolitische Grundsatzkritik der Zunahme solcher Vorgänge [muss] sich jedoch zweifellos Gehör verschaffen [...]“ CCZ 1/2012, S. 5.

¹¹Kirmes, R., Private IT-Forensik, S. 5-13 mit ausführlichen Nachweisen.

Konkurrenz oder Kollision treten dürfen.¹² Dieser Logik folgend werden zwei Begründungsstrategien verfolgt:

1. Es wird versucht, durch Analyse der Verfahrensordnungen für staatliche Ermittlungen (insb. StPO/ZPO) zu zeigen, wo im **Vorfeld** staatlicher Ermittlungstätigkeit Raum für private Ermittlungen besteht.

2. Private Ermittlungen werden dort für **legitim** deklariert, wo ein öffentliches (staatliches) Interesse offenbar gar nicht besteht, was insbesondere für zivilrechtliche Streitigkeiten oder bei untergesetzlichen Code of Conduct's oder anderen privaten Regelwerken unterstellt wird.

Im Rahmen dieser Argumentationsfiguren haben *Salvenmoser/Schreier* schon früh (2006) den Begriff vom sog. „Ermittlungsmonopol“ geprägt. Diese Begriffsbildung soll dazu dienen, in Abgrenzung zum staatlichen Strafverfolgungsmonopol ein Minus beim Gewaltmonopol des Staates aufzuzeigen, das durch private Ermittlungen gefüllt werden kann. Dies deshalb, weil nach *Salvenmoser/Schreier* gerade *kein* „Ermittlungsmonopol“ des Staates bestehen soll.¹³

Zitat:

„[...] Zudem begründet die Tatsache, dass die Strafverfolgung grundsätzlich dem Staat obliegt, kein staatliches Ermittlungsmonopol, was mit dem staatlichen Gewaltmonopol vergleichbar wäre. Das Offizialprinzip steht folglich privaten Ermittlungen des Opfers einer Straftat nicht entgegen.“¹⁴

und weiter:

„Für den Bereich des Zivilrechts, [...] lässt sich die Frage der generellen Zulässigkeit privater Ermittlungen unproblematisch bejahen [...].“¹⁵

Im Ergebnis sehen *Salvenmoser/Schreier* Freiräume für private Ermittlungen, die ausdrücklich **nicht** den gesetzlichen Beschränkungen der Verfahrensordnungen für staatliche Ermittlungen unterliegen.¹⁶ Kann es aber sein, dass privaten Ermittlern weniger Ermittlungsbeschränkungen im Bezug auf Grundrechtseingriffe auferlegt sind als der Staatsanwaltschaft und der Polizei?

So einleuchtend der Argumentationsansatz vielleicht auf den ersten Blick auch erscheinen mag, ihm liegt ein schwerwiegender Denkfehler zu Grunde. Weil die Argumentation auf die Auszeichnung rechtlicher Spielräume im Verfahrensrecht verengt ist, wird der konstitutionelle Hintergrund ausgebündet. Beim Versuch zu zeigen, dass im einfachen Recht keine **Verbote** für private Ermittlungen ausgesprochen werden, übersehen die Autoren, dass die verfassungsrechtliche Grundbestimmung der „**Friedenspflicht**“¹⁷ ein umfassendes Verbot für jede Form von privatem Zwang enthält.¹⁸ Weil *Salvenmoser/Schreier* diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz übersehen, schließen sie fehlerhaft direkt auf die grundsätzliche Legalität privater Ermittlungen, als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit von Jeder-mann, ohne sich klar von eingeschränkten Tätigkeiten in diesem Kontext zu distanzieren.¹⁹

III. Die Idee des privaten Gewaltverzichts

Für die weitere Erörterung soll zunächst ein unverdächtiger Nobelpreisträger zu Wort kommen.

J. M. Buchanan weist auf folgendes hin:

¹² Für viele, *Salvenmoser/Schreier*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (HWistr.), (Hrsg.) Achenbach/Ransiek, 2. Aufl. 2007, S. 1235, Rn. 22; *Ignor*, et. al, zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 10.

¹³ *Kämmerer*'s zutreffende Kritik an der Unzulänglichkeit der Begriffsbildung vom „Monopol“ in diesem Kontext greift auch gegenüber dem sog. Ermittlungsmonopol. Eine Diskussion in solchen Kategorien muss letztlich an der Oberfläche bleiben und am Problem vorbeiführen, vgl. *Kämmerer*, Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, Recht der Sicherheit, Private, Public & Corporate Security, Band 41, 2010, S. 44-45.

¹⁴ *Salvenmoser/Schreier*, HWistr., S. 1236, Rn. 26.

¹⁵ *Salvenmoser/Schreier*, HWistr., S. 1235, Rn. 19-36.

¹⁶ *Salvenmoser/Schreier*, HWistr., S. 1239, Rn. 41-42.

¹⁷ *Hopfauf* in Großkommentar zum Grundgesetz (GK-GG), Hopfauf, 12. Auflage 2011, Einleitung, Rn. 129, S. 66.

¹⁸ Zustimmend: *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, S. 10; *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang, 2004; *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 20-41, m.w.N.

¹⁹ Die Position von *Salvenmoser/Schreier* ist allerdings ambivalent und erfolgt hier aus Platzgründen sehr verkürzt, zur differenzierten Darstellung siehe die Analyse in *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 53.

„Demokratie ist ein spezifisches, politisches Interaktionssystem, das an das Vorhandensein ganz bestimmter Bedingungen geknüpft ist. Diese Bedingungskonstellationen erfordern die Übernahme spezifischer philosophischer Voraussetzungen und zugleich ein Verständnis der Funktionsweise politischer Institutionen im weiteren Sinne“.²⁰

Eine dieser nicht wegzudenkenden **Grundbedingungen jeder Gesellschaftskonzeption** ist der Gewaltverzicht zwischen den Bürgern (die Friedenspflicht) und die Monopolisierung von Zwang beim Staat (das Gewaltmonopol).²¹ Das historisch wohl eingängigste und prägnanteste Ideenbild²² vom Staat als freiwillige vertragliche Übereinkunft über den Verzicht auf Gewalt lieferte 1651 *Thomas Hobbes* im *Leviathan*. Nach *Hobbes* entscheidet sich der vom „elenden Zustande eines Krieges aller gegen alle“²³ erschöpften, aber im Naturzustand freie Mensch im Wege eines Gesellschaftsvertrages für allgemeinen Gewaltverzicht und Gehorsam gegenüber dem Herrscher und erhält als Gegenleistung von diesem Schutz vor Übergriffen anderer Privater und fremden Mächten. So gedacht, war und ist der Staat die institutionelle Überwindung von Anarchie²⁴ und Bürgerkrieg.²⁵

Die individuelle Zustimmung für einen solchen (hypothetischen nicht historischen) Gesellschaftsvertrag lässt sich aus seinem Nutzen²⁶ für die Bürger rekonstruieren, denn die Kosten²⁷ der Verteidigung von Leib, Leben und Eigentum in einem Kampf jeder gegen jeden sind deutlich höher als im Zustand des Friedens und der Ordnung.²⁸ Insofern ist diese Grundidee von Staat zugleich auch die Grundlage jeder Wirtschaftsverfassung, die auf Eigentum und anderen (nur) rechtlich garantierten Ansprüchen (Institutionen) basiert.²⁹

Erst die Friedenspflicht der Bürger und die monopolisierte Durchsetzung (ziviler) Ansprüche durch den Staat (*status positivus*)³⁰ erlauben es, Vertrauen in diese Ansprüche zu setzen und auf dieser Grundlage nachhaltig zu wirtschaften. Seit *John Locke* (1632-1704) begründet die Idee der rechtsstaatlichen Schutzpflicht zugleich auch die Handlungsgrenze für staatliche Macht und fordert Schutz vor dem Ungeheuer *Leviathan*³¹ (*status negativus*).³²

IV. Die Idee des neutralen Dritten

Mit der Monopolisierung von Zwang beim Staat durch die Einrichtung eines Rechtsschutzzstaates ist jedoch noch eine weitere wichtige institutionalisierte Funktion verbunden, ohne die eine stabile³³ Gesellschaft im Grunde nicht denkbar ist. Die des **neutralen Schiedsrichters**.³⁴

Für eine überzeugende Rekonstruktion der Zustimmung eines jeden Individuums zum (hypothetischen nicht historischen) Gesellschaftsvertrag, muss man sich insbesondere den

²⁰ Buchanan, Konstitutionelle Demokratie, persönliche Freiheit und politische Gleichheit, in Politische Ökonomie als Verfassungsprinzip, übersetzt von Monika Streissler, Privatdruck Bank Hofmann AG, Zürich, S. 59-77.

²¹ Die Kritik Kämmerers am Begriff des Gewaltmonopols trägt nicht sehr weit, denn wie schon ein altes Sprichwort sagt, bestätigen die Ausnahmen die Regel, vgl. ders. Der lange Abschied, S. 44-45.

²² Neben *Hobbes* wird die Idee einer souveränen Staatsmacht auch auf *Jean Bodin* (1529-1596) und sein 1567 erschienenes Werk, Sechs Bücher über den Staat, zurückgeführt, übersetzt von Gottfried Niedhart, 1976, so auch *Weiner*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2000, S. 116, m.w.N.; zur historischen Wandlungsfähigkeit des Begriffs und des damit verbundenen Sicherheitsversprechens, *Grimm*, Souveränität, 2009.

²³ *Hobbes*, *Leviathan*, Übersetzung von Jacob Peter Mayer, 1970, S. 151.

²⁴ Anarchie, hier gebraucht im Sinne der politischen Philosophie als Zustand der Abwesenheit von Herrschaft, jedoch negativ belegt. Im modernen Verständnis der Staatstheorie, die sich im Sinne *Machiavelli* unabhängig von einer geistlichen Vorherrschaft begreift, wird Anarchie wie Tyrannie verurteilt, *Machiavelli*; Der Fürst, Übersetzung von Friedrich von Oppeln-Bronikowski, 1990, S. 57; siehe zu diesem Aspekt des Werkes von Machiavelli bei *Arendt*, H., Über die Revolution, 2011, S. 129; mit ähnlicher Einschätzung auch *Russell*, Philosophie des Abendlandes, 5. Aufl., Übersetzung: Fischer-Wernecke, 2002, S. 518; differenzierter dagegen die Perspektive der politischen Ökonomie, in der Anarchie auch als Messgröße für individuelle Freiheit dient, dazu grundlegend *Buchenan*, Die Grenzen der Freiheit, 1984, S. 129 ff.

²⁵ Dazu, Hopfauf in GK-GG, S. 72, Rn. 140.

²⁶ Im weiten (utilitaristischen) Verständnis eines *Jeremy Bentham* oder *J. S. Mill*.

²⁷ Im metaphysischen und weiten Sinn, der neben materiellen Kosten auch Schmerz und Unglück erfasst.

²⁸ Grundlegend, *Buchenan*, J., Die Grenzen der Freiheit, Zwischen Anarchie und Leviathan, 1984.

²⁹ Zur rechtsökonomischen Legitimation staatlicher Institutionen *Kirchner*, C./*Hohmann*, K., Ordnungsethik, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 14, 1995, S. 189-211.

³⁰ Siehe, Hopfauf in GK-GG, S. 72, Rn. 141; zu den Schwierigkeiten der Umsetzung des Schutzes vor „anderen Gefährdungslagen“, insbesondere im technischen Sicherheitsrecht, ausführlich *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.

³¹ Leviathan ist der Name eines Seeungeheuers in der kanaanäisch-phönizischen Mythologie, weitere Hintergründe zur Deutung siehe bei *Halbfas*, Bibelkommentar, 2001, S. 342 m.w.N.

³² Siehe, GK-GG, Hopfauf, S. 73, Rn. 143; in Deutschland wurde diese Position bereits 1792 prominent von *Wilhelm von Humboldt* vertreten; dazu *Kutschka*, Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 28-29, m.w.N.

³³ Zum Problem der Stabilität, *Vanberg*, V. Die Akzeptanz von Institutionen, Wirtschaftsethik, Band II, Seite 38-50; *Hohmann*, K. Akzeptanz von Institutionen, Handbuch der Wirtschaftsethik, Band II, Seite 38- 86, 1999.

³⁴ Vgl. für viele nur *Buchenan*, Die Grenzen der Freiheit, S. 97.

Konfliktfall vor Augen führen und fragen: welcher Konfliktlösungsregelung hätten die Parteien zugestimmt, unterstellt jedes Individuum hatte ein Vetorecht? Es ist evident, dass keiner der Vertragsparteien auf die Idee käme, der jeweils anderen Partei, das alleinige Entscheidungsrecht für den Konfliktfall zuzusprechen. Die Vertragschließenden würden nur einer Regelung zustimmen, in der ein neutraler Dritter ermächtigt wird, behauptete Verstöße unvoreingenommen zu untersuchen, eine Regelung für den Konfliktfall zu treffen und Sanktionen zu verhängen.

Gegen diese ganz grundlegende Idee von Rechtsstaat wird jedoch verstoßen, wenn sich ein Unternehmen, als mutmaßlich Verletzter einer Straftat oder wegen der Verletzung sonstiger ziviler Ansprüche, zum „Ermittler in eigener Sache“ aufspielt, anstatt sich an den unabhängigen Dritten (den Rechtsstaat) zu wenden. *Hassemer* unterstreicht, dass die StPO das Opfer aus gutem Grund „neutralisiert“, ja die „Konfliktparteien um ihren Konflikt enteignet“.³⁵

Die Verpflichtung des Staates, die Sicherheit der Bürger zu gewährleisten und die absolute Friedenspflicht der Bürger sind untrennbare Bestandteile jeder Staatlichkeit. Ganz gleich, ob Rechtspositivismus, Vertragstheorien, Diskurstheorie, Kommunitarismus oder Naturrechtslehren, es existiert keine philosophische oder politische Idee vom Rechtsstaat, die ohne den Verzicht auf Gewalt und Selbstjustiz durch seine Bürger und die Monopolisierung von Zwang beim Staat auskommen würde.³⁶

Eine „Ungebundenheit“³⁷ der Bürger, in Bezug auf institutionalisierte Streitschlichtungsmechanismen, würde mit einer veritablen Gefährdung der Zivilgesellschaft einhergehen.³⁸ Die institutionell geordnete und gewaltfreie Durchsetzung der Rechtsordnung, einschl. deren Kritik und Fortentwicklung, bedarf der privaten Friedenspflicht ohne Wenn und Aber, denn es fehlt an plausiblen Alternativen für friedliche Streitschlichtungsmöglichkeiten, die sich demokratietheoretisch legitimieren lassen.

Wer also der Verfolgung von Vergehen³⁹ unter Privaten (Selbstjustiz) das Wort redet, müsste zunächst dieses philosophische Vakuum füllen können. Ausdrücklich wird in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde der „staatlichen Gewalt“ und nicht Jedermann auferlegt.

Das Bundesverfassungsgericht bringt dieses Prinzip auf folgende Formel:

*„So ist es ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen zwischen Privaten grundsätzlich zu verwehren. Die Parteien werden auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dort sollen sie ihren Streit in einem geordneten Rechtsgang gewaltlos austragen und eine verbindliche Entscheidung erwirken. In der Gerichtsbarkeit prägen sich innerstaatliches Gewaltverbot [die Friedenspflicht] und staatliches Gewaltmonopol aus“.*⁴⁰

Jede Art von Zwang muss mithin **gesetzlich erlaubt** und **beschränkt** sowie **gerichtlich überprüfbar** sein. Mit *Waldhoff*:

*„[...] Im demokratischen Verfassungsstaat gibt es somit keinen legitimen außerrechtlichen Zwang.“*⁴¹

Die Legalisierung solcher Dienstleistungen will also gut überlegt sein und kann nicht dem Selbstlauf überlassen bleiben.

V. Private Ermittlungen und die Schwelle zum Zwang

Stellt sich noch die Frage, ob denn private Ermittlungen überhaupt zutreffend als „Zwangsmaßnahmen“ erfasst werden dürfen. Nun lässt sich eine solche Frage naturgemäß

³⁵ *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, S. 10.

³⁶ Selbst diejenigen, die von naturrechtlich libertären Positionen ausgehen, bestehen strikt auf der Notwendigkeit von Gewaltverzicht durch die Bürger und einer Abstinenz von Selbstjustiz, vgl. *Robert Nozick*, *Anarchie Staat Utopia* (1976), Übersetzung: Hermann Vetter, 2011 S. 86 ff; sogar ein Anarchist vom Format eines *M. A. Bakunin* würde im Konfliktfall zwischen zwei Anarchisten die epistemische Autorität des Richters anerkennen und damit seinen Schiedsspruch legitimieren, vgl. *Mümken, J.*, *Bakunin Almanach* 1, 2007, S. 178.

³⁷ *Nida-Rümelin/Ozmen*, *Humanismus als Leitkultur*, 2006, S. 168.

³⁸ Deshalb bedarf es auch einer „konstitutionellen Theorie des zivilen Ungehorsams“, siehe *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Übersetzung Vetter, 1975, Kap. 6, Nr. 55, S. 400 ff.

³⁹ Definiert als Regelabweichung im weitesten Sinne, die neben Strafvorschriften auch Verstöße gegen zivile Verträge (Compliance) oder Kodizes (Governance) erfasst.

⁴⁰ BVerfGE 54/277 vom 11. Juni 1980, Beschuß des Plenums (1 PBu 1/79), Tz. 46.

⁴¹ *Waldhoff*, *Staat und Zwang*, *Schöneburger Gespräche zu Recht und Staat*, 2008, S. 17-18 m.w.N.

nicht völlig losgelöst vom konkreten Fall beurteilen. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf IT-bezogenen Ermittlungsmaßnahmen. Dies deshalb, weil ihre praktische Bedeutung bei Unternehmensermittlungen kaum zu unterschätzen ist und gleichzeitig die verfassungsrechtlichen Grenzen seit 2008 besonders streng und ausdifferenziert geregelt sind, sodass die Erörterung an diesem Beispiel besonders fruchtbar ist.

Für eine Definition des Begriffs Zwang kann zunächst auf die gesetzliche Systematik der StPO im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen „allgemeiner Ermittlungsmaßnahme“ (§§ 161-163 StPO) und „Zwangsmäßnahme“ (§§ 94 ff. StPO) zurückgegriffen werden. Soweit Maßnahmen bereits für staatliche Stellen ausdrücklich als Zwangsmäßnahme im einfachen Recht definiert sind, gilt dies im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung auch für Private.

Interessant ist jedoch der Streit um die Definition der allgemeinen Ermittlungsmaßnahme. Während der Gesetzgeber⁴² darin eine Eingriffsnorm für „weniger gewichtige“ Grundrechtseingriffe sieht, kritisiert Böckenförde, dass eine solche unvereinbar mit Art. 19 Abs. 4 GG wäre und kommt zu dem Schluss: „Die Reichweite und Grenze einer nach §§ 161, 163 StPO zulässigen Ermittlungsmaßnahme bestimmt sich [...] an ihrer eingreifenden Qualität. [...] Diese ist zulässig, wenn sie nicht in die Grundrechte des Betroffenen eingreift“. Es kann hier offen bleiben, wie dieser Streit für die polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen zu entscheiden ist. Für den privaten Ermittler fehlt es auch an einer dem §§ 161, 163 StPO vergleichbaren Erlaubnisnorm für „weniger gewichtige Grundrechtseingriffe“.⁴³

Unstreitig ist mithin, dass der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung zwischen einer bloßen Ermittlungsmaßnahme⁴⁴ – die der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnen wäre – und „Zwang“ allein der Eingriffscharakter in ein Grundrecht ist.⁴⁵ Aus einem Eingriff in diese Rechte wird Zwang, wenn er gegen den Willen oder ohne Einverständnis⁴⁶ (z.B. bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen) des Rechtsgutinhabers vorgenommen wird.

Für die hier im Schwerpunkt betrachteten Forensic-Services ist diese Erkenntnis nicht ohne Folgen, denn das BVerfG hatte am 27.02.2008 den Grundrechtsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erheblich erweitert.⁴⁷

Damit wurden ggf. früher denkbare, eingriffsfreie Bereiche für private Ermittlungen in Unternehmen weiter verengt bzw. beseitigt. Man muss sich nur kurz die Ausprägung des Grundrechts auf „Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme“ vergegenwärtigen:

„Das Grundrecht [...] erfasst, [...] Daten des Betroffenen [, die] einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung [...] oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit [ermöglichen]. Eine solche Möglichkeit besteht etwa beim Zugriff auf Personalcomputer, einerlei ob sie fest installiert oder mobil betrieben werden. Nicht nur bei einer Nutzung für private Zwecke, sondern auch bei einer geschäftlichen Nutzung lässt sich aus dem Nutzungsverhalten regelmäßig auf persönliche Eigenschaften oder Vorlieben schließen. Der spezifische Grundrechtsschutz erstreckt sich ferner beispielsweise auf solche Mobiltelefone oder elektronische Terminkalender, die über einen großen Funktionsumfang verfügen und personenbezogene Daten vielfältiger Art erfassen und speichern können.“⁴⁸

Mir fallen wenige Maßnahmen aus dem Sortiment der Forensik-Services ein, die nicht von diesem Schutzmfang erfasst wären und somit im Ergebnis als eingriffsintensiv zu beurteilen sind. Der ausgebauten Schutzmfang der nun insgesamt drei speziellen Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Privatsphäre; informationelle Selbstbestimmung; Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme) führt dazu, dass insbesondere dann, wenn Systeme der Informationstechnik von privaten Ermittlungen betroffen sind, es sich nun fast immer um eingriffsintensive Zwangsmäßnahmen handelt, sofern ein Einverständnis des Betroffenen oder eine gesetzliche Erlaubnisnorm fehlt.

⁴² BT-Dr. 14/1484, S. 17, Ziffer II. 1. c; zitiert aus Böckenförde, Ermittlungen im Netz, 2003, S. 152.

⁴³ Das gilt auch für den Unternehmensanwalt, Ignor et. al., BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 9 f.

⁴⁴ Ignor et. al. schlagen vor, zur begrifflichen Abgrenzung das Wort „Erhebung“ statt Ermittlung zu verwenden, BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 9.

⁴⁵ Siehe Weiner, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2000, S. 176.

⁴⁶ Strafrechtlich wird von der rechtfertigender Einwilligung gesprochen, Fischer, vor § 32 StGB, S. 259, Rn. 3.

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.02.2008, 1 BvR 370/07 (Online-Durchsuchung VS-NRW), NJW 2008, 822 ff.; daneben ergingen im Jahre 2008 weitere wichtige Entscheidungen zu Informationstechnik, BVerfG, Urteil vom 11.03.2008, 1 BvR 2074/05 (Kfz-Kennzeichenerfassung), NJW 2008, 1505; BVerfG, Urteil vom 11.03.2008, 1 BvR 256/08 (Vorratsdatenspeicherung), NVwZ 2008, 543 ff.

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 370/07 v. 27.2.2008, Rn. 204, zu beachten auch die Negativabgrenzung Tz. 202, nicht umfasst sind „nicht vernetzte elektronische Steuerungsanlagen der Haustechnik“.

Dies zwingt zu einer Neueinschätzung in Bezug auf die Legalität solcher Angebote.⁴⁹ In Anbetracht des konstitutionell ausgebauten Schutzmangels für das APR steigt nämlich das Risiko für private Ermittlungen ohne ausdrückliche gesetzliche Erlaubnisnorm dem Verdikt des „Unerlaubten“ anheim zu fallen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Eingriffe Privater in dieses Recht sind somit „unerlaubt“ und lösen neben Notwehrrechten des Betroffenen auch Haftungs- und Reputationsrisiken für das ermittelnde Unternehmen aus.⁵⁰

Somit kann man resümieren: Ohne das Einverständnis des Betroffenen oder einer *gesetzlichen* Erlaubnisnorm sind private Ermittlungen mit Eingriffscharakter stets illegal. Es ist diese einfache Erkenntnis, welche versucht wird, hinter immer neuen Anglizismen zu verschleiern.

VI. Zur Notwendigkeit gesetzlicher Erlaubnisnormen für privaten Zwang

Nachdem *Salvenmoser/Schreier* glauben, kein Verbot für private Ermittlungen entdecken zu können, begründen sie ein „Recht“ auf private Ermittlungen auf Grundlage der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁵¹ des Verletzten.⁵² Diese Ableitung ist aber oberflächlich, sofern nicht geklärt ist, was unter „Ermittlungen“ verstanden werden soll, denn auch der von den Ermittlungen Betroffene hat Grundrechte wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.v.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auf seiner Seite. Sofern Ermittlungstätigkeiten in ihrer Intensität darauf beschränkt bleiben, nicht in die Grundrechte der Ermittlungsziele einzutreten, kann die Ableitung problemlos bejaht werden. Sollen die Ermittlungstätigkeiten jedoch darüber hinausgehen, und das ist bei Angeboten im Bereich der Forensic-Services wie gezeigt regelmäßig der Fall, stellen *Salvenmoser/Schreier* das Regel-Ausnahmeverhältnis in Bezug auf privaten Zwang unzulässig auf den Kopf, denn die allgemeine Handlungsfreiheit wird grundsätzlich beschränkt durch die Friedenspflicht des Bürgers.⁵³

Die Freiheit des Einzelnen beschränkt sich auf friedliche Aktivitäten, die ohne Gewalt oder Zwang auskommen.⁵⁴ Gewalt und Zwang sind also grundsätzlich verboten. Das Bundesverfassungsgericht führt zur Reichweite der allgemeinen Handlungsfreiheit aus:

„Art. 2 Abs. 1 GG verbrieft jedem das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“⁵⁵.

Es ist also nicht nach Verbotenormen gegen private Ermittlungstätigkeiten zu suchen (so aber *Salvenmoser/Schreier*),⁵⁶ sondern es sind Erlaubnisnormen zu suchen, die solche Maßnahmen Privater legalisieren.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Das bedeutet nicht, dass die Praxis privater Ermittlungstätigkeit überwiegend illegal wäre. Es gibt sie nämlich, die Erlaubnisnormen.

So sind neben den ggf. einschlägigen Jedermannsrechten⁵⁷ in der Praxis insbesondere die §§ 25a bis i KWG, § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, § 31 WpHG, i.v.m. §§ 14, 38 WpHG u.v.m.⁵⁸ zu nennen, die ausdrücklich Ermittlungsrechte begründen und für besondere Unternehmen

⁴⁹ Zu den unabhängig vom IT-Kontext bestehenden Problemen mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz, *Gerst* m.w.N., *CCZ* 1/2012 S. 2 und *Ignor et. al.*, zum Unternehmensanwalt im Strafrecht *BRAK-St.* Nr. 35/2010, S. 11.

⁵⁰ Im Gegensatz zur polizeilichen Ermittlung, die auch bei Überschreiten der Befugnis zunächst zu dulden wäre.

⁵¹ Auch die Herleitung aus dem Beibringungsgrundsatz für den Zivilprozess und aus den Prozessmaximen, des Strafrechts, wie dem Offizialprinzip, taugen nicht zur Legitimierung privaten Zwangs, dazu ausführlich bei *Kirmes, R.*, *Private IT-Forensik*, S. 62-68.

⁵² *Salvenmoser/Schreier*, *HWistr.*, S. 1235, Rn. 23.

⁵³ Insoweit auch unzutreffend *Bockemühl*, *Private Ermittlungen im Strafprozess*, 1996, S. 35.

⁵⁴ Abweichend auch *Kämmerer*, *Der lange Abschied*, S. 44-45 mit Bezug auf die „Reiten im Walde“-Entscheidung, *BVerfGE*, 80, 137-152, die jedoch m. E. diese Auslegung gerade nicht stützen kann. Dort heißt es: „Abgesehen von einem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, welcher der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist, ist die allgemeine Handlungsfreiheit allerdings nur in den Schranken des zweiten Halbsatzes von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und steht damit insbesondere unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen (Rechts-)Ordnung“.

⁵⁵ *BVerfGE* 34, 238, *Aktz.* 2 *BvR* 454/71, 1973, *Tz.* 32.

⁵⁶ „Die grundsätzliche Befugnis von Privaten zu eigenen privaten Ermittlungstätigkeiten könnte durch die StPO eingeschränkt oder sogar untersagt sein“, *Salvenmoser/Schreier*, *HWistr.*, S. 1235, Rn. 24; *Salvenmoser* „[...] aber praktisch keine Regeln, die das ‚private Ermitteln‘ untersagen“, Vorlesung, Ermittlung in Unternehmen: Forensic Investigation, am 14.04.2011, Steinbeis-Hochschule Berlin, S. 11.

⁵⁷ Wie begrenzt jedoch dieser Anwendungsbereich im IT-Kontext ist, ausführlich bei *Kirmes, R.*, *Private IT-Forensik*, S. 5.

⁵⁸ Ob § 91 AktG eine Erlaubnisnorm für Private Ermittlungen enthält, darf bezweifelt werden, kann aber hier offen bleiben, denn käme man zu diesem Ergebnis, läge jedenfalls eine Erlaubnisnorm vor.

auch Ermittlungspflichten (insb. Banken, Versicherungen oder börsennotierten Aktiengesellschaften) auslösen. Auch die (zu kritisierende) extensive Ausweitung des Anwendungsbereiches des Geldwäschegesetzes⁵⁹ über den Finanzsektor hinaus führt zu privaten Ermittlungspflichten. So sind nun auch Autohändler, Juweliere, Uhrmacher, Kunst- und Antiquitätenhändler, Immobilienmakler, Spielhallen, Treuhänder, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer u.s.w, sowie jüngst Anbieter für Online- Glücksspiele⁶⁰ vom Anwendungsbereich erfasst und somit verpflichtet die gesetzlich vorgesehenen Sorgfalts-, Ermittlungs- und Meldepflichten zu erfüllen.

Wer allerdings versucht, den Eindruck zu erwecken, man könne nach eigenem Gutdünken weitere Ermittlungsbefugnisse für Private aus einer nebulösen Compliance-Schimäre⁶¹ gewinnen, bleibt bislang eine tragfähige Begründung schuldig. Die These vom fehlenden staatlichen Ermittlungsmonopol – verstanden als Versuch einer übergesetzlichen Legitimation für privaten Zwang – kann nicht tragen.

VII. Zum legislativen Handlungsbedarf

Hassemer hatte schon 1996 treffend analysiert: Wer sich als privater Ermittler an strafrechtlichen Ermittlungen beteiligt, „bewegt sich auf vermintem Gelände.“⁶² Auch die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer „zum Unternehmensanwalt im Strafrecht“ zeigt überdeutlich, wie schwierig es auch für Rechtsanwälte sein kann, den Pfad der Legalität nicht zu verlassen.⁶³ Insoweit hat sich die Rechtslage für private Ermittlungen in den letzten 20 Jahren eher noch verschärft. Seit 1996 massiv geändert hat sich zudem die praktische Bedeutung privater Ermittlungen. Waren solche Maßnahmen noch bis vor wenigen Jahren eher die Ausnahme und beschränkt auf Großkonzerne oder Banken, hat sich inzwischen eine ganze Branche für solche Ermittlungsdienstleistungen etabliert. Auch die Rufe nach einer Ausweitung auf den Mittelstand werden immer lauter.⁶⁴

Diese faktische Bedeutung privater Ermittlungen macht es dringender denn je erforderlich, den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen. Er muss durch konkrete Erlaubnisnormen Rechtsicherheit schaffen und darf nicht länger seine Augen vor der Realität verschließen.

VIII. Der Weg: Gewerbe- und akkreditierungsrechtliche Einhegung

Dass die Verabschiedung einer gesetzlichen Regelung zu diesem kontroversen Thema schwierig sein kann und deshalb politisch gescheut wird, zeigte die Diskussion um den letztlich gescheiterten § 32d Abs. 3 BDSG-E,⁶⁵ der die Datenverarbeitung zu Ermittlungszwecken legalisieren sollte.⁶⁶ In der Diskussion wurde auch deutlich, dass solche auf ein Teilgebiet beschränkten Lösungen am Ende immer Stückwerk bleiben müssen, und den in der Praxis gelebten umfassenden Ansatz unternehmensinterner Ermittlungen kaum gerecht werden können.

Diese Schrift streitet deshalb für einen anderen Weg. Zielführender scheint es zu sein, nicht einzelne Arten von Ermittlungsmaßnahmen oder Gegenständen einer gesetzlichen Lösung zuzuführen, sondern die Tätigkeit der privaten Ermittlung an sich aufgrund ihrer potenziellen Eingriffsintensität in Grundrechte, Gewerbe oder berufsrechtlich zu regulieren.⁶⁷ Diese Lösung wäre auch keineswegs neu oder innovativ, sondern eher ein „traditionelles“ Vorgehen. So ist es selbstverständlich, dass z.B. Bewachungstätigkeiten einer Erlaubnis nach § 34a GewO bedürfen, und bekanntlich ist auch die Erbringung von Rechtsberatung und Wirtschaftsprüfung nur nach entsprechendem Qualifikationsnachweis und im Rahmen einer be-

⁵⁹ Geldwäschegesetz vom 13. August 2008 (BGBl. I S. 1690), zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. Februar 2013 (BGBl. I S. 268).

⁶⁰ Mit ausführlicher Begründung aus Anlass der festgestellten Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector durch die FATF in BT-Drs. 17/10745 vom 24.09.2012, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Geldwäschegesetzes (GwErgG).

⁶¹ Zur Kritik am Begriff Compliance: Forst G., DuD 3/2010, S. 160, „Ein rechtlinguistisches Phantom“; Rotsch, T., ZIS 10/2010, S. 614-617; Bock D., HHRs 7/2010, S. 316-329.

⁶² Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, S. 10.

⁶³ Ignor, et. al. zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, BRAK-St., Nr. 35/2010.

⁶⁴ Reker, J., Studie: Compliance im Mittelstand, Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, 11/2011, abrufbar unter: <http://www.deloitte.com>.

⁶⁵ BT-Dr. 7/4230, 15.12.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes.

⁶⁶ Kritisch und einen konkreten und qualifizierten Anfangsverdacht für Straftaten fordernd, Gola, P./Schomerus, P. Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage, 2010, S. 487, Rn. 26-27.

⁶⁷ Mit einem vergleichbaren Ansatz im Hinblick auf Softwarepiraterie und entsprechende Programmierer von Dual Use Schadprogrammen, Stober, Staatenverantwortung für den Schutz von Computerprogrammen, ZRP 2002, S. 301.

rufsständischen Zulassung statthaft. Ein weiteres Beispiel für die berufs- oder gewerberechtliche Einhegung solcher Risikotätigkeiten durch Private ist die europäische Akkreditierungsinfrastruktur des „New Legislative Framework“⁶⁸, die nun auch für kriminaltechnische Institute⁶⁹ und Laboratorien, die DNA-Untersuchungen durchführen oder sich mit der Sichtbarmachung von Finger- und Handflächenspuren beschäftigen, eine hoheitliche Überwachung in ganz Europa verpflichtend vorschreibt.⁷⁰ So regelt u.a. § 5 des Gendiagnostikgesetzes (GenDG) seit dem 1. Februar 2011, dass private Abstammungsuntersuchungen (Vaterschaftstests) nur noch durch akkreditierte Laboratorien durchgeführt werden dürfen. Im Rahmen der Akkreditierung wird die Qualifikation, Unabhängigkeit, persönliche Integrität und ausreichende Haftpflichtversicherung als hoheitliche Verpflichtung überprüft. Mindestanforderungen, die auch für jede Art privater Ermittlungen selbstverständlich sein sollten.⁷¹

Eine berufsrechtliche oder gewerberechtliche Erlaubnispflicht für private Ermittlungen würde insbesondere der von *Weiner* zu Recht hervorgehobenen Privatisierungsgrenze des Art. 33 Abs. 4 GG gerecht werden können. Nach dieser dürfen eingriffsintensive Tätigkeiten im Grundsatz nur durch Beamte und nur in engen Grenzen und unter staatlicher Aufsicht durch andere besonders gesetzlich gebundene Personen erbracht werden.⁷²

Eine Betätigung als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständige (ö. b. u. v.) bedarf der Erlaubnis nach §§ 36 oder 36a GewO, was sowohl die fachliche als auch die persönliche Eignung voraussetzt. Der Sachverständige ist öffentlich-rechtlich verpflichtet nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 VerfLG, was den Anforderungen an eine Beleihung nahe kommt und im Hinblick auf die enge Zweckbindung seiner Tätigkeit und die Verpflichtung auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit insgesamt tragbar erscheint.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat keinerlei Handlungsspielräume, sondern ist als Experte das Werkzeug des Gerichts, unter dessen Aufsicht er steht. Insoweit stehen Maßnahmen des gerichtlichen Sachverständigen unter einem „quasi Richtervorbehalt“ und sind den Rechtsmitteln des jeweiligen Verfahrensrechts zugänglich.⁷³

Die akkreditierten kriminaltechnischen Institute (einschl. solcher für IT-Forensik) stehen unter der staatlichen Aufsicht ihres Sitzlandes (Art. 5 Abs. 3 VO 765/2008 EG⁷⁴). Die nationale Akkreditierungsstelle wacht als hoheitliche Verpflichtung über die Einhaltung der strengen internationalen und europäischen Normen und sekundärrechtlichen Verpflichtungen⁷⁵, insbesondere zur Qualifikation, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.

Rechtsanwälte sind nach § 1 BRAO als Organ der Rechtspflege⁷⁶ besonders verpflichtet und zudem in besonderer Weise für private Ermittlungen qualifiziert.

Der Wirtschaftsprüfer ist wie der Rechtsanwalt besonders qualifiziert und ist zudem gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 WPO⁷⁷ verpflichtet, sich bei der Prüfungstätigkeit und der Erstattung von Gutachten unparteiisch zu verhalten. Er hat darauf zu achten, dass er keinen der Beteiligten benachteiligt oder bevorzugt (§ 20 Abs. 1 S. 1 Berufssatzung WPK⁷⁸).

IX. Zusammenfassung

Es wurde gezeigt, dass der mögliche eingriffsfreie Bereich für private Ermittlungstätigkeiten, jedenfalls in Sachverhalten, die IT-Systeme einschließen, so stark eingeengt worden ist, dass ohne eine gesetzliche Erlaubnisnorm ein praktisch relevantes Angebot für Forensic Services im Grunde nicht mehr denkbar ist.

⁶⁸ *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik und private Ermittlungen, zwei Seiten einer Medaille?, 2012, S. 105-112.

⁶⁹ Dazu näher *Kirmes, R.*, Transnationale Verwertbarkeit forensischer Gutachten, ZRFC, 2/2013, S. 66-71.

⁷⁰ Rahmenbeschluss über die Akkreditierung von Anbietern kriminaltechnischer Dienste, die Labortätigkeiten durchführen, (RB-2009/905/JI), vom 30. November 2009, ABI. L 322 vom 09.12.2009, S. 14-16.

⁷¹ *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik und private Ermittlungen, zwei Seiten einer Medaille?, 2012, S. 113 ff.

⁷² *Weiner, B.*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2000, S. 162.

⁷³ Grundlegend *Stober R.*, Der öffentlich bestellte Sachverständige zwischen beruflicher Bindung und Deregulierung, 1990; umfassend auch in *Bayerlein (Hrsg.)*, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 2008.

⁷⁴ ABI. L 218 vom 13.08.2008, S. 30-47.

⁷⁵ Insbesondere Art. R 17, R20, Beschluss 768/2008 EG, Abl. L 218 vom 13.08.2008, S. 82-128.

⁷⁶ Vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Auflage, 2003, § 1 Rn. 2.

⁷⁷ WPO (BGBl. I S. 1049), zuletzt geändert durch Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2248).

⁷⁸ Satzung der Wirtschaftsprüferkammer über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers (Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer - BS WP/vBP), in Kraft getreten am 12. Februar 2010 (BAnz. S. 453).

Gleichwohl hat man zur Kenntnis zu nehmen, dass es einen zunehmenden praktischen Bedarf für solche Leistungen gibt, wenn man den Gedanken der Entwicklung einer Compliance-Kultur ernst nimmt. Dies muss den Gesetzgeber dazu bewegen, Rechtssicherheit zu schaffen.

Hier wird vorgeschlagen, eine berufs- oder gewerberechtliche Lösung zu wählen. Danach sollte die Durchführung privater Ermittlungen erlaubnispflichtig sein und nur noch durch entsprechend **qualifizierte, neutrale** und **staatlich überwachte** Institutionen bzw. Personen zulässig sein.

Namentlich Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, ö. v. u. b. Sachverständige oder gerichtliche Sachverständige sowie akkreditierte kriminaltechnische Laboratorien und Institute sollten befugt sein, die komplexe und schwierige Aufgabe solcher Ermittlungen durchzuführen.

Durch die Beschränkung der Zulässigkeit privater Ermittlungen auf die genannten Berufsgruppen und Institute ließe sich die Rechtssicherheit erheblich erhöhen. Angesichts des fachlichen Spektrums der genannten Berufsgruppen wäre auch allen denkbaren rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und technischen Ermittlungsnotwendigkeiten für private Ermittlungen hinreichend Rechnung getragen. Insbesondere aber wäre dubiosen Privatermittlern die Geschäftsgrundlage entzogen, was gerade der Entwicklung einer angemessen, d.h. freiheitlich-demokratischen, Compliance-Kultur förderlich wäre.

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Dr. Felix Walther,* München

Besprechung von EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – Rs. C-617/10 („Fransson“)

I. Sachverhalt und Fragestellungen¹

Dem Beschuldigten des schwedischen Ausgangsverfahrens war mit Anklage der Staatsanwaltschaft vom Juli 2009 vorgeworfen worden, in seinen Steuererklärungen für die Steuerjahre 2004 und 2005 falsche Angaben gemacht zu haben, wodurch dem schwedischen Staat „beinahe“ Einnahmen bei der Einkommens- und der Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt SEK 626.776 (davon SEK 147.550 Mehrwertsteuer) entgangen wären. Wegen dieser unzureichend ausgefüllten Steuererklärungen waren ihm bereits mit Bescheid der Steuerverwaltung vom 24. Mai 2007 zu verzinsende Steuerzuschläge in Höhe von insgesamt SEK 97.909 (davon SEK 8.127 für die Mehrwertsteuer) auferlegt worden. Diese Bescheide waren zum Zeitpunkt der Anklageerhebung rechtskräftig geworden.

Der EuGH hatte auf Vorlagefrage des schwedischen Strafgerichts (Haparanda tingsrätt u.a.) zu entscheiden, ob die Anklage bereits deswegen unzulässig sei, weil der Beschuldigte bereits in einem anderen Verfahren wegen derselben Tat bestraft worden war und ein Strafverfahren somit gegen das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 50 der EU-Grundrechtecharta (GRC) verstieße (dazu II.2.). Als Vorfrage war zu klären, ob in einer derartigen Konstellation die Grundrechtecharta überhaupt Anwendung finden konnte (dazu II.1.).

* Der Verfasser ist als Rechtsanwalt am Münchener Standort der *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft* im Bereich Compliance und Wirtschaftsstrafrecht tätig.

¹ Zum Sachverhalt näher EuGH EuZW 2013, 302 = NVwZ 2013, 561 = NJW 2013, 1415.

II. Kernaussagen des EuGH und Folgerungen

1. Zur Auslegung von Art. 51 GRC

a) Problemaufriss

Angesichts der prima facie rein nationalen Dimension des der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalts erschließt sich zunächst nicht ohne weiteres, welche Bedeutung der Grundrechtecharta als europäischem Primärrecht zukommen soll. Da es weder um die Anwendung europäischer Regelungen des Verfahrensrechts oder materiellen Rechts noch um die Auslegung auf europäische Vorgaben zurückgehenden nationalen Rechts ging, mutet es in der Tat seltsam an, dass der EuGH hier i.S.v. Art. 267 AEUV überhaupt auslegungszuständig sein soll.² In der Tat sind gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC die Mitgliedstaaten nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die Charta gebunden. Der Streit um die Auslegung dieser Formulierung kann an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden,³ zumal die Problematik bisher im Zusammenhang mit dem Doppelverfolgungsverbot aus Art. 50 GRC allein an Hand transnationaler Sachverhalte diskutiert wurde.⁴ Erwähnt sei nur, dass die Unklarheiten letztlich daraus resultieren, dass der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung die Unionsgrundrechte schon dann als einschlägig erachtete, wenn ein Sachverhalt in den „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ fiel.⁵ Während aber nunmehr der Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 GRC in der Tat für ein engeres Verständnis zu streiten scheint, sprechen die Erläuterungen zur Charta eher für eine Fortführung der bisherigen Auslegungspraxis des EuGH.⁶

b) Aussagen des EuGH

Ohne sich näher mit dem engen Wortlaut von Art. 51 GRC oder dem gegenläufigen Votum des Generalanwalts auseinanderzusetzen, gibt der EuGH zu verstehen, dass er seine extensive Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte auch unter der Geltung der Grundrechtecharta fortsetzen will. Es reiche demnach aus, dass „eine rechtliche Situation“ vom Unionsrecht erfasst werde. Dies sei im Bereich der Mehrwertsteuerhinterziehung der Fall. Der Gerichtshof verweist insoweit zunächst auf Art. 2, 250 Abs. 1, 273 der Dritten Mehrwertsteuerrichtlinie⁷, die die Mitgliedstaaten anhalten, eine Steuererklärungspflicht sowie weitere Pflichten zur „Vermeidung“ von Steuerhinterziehung vorzusehen. Des Weiteren sei die Pflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 325 AEUV zu beachten, die Finanzinteressen der Union wirksam vor Betrügereien zu schützen. Diese Interessen seien in jedem Fall der Umsatzsteuerhinterziehung berührt, da sich – über die Mehrwertsteuer-Eigenmittel⁸ – ein Zusammenhang zwischen der Mehrwertsteuererhebung durch die Mitgliedstaaten und der Abführung der Eigenmittel an die Union ergebe.

c) Folgerungen

Der – apodiktisch begründete – weite Auslegungsansatz des Gerichtshofs führt zu einer Reihe problematischer Folgefragen, die hier nur angerissen werden sollen. In erster Linie wird man den Ansatz des EuGH in Frage stellen können, die „Durchführung des Unionsrechts“ im Fall eines verfahrensrechtlichen Grundrechts wie Art. 50 GRC allein nach dem materiellen Recht zu bestimmten, welches dem Tatvorwurf zu Grunde liegt. Nimmt man diese Sichtweise ernst, so werden innerhalb eines Verfahrens verschiedene prozessuale Grundrechtsordnungen zu beachten sein, je nachdem, ob der materielle Straftatbestand in den „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ fällt. Unsicher ist freilich, ob der EuGH nicht gar noch einen Schritt weiter gehen würde. Denn er begründet für das Ausgangsverfahren die Anwendbarkeit der Charta für das gesamte Verfahren allein mit den europarechtlichen Vorgaben zur Erhebung der Mehrwertsteuer (die wohlgerne keinen steuerstrafrechtlichen Inhalt haben!), obwohl die hinterzogene Mehrwertsteuer nur einen geringen Bruchteil des gesamten Steuerschadens ausmachte. An dieser Stelle wird also deutlich, dass es für die

² Man mag darüber streiten, ob es hier wirklich um die verfahrensrechtliche Frage der Auslegungszuständigkeit i.S.v. Art. 267 AEUV geht (so der Generalanwalt und der EuGH) oder nicht eher um eine Frage des materiellen Rechts (Reichweite der Art. 47 ff. GRC).

³ Vgl. hierzu neben den Ausführungen von Generalanwalt Cruz Villalón EuGH, Schlussanträge vom 12.06.2012, Celex-Nr. 62010CC0617, Rn. 25 ff.; auch Hoffmann/Rudolphi, DÖV 2012, S. 597; Van Koen Lenaerts, EuR 2013, S. 3.

⁴ Dazu Walther, ZJS 2013, S. 16, 17 ff.

⁵ S. nur EuGH Slg. 1989, 2609; Slg. 1991, I-2925.

⁶ ABI. EU 2007 C 303, S. 32.

⁷ ABI. EU 2006 L 347, S. 1.

⁸ S. Art. 2 Abs. 1 Buchst. b des Eigenmittelbeschlusses vom 7. Juni 2007 (ABI. EU L 163, S. 17 ff.).

Anwendbarkeit der Charta auf einen prozessualen Gesamtkomplex bereits ausreichen dürfte, wenn ein (nicht ganz unerheblicher?) Teil des Tatvorwurfs einen Berührungspunkt zu materiell-rechtlichen Vorgaben des Unionsrechts aufweist.

Jedenfalls wird durch diese weite Auslegung ein weiter Anwendungsbereich für die strafverfahrensrechtlichen Grundrechte nach Art. 47 ff. GRC eröffnet. Erfasst werden zunächst Tatvorwürfe aus dem Bereich der „europäischen“ Kriminalitätsbereiche nach Art. 83 AEUV (Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität). Geht man vom nun entschiedenen Fall aus, wird dies auch unabhängig davon zu gelten haben, ob der konkrete Tatbestand auf unionsrechtliche Vorgaben zurückgeht, oder davon, ob der zu Grunde liegende Sachverhalt eine transnationale Komponente aufweist. Dadurch, dass der EuGH aber auch ausreichen lässt, dass lediglich die dem Straftatbestand vorgelagerte Primärrechtsmaterie unionsrechtlich determiniert ist, dürften beispielsweise auch Delikte aus dem Bereich des Wettbewerbs-, Wertpapier-, Umwelt-, Urheber- oder Lebensmittelstrafrechts⁹ erfasst sein. Schließlich ist an Verstöße gegen originäre Unionsinteressen zu denken. Dies betrifft in erster Linie die in Art. 325 AEUV angesprochenen Finanzinteressen, die nicht nur durch die Hinterziehung von Mehrwertsteuer, sondern beispielsweise auch durch die Veruntreuung von Unionsgeldern, Subventionsbetrug bei Unionsbeihilfen usw. beeinträchtigt werden können.

2. Zum Begriff der „Strafe“

a) Problemaufriss

Das in Art. 50 GRC festgeschriebene Verbot doppelter Strafverfolgung hat in letzter Zeit eine zuvor nur selten wahrgenommene Relevanz in Zusammenhang mit der Internationalisierung des Wirtschafts- und Unternehmensstrafrechts erlangt. Während eine übermäßige Doppelbestrafung schon früh vor allem im Bereich der Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen thematisiert wurde, sehen sich Unternehmen spätestens seit Inkrafttreten des UK Bribery Acts mit seinem weiten territorialen Anwendungsbereich auch im Falle von (aktiven) Bestechungshandlungen eigener Mitarbeiter ganz konkret mit der Gefahr einer mehrfachen Sanktionierung auf Grundlage verschiedener Rechtsordnungen konfrontiert.¹⁰

Bei Fällen mit „deutscher Beteiligung“ ist hier – mangels Unternehmensstrafrechts i.e.S. – an Fälle zu denken, in denen gegen Unternehmen eine Geldbuße verhängt oder der Drittverfall angeordnet wird, nachdem es bereits zu ähnlichen Maßnahmen in anderen europäischen Ländern gekommen war. Die Rechtsprechung stand einer Berücksichtigung ausländischer Gewinnabschöpfungsmaßnahmen bei Entscheidungen nach § 73 Abs. 3 StGB bzw. § 29a OWiG bisher freilich eher ablehnend gegenüber. So lehnte der 4. Strafsenat des BGH¹¹ die Anrechnung einer Verfallsanordnung nach schweizerischem Strafrecht im Rahmen von § 51 Abs. 3 StGB ab und verwies auf die Härtefallklausel des § 73c StGB. Da die Schweiz zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht dem Schengen-Raum beigetreten war, blieb allerdings das transnationale Doppelbestrafungsverbot nach Art. 54 SDÜ (als Vorgängernorm von Art. 50 GRC) ungeprüft, so dass die Entscheidung für die hier interessierende Materie ohne weitere Aussagekraft ist. Anders verhält es sich mit dem Urteil des LG Darmstadt¹² in der Causa „Siemens/Enel“. Hier verneinte die sachverständig beratene Kammer eine auf Art. 54 SDÜ basierende Sperrwirkung einer Gewinnabschöpfungsmaßnahme des italienischen Strafrechts. Der Verfall nach italienischem Strafrecht sei weder Haupt- noch Nebenstrafe, sondern eine konditionsartige, sachbezogene Nebenfolge der Tat mit präventiver Wirkung. Die Vornahme eines solchen Ausgleichs führe auch nicht zu einer Wechselwirkung mit der Strafhöhe. Diese Begründung entspricht Stellungnahmen in der Literatur, in denen unter Verweis auf die Rechtsprechung zum fehlenden Strafcharakter des Verfalls¹³ die Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ in Fällen des Drittverfalls abgelehnt wird.¹⁴ Da sich der BGH in seiner Revisionsentscheidung wegen des Wegfalls der Anknüpfungstat zu dieser Rechtsfrage nicht

⁹ S. im Einzelnen Sieber et al. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, 6. Kapitel.

¹⁰ Kappel/Ehling, BB 2011, S. 2115.

¹¹ BGH NStZ 2005, 455.

¹² LG Darmstadt, Urt. v. 14.05.2007 - Az. 712 Js 5213/04 - 9 KLS.

¹³ Vgl. insbes. BGHSt 47, 369, 374 f.

¹⁴ Hackner, NStZ 2011, S. 425, 430; Rönnau, in: FS für Volk, 2009, S. 584, 591 f.

äußern musste, harrt die Frage – auch nach Einfügung von Art. 50 GRC – weiter einer abschließenden Klärung.

b) Aussagen des EuGH

Der Gerichtshof führt zunächst aus, dass Art. 50 GRC den Mitgliedstaaten im Grundsatz nicht verbiete, straf- und verwaltungsrechtliche Sanktionen zu kombinieren. Auch bei der Gewährleistung des Schutzes der finanziellen Interessen der Union könnten die Staaten die anwendbare Sanktion frei wählen. Es könne sich dabei um eine verwaltungsrechtliche oder eine strafrechtliche Sanktion oder um eine Kombination beider Sanktionsarten handeln.¹⁵ Die vom Gerichtshof zitierten Urteile verhielten sich freilich mitnichten zur einer möglichen Doppelverfolgung, sondern stellten lediglich fest, dass die Mitgliedstaaten zum Schutze von Unionsinteressen auch nicht-strafrechtliche Sanktionen vorsehen dürfen, solange diese nur wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Die Äußerungen des Gerichtshofs werden jedoch vor dem Hintergrund der Schlussanträge von Generalanwalt *Cruz Villalón* etwas verständlicher. Dieser hatte eine Kombination von verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen des nationalen Rechts ebenfalls als zulässig angesehen, soweit dem letztentscheidenden Gericht eine Berücksichtigung der ersten Sanktion möglich sei.¹⁶ Diese Begründung ist freilich insoweit etwas schief, als sie die Frage einer möglichen Doppelbestrafung mit der Problematik des erforderlichen Schutzniveaus beim Schutz von Unionsinteressen bzw. der zulässigen Eingriffstiefe bei Kumulation mehrerer Sanktion vermischt. Die Frage der Übermäßigkeit einer nochmaligen Sanktionierung wäre dementsprechend wohl eher im Rahmen von Art. 49 Abs. 3 GRC (Verhältnismäßigkeit bei Bestrafung) zu berücksichtigen.

Etwas unvermittelt führt der Gerichtshof dann weiter aus, eine Kumulation verstoße jedoch dann gegen Art. 50 GRC, wenn die (scil. nach nationalem Recht als solche einzuordnende) verwaltungsrechtliche Sanktion strafrechtlichen Charakter im Sinne der Charta habe. Bei der Beurteilung des strafrechtlichen Charakters einer Sanktion seien folgende Kriterien heranzuziehen: (1) die rechtliche Einordnung der Zu widerhandlung im nationalen Recht, (2) die Art der Zu widerhandlung und (3) die Art und der Schweregrad der angedrohten Sanktion.¹⁷ Diese Aussage dürfte zwar für sich gesehen kaum weiterhelfen (Gelten die Kriterien kumulativ oder alternativ? Welche „Arten“ von Zu widerhandlungen oder Sanktionen sind „strafrechtlich“?). Jedoch bezieht sich der EuGH insoweit auf sein wenige Monate zuvor ergangenes Urteil in der Rechtssache „Bonda“¹⁸. Dort hatte der Gerichtshof entschieden, dass dem Ausschluss und der Kürzung von landwirtschaftlichen Beihilfezahlungen gemäß Art. 138 Abs. 1 VO (EG) 1937/2004 kein strafrechtlicher Charakter zukomme. Dies wird in der nunmehr vom Gerichtshof in Bezug genommenen Passage mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Doppelbestrafungsverbot im Sinne von Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK begründet. In der Tat legt der EGMR im Rahmen seiner autonomen Auslegung der EMRK den Begriff der „Bestrafung“ dort – wie auch bei den übrigen Konventionsvorschriften¹⁹ – nach den sogenannten Engel-Kriterien aus²⁰. So berücksichtigt er zunächst die Einordnung der Sanktion im nationalen Recht. Wie die Bundesrepublik freilich erst im Rahmen der konventionsrechtlichen Beurteilung der nachträglichen Sicherungsverwahrung erfahren hat,²¹ soll es sich hierbei aber nur um ein Indiz bzw. den Ausgangspunkt der weiteren Prüfung handeln. Das weitere Kriterium der „Art der Zu widerhandlung“ dient vor allem der Abgrenzung zum öffentlichen Disziplinarrecht und hat keine besondere darüber hinausgehende praktische Bedeutung erlangt. Schließlich stellt der EGMR auf die Art und den Schweregrad der angedrohten Sanktion ab. Soweit eine Sanktion (auch) bestrafen und abschrecken will, ist sie strafrechtlicher Natur. Rein präventiv ausgerichtete Maßnahmen (z.B. des Polizeirechts) stellen demnach keine strafrechtlichen Sanktionen im konventionsrechtlichen Sinne dar, während allein die mit jeder Sanktion verfolgten general- und spezialpräventiven Zwecksetzungen dem strafrechtlichen Charakter einer Sanktion nicht entgegenstehen.

¹⁵ Rn. 34 mit Verweis auf EuGH Slg. 1989, 2965, Rn. 24; Slg. 2000, I-11083, Rn. 19; Slg. 2003, I-12077, Rn. 17.

¹⁶ GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge vom 12.06.2012, Celex-Nr. 62010CC0617, Rn. 93 ff.

¹⁷ Rn. 35.

¹⁸ EuGH EuZW 2012, 543.

¹⁹ Vgl. *Mayer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2010, Art. 4, 7. Zusatzprotokoll, Rn. 2.

²⁰ Grdl. EGMR EuGRZ 1976, 221, 232.

²¹ EGMR NJW 2010, 2495, 2498 f.

c) Folgerungen

Aus dem Verweis des EuGH auf diese Rechtsprechung des EGMR lassen sich nun gleich mehrere Schlussfolgerungen ziehen: Zunächst soll der Begriff der „Bestrafung“ i.S.v. Art. 50 GRC autonom, d.h. losgelöst von den Kategorien des nationalen Rechts auszulegen sein. Dieser Ansatz entspricht der Methodik bei der Auslegung der anderen Begriffe des Art. 50 GRC/Art. 54 SDÜ („Tat“, „rechtskräftige Verurteilung“), wo der Gerichtshof die rechtlichen Begrifflichkeiten des Erstverfolgerstaates ebenfalls nur als Ausgangspunkt heranzieht.²² Die Anbindung an den Strafbegriff der EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR führt weiter dazu, dass die Begriffe des „Strafverfahrens“ und der „Bestrafung“ im Sinne von Art. 50 GRC in einem weiten, über das Kriminalstrafrecht i.e.S. hinausgehenden Sinne zu verstehen sind,²³ wobei der EuGH den nationalen Gerichten insoweit eine Einschätzungsprärogative bezüglich der Rechtsnatur einzelner Sanktionen einräumen zu wollen scheint.

Auch wenn die jetzige weite Auslegung bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den – bisher als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts geltenden – strafrechtlichen Verfahrensgarantien in gewissem Umfang vorgezeichnet war,²⁴ bedarf der unbesehene Rückgriff auf die Auslegungspraxis des EGMR doch einer kritischen Überprüfung. Zugegeben ist zunächst, dass dieses methodische Vorgehen bei vordergründiger Betrachtung mit Art. 52 Abs. 3 GRC in Einklang steht, wonach die durch die Charta gewährten Grundrechte „die gleiche Bedeutung und Tragweite“ wie in der EMRK haben, soweit sie einem durch die Konvention garantierten Recht entsprechen. Auch verweisen die vom Konvent angenommenen amtlichen Erläuterungen zu Art. 50 GRC ausdrücklich auf die konventionsrechtliche Gewährleistung von ne-bis-in-idem.²⁵ Dennoch sind leichte Zweifel an der vorbehaltlosen Inbezugnahme der Rechtsprechung des EGMR anzumelden. Zum einen betrifft Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls nur das innerstaatliche ne-bis-in-idem. Man wird jedoch wohl davon ausgehen können, dass der EuGH keine „gespaltene Auslegung“ von Art. 50 GRC – je nachdem, ob ein rein nationaler oder ein zwischenstaatlicher Sachverhalt vorliegt – vornehmen wird und dementsprechend auch in transnationalen Konstellationen den weiten Strafbegriff des EGMR anwenden wird.²⁶ Zum anderen – und hierauf hatte bereits der Generalanwalt in aller Ausführlichkeit hingewiesen²⁷ – zählt selbst das innerstaatliche ne-bis-in-idem keineswegs zum Kerngehalt der durch die EMRK garantierten Rechte. Gerade die vorliegende Konstellation der Parallelität bzw. Kumulation von verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen ist im innerstaatlichen Recht der meisten Unionsstaaten anzutreffen.²⁸ Es verwundert dann nicht, dass viele EU-Mitgliedstaaten sich in diesem Bereich ungern den Determinanten der Rechtsprechung des EGMR unterwerfen wollten. Dementsprechend wurde das 7. Zusatzprotokoll von einer Reihe von Staaten (u.a. Deutschland) bisher nicht bzw. nur unter Abgabe von einschränkenden Vorbehalten und Erklärungen ratifiziert.²⁹

d) Geltung für Unternehmenssanktionen des deutschen Rechts?

Auf Grundlage der Ansicht des EuGH stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, wie die beschriebenen Unternehmenssanktionen des deutschen Rechts in diesem Kontext einzuordnen sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR sind Geldbußen nach dem OWiG als „strafrechtlich“ im Sinne der Konvention einzuordnen.³⁰ Auch die Sanktionen des OWiG wollten sowohl ahnden als auch abschrecken. Dass sie daneben auch präventive Zwecke verfolgten, sei insoweit unschädlich. Diese Erwägungen lassen sich grundsätzlich ohne weiteres auf die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG übertragen. Auch diese verfolgt sowohl präventive wie auch repressive Zwecke und unterscheidet sich im Hinblick auf ihre Zielrichtung nicht von der Kriminalstrafe.³¹

²² Vgl. Satzger, in: FS für Roxin II, 2011, S. 1515, 1534.

²³ So schon Blanke, in: Callies/Ruffert, AEUV, EUV, 4. Aufl. 2011, Art. 50 GRC Rn. 4; Eser, in: Sieber, Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 77; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 48 Rn. 5; ders., NStZ 2012, S. 611, 612; Alber, in: Stern/Tettinger, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 50 Rn. 3.

²⁴ Vgl. zuletzt EuGH Slg. 2006, I-5859 Rn. 51 m.w.N.

²⁵ ABI, EU 2007 C 303, S. 31.

²⁶ Eine andere Sichtweise wird angedeutet bei Von Koen Lenaerts, EuR 2013, S. 3, 12 f.

²⁷ GA Cruz Villalón, Schlussanträge vom 12.06.2012, Celex-Nr. 62010CC0617, Rn. 72 ff.

²⁸ Vgl. Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, Einf., Rn. 16.

²⁹ S. Schlussanträge GA Cruz Villalón, Schlussanträge vom 12.06.2012, Celex-Nr. 62010CC0617, Rn. 71 f.

³⁰ EGRM NJW 1985, 1273 „Öttürk“; NJOZ 2010, 2630.

³¹ Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 16.

Schwieriger gestaltet sich freilich die Einordnung des (Dritt-)Verfalls, der – wie gesehen (s. oben II.2.a)) – vielfach auf Grund seiner präventiven Zielrichtung nicht als „Strafe“ i.S.v. Art. 50 GRC angesehen wird. Tatsächlich hat auch der EuGH³² insbesondere im Zusammenhang mit der Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen mehrmals entschieden, dass restitutiv ausgerichteten Maßnahmen kein Strafcharakter zukomme. Dies gelte vor allem dann, wenn und weil sich der Betroffene dem Beihilfeverfahren freiwillig unterworfen habe. Mit derartigen Fallgestaltungen ist der Verfall, der sich auf jeden rechtswidrig erlangten Vermögensvorteil bezieht, nun offenkundig nur sehr bedingt vergleichbar, zumal er sich jedenfalls unter Geltung des Bruttoprinzips ohnehin schwerlich als rein konditionsähnliches Instrument begreifen lässt. Daneben hat der EGMR in einer bisher in Deutschland kaum rezipierten (wohl weil nicht übersetzten) Entscheidung die Beschlagsnahme eines illegal errichteten Bauwerks auf Grundlage eines italienischen Baugesetzes als Strafe im konventionsrechtlichen Sinne eingeordnet.³³ Diese Beurteilung wurde insbesondere darauf gestützt, dass die Maßnahme – und hier werden die Parallelen zum Verfall augenscheinlich – anlässlich einer Straftat und im Rahmen eines Strafverfahrens angeordnet worden war.

Der Anwendbarkeit des Doppelbestrafungsverbots auf Unternehmen steht des Weiteren auch deren Eigenschaft als juristische Person bzw. nicht rechtsfähiger Personenverband nicht entgegen.³⁴ So ist in der Rechtsprechung des EuGH³⁵ wie auch in der Literatur³⁶ weit hin anerkannt, dass juristische Personen und Personenverbände im Grundsatz durchaus Träger der Grundrechte der Charta sein können, soweit nicht ein Grundrecht (wie z.B. die Menschenwürde, Art. 1 GRC) eindeutig allein auf natürliche Personen bezogen ist. Ange sichts der anerkannten Möglichkeit einer strafrechtlichen (i.w.S.) Verantwortlichkeit von Unternehmen und der damit verbundenen Gefahr einer Doppelbestrafung ist von der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Art. 50 GRC auszugehen,³⁷ zumal auch der Wortlaut der Charta in den verschiedenen Sprachfassungen insoweit offen ist („niemand“, „no one“, „nul“, „nessuno“). Noch ungeklärt ist schließlich, ob der Anwendungsbereich von Art. 50 GRC auch zu Gunsten von nicht formell beschuldigten Drittbe teiligten eröffnet ist. Immerhin setzt schon der Normwortlaut voraus, dass der Betroffene im Erstverfahren „verurteilt“ und nun erneut „verfolgt“ wird. Dennoch muss derjenige, den eine „Strafe“ im Sinne der Charta trifft, im zugrunde liegenden Verfahren nicht zwangsläufig die Stellung eines Beschuldigten i.S.d. StPO innehaben. So ist auch im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK durchaus anerkannt, dass sich über den Wortlaut hinaus nicht nur Angeklagte im formellen Sinne, sondern auch nebenbeteiligte Personenverbände auf die dort normierten Rechten eines „Angeklagten“ berufen können.³⁸

Zusammenfassend spricht angesichts der engen Anbindung des EuGH an die Rechtsprechung des EGMR zum Strafbegriff der EMRK viel dafür, dass sowohl die Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG als auch der (Dritt-)Verfall nach § 73 Abs. 3 StGB bzw. § 29a OWiG als in einem „Strafverfahren“ verhängte „Strafe“ i.S.v. Art. 50 GRC einzuordnen ist.

III. Ergebnis

1. Eine „Durchführung des Rechts der Union“ i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC liegt dann vor, wenn ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Konkret sind die strafrechtlichen Verfahrensgrundrechte der EU-Grundrechtecharta (Art. 47 ff. GRC) bereits dann in einem nationalen Strafverfahren von Bedeutung, wenn das – auch nur einem Teil des Tatvorwurfs – zu Grunde liegende materielle Recht einen unionsrechtlichen Berührungspunkt aufweist. Dies ist nicht nur bei Kriminalitätsfeldern der Fall, die Gegenstand strafrechtlicher Harmonisierungsaktivitäten auf Unionsebene waren oder sein können. Ausreichend ist in diesem Kontext vielmehr auch, dass die einer Strafvorschrift vorgelagerte außerstrafrechtliche Primärrechtsmaterie in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.
2. Die Begriffe der „Strafe“ und des „Strafverfahrens“ i.S.v. Art. 50 GRC sind im Sinne der Auslegung des autonomen konventionsrechtlichen Strafbegriffs durch den EGMR zu bestim

³² EUGH Slg. 1992, I-5383, Rn. 21 ff.; Slg. 2002, I-6453, Rn. 25 ff.; EuZW 2012, 543, Rn. 28 ff.

³³ EGMR, Urt. v. 20.01.2009 - 75909/01 („Sud Fondi,“).

³⁴ Ebenso die Ansicht der Bundesanwaltschaft im Siemens/Enel Verfahren (vgl. Schmidt/Fuhrmann, in: FS für Ris-sing van Saan, 2011, S. 585, 612 f.).

³⁵ EuGH EuZW 2010, 939, 941.

³⁶ Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 6; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 Rn. 38 f.

³⁷ So auch Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 50 Rn. 7.

³⁸ BeckOK-StPO/Valerius, Art. 6 EMRK Rn. 3.

men. Im Bereich der Unternehmenssanktionen führt dies dazu, dass die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG als „Strafe“ anzusehen ist. Gleches dürfte für den (Dritt-)Verfall nach § 73 Abs. 3 StGB bzw. § 29a OWiG gelten. In den vielfach diskutierten Fällen der doppelten Sanktionierung oder doppelten Gewinnabschöpfung bei Unternehmen infolge von Beste-chungshandlungen (beispielsweise nach dem UK Bribery Act und deutschem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht) wird daher ein zweites, auf den gleichen Sachverhalt aufbauendes Verfahren gemäß Art. 50 GRC unzulässig sein.

Internationales

Länderbericht Schweiz

Rechtsanwalt Lucius Richard Blattner LL.M., CFE, BBA, CAMS, Zürich; BLaw Nicolas Leu, Bern; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Wenig überraschend steht die gesetzgeberische Entwicklung derzeit in engem Zusammenhang mit dem Steuerstrafrecht. Die „Lex USA“, welche den zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten schwelenden Steuerstreit lösen und den involvierten Banken eine Strafverfolgung durch das Department of Justice ersparen soll, wird kontrovers diskutiert. Gesetzgebungsbedarf wird zudem hinsichtlich der Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière gesehen. Aber nicht nur im Steuerstrafrecht gibt es Neuerungen. Auch zu zentralen wirtschaftsstrafrechtlichen Themen des im StGB geregelten Kernstrafrechts gibt es richtungsweisende Entscheide des Bundesgerichts. Diesbezüglich sei etwa der Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Februar 2013 erwähnt, welcher eine veruntreuungsrelevante Werterhaltungspflicht auch bei Investitionen in Risikokapital annehmen will. Oder das Urteil vom 19. April 2013, in welchem sich das Bundesgericht wieder einmal mit der sog. Opfermitverantwortung auseinandersetzt, welche, bei Vorliegen in besonders gravierender Form, eine Betrugsstrafbarkeit ausschliessen kann. Mit all dem und noch zahlreichen weiteren Themen beschäftigen sich die nachfolgenden Ausführungen des schweizerischen Länderberichts. Dabei werden wie bis anhin lediglich materiell-rechtlich relevante Neuerungen und Entscheide vorgestellt. Wer sich für strafprozessuale Entwicklungen interessiert, welche in der Schweiz aufgrund der erst seit dem Jahr 2011 in Kraft getretenen einheitlichen Strafprozessordnung sehr im Fluss sind, sei auf die vorzügliche Homepage www.strafprozess.ch verwiesen.¹ Dort werden tagesaktuell neue Entscheidungen des Bundesgerichts vorgestellt und regelmäßig auch kommentiert.

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

1. Vernehmlassungsvorlagen zur Bekämpfung der Steuerdelinquenz und der Geldwäsche

Gegenwärtig laufen drei Vernehmlassungsverfahren, welche die Bekämpfung der Geldwäsche und eine wirksamere Verfolgung von Steuerstraftaten bezeichnen. Die drei Vorlagen sind eng miteinander verknüpft und sollen sich gegenseitig ergänzen. Im Zentrum steht dabei der Vorentwurf des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière² (nachfolgend: GAFI-Vorlage), welche am 27. Februar 2013 in die Vernehmlassung geschickt wurde. Diese Vorlage sieht zunächst die Schaffung aktienrechtlicher Meldepflichten vor, deren vorsätzliche Verletzung auch strafrechtlich sanktioniert werden kann. Weiter soll bei verschiedenen Steuerstrafatbeständen eine Qualifika-

¹ Abrufbar unter: <http://www.strafprozess.ch/> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

² <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02691/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013); vgl. dazu auch Hasler, Gesetzgebung, Forum poenale, 2013, S. 191.

tion eingeführt werden, wonach das Strafmaß auf eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren angehoben wird, wenn eine bestimmte Deliktsumme überschritten wird. Diese Erhöhung des Strafmaßes ist notwendig, damit die Delikte als Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB gelten und somit als Vortat der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB in Frage kommen.

Im Geldwäschereigesetz sollen zudem etliche Bestimmungen revidiert oder neu eingefügt werden, darunter auch zwei, die vorsehen, dass bei Grundstück- oder Fahrnißkäufen der Teil des Kaufpreises, der über einen Betrag von CHF 100.000.-- hinausgeht, zwingend über einen Finanzintermediär (Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG) zu bezahlen ist. Eben dieser ist den strengen (Abklärungs-, Dokumentations- und Melde-)Pflichten des Geldwäschereigesetzes unterstellt. Als Ergänzung zur Revision des Geldwäschereigesetzes im Hinblick auf die Stärkung der Geldwäschereimeldestelle MROS soll diesbezüglich die verwaltungsinterne Amtshilfe verbessert werden. Künftig haben alle Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden, die über relevante Informationen verfügen könnten, diese auf Ersuchen der MROS sowie der kriminalpolizeilichen Zentralbehörde bekanntzugeben.³ Änderungen im Geldwäschereigesetz sind zudem in der Vernehmlassungsvorlage „*Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Vermögenswerte*“ vorgesehen.⁴ Finanzintermediäre sollen demnach künftig verpflichtet werden, anzunehmende Vermögenswerte auf ihre Steuerkonformität zu prüfen und gegebenenfalls die Annahme zu verweigern.⁵

Die Vernehmlassung zum *Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts* wurde sodann am 27. Mai 2013 eröffnet.⁶ Auch diese Vernehmlassungsvorlage knüpft an die GAFI-Vorlage an und soll der effizienteren Verfolgung von Steuerdelikten dienen. Dazu sollen die Straftatbestände in verschiedenen Steuergesetzen vereinheitlicht werden, wobei die in der GAFI-Vorlage vorgesehenen Anpassungen der Steuerstrafatbestände übernommen werden.⁷ Weiter ist geplant, dass bei Straftaten im Zusammenhang mit direkten Steuern künftig einheitlich das Verwaltungsstrafrecht als Verfahrensordnung zur Anwendung kommen soll.⁸ Dadurch soll den Behörden weitreichendere Untersuchungsmöglichkeiten eingeräumt werden.⁹

2. Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten

Kaum ein anderes Thema beschäftigt die schweizerische Öffentlichkeit derzeit so sehr, wie das Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten, welches die Bundesversammlung am 29. Mai 2013 beschlossen hat.¹⁰ Nachdem das Gesetz, im Volksmund auch als „Lex USA“ bezeichnet, vom Ständerat überraschend angenommen wurde, hat es der Nationalrat am 18. Juni 2013 deutlich zurückgewiesen. Damit geht die „Lex USA“ nun wieder zurück in den Ständerat. Sollten die Kantonsvertreter beim erneuten Entscheid nicht eintreten wollen, ist das Gesetz gescheitert. Halten sie dagegen an ihrem ersten Entscheid fest, muss der Nationalrat ein zweites Mal abstimmen. Eine zweite Abweisung wäre dann endgültig.

Im Grunde geht es in der Sache insbesondere um Art. 271 StGB, eine Norm, welche bis zum Ankauf von Daten-CDs durch deutsche Strafverfolgungsbehörden noch ein Schattendasein fristete.¹¹ Diese Norm bestraft die Person, welche „auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung“

³ Vgl. Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Group d'action financière, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, vom 27. Februar 2013, S. 74 f.

⁴ Die Gesetzesvorlage und der erläuternde Bericht sind abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02692/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

⁵ Finanzplatzstrategie – Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Vermögenswerte, Änderung des Geldwäschereigesetzes, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, insb. S. 6f.; vgl. auch Hasler, a.a.O., S. 191 f.

⁶ Der Vorentwurf des Gesetzes und der erläuternde Bericht sind abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/02726/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

⁷ Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts, vom 29. Mai 2013, S. 8.

⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts, vom 29. Mai 2013, S. 22.

⁹ Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts, vom 29. Mai 2013, S. 23 ff.

¹⁰ Gesetz und Botschaft sind abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02724/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

¹¹ Vgl. diesbezüglich Vest, in Trechsel/Pieth, PK Strafrecht, 2. Aufl. 2013, Art. 271 N 2 m. w. Hinw.

gung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zu kommen“, mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe. In Bezug auf den konkreten Fall will die Norm also die Souveränität des schweizerischen Staates verteidigen und verhindern, dass Informationen, welche lediglich im Wege der Amts- oder Rechtshilfe an die Vereinigten Staaten überstellt bzw. herausgegeben werden können, durch Private, also die Banken selbst, vorgenommen werden. Möglich wäre eine solche Herausgabe durch Private aber, wenn man über eine dementsprechende Bewilligung verfügen würde. Die „Lex USA“ würde eine solche darstellen.

3. Verordnung gegen Abzockerei

Grösste Wellen in der Schweiz schlug auch die „Volksinitiative gegen die Abzockerei“ (welche auch als „Abzocker-Initiative“ oder – zurückgehend auf ihren Initiator – „Minder-Initiative“ bezeichnet wird). Sehr stark verkürzt wiedergegeben, bezweckt sie ein Verbot von Abgangsentschädigungen und Vorauszahlungen für Verwaltungsräte börsenkotierter Unternehmen sowie ein Verbot des Organ- und Depotstimmrechts. Neben anderem fordert sie ausserdem die jährliche Wahl des Verwaltungsrats.¹² Die Initiative wurde mit grosser Mehrheit am 3. März 2013 angenommen. Der Bundesrat hat nun die Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei eröffnet.¹³ Es ist geplant, die neue Verordnung auf den 1. Januar 2014 in Kraft zu setzen. Dabei enthält diese auch Strafbestimmungen.¹⁴

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts vom 18. April 2013¹⁵ (Einziehung von Deliktsgut und Ersatzforderung im Rahmen eines Verfahrens betreffend mehrfache qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung)

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer wurde verurteilt, als Chief Financial Officer (CFO) und Chief Investment Officer (CIO) ihm anvertraute, seiner Arbeitgeberin gehörende Aktien und Anrechte einer Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft B, deren Verwaltungsratsmitglied und faktischer Geschäftsführer er war, bewusst pflichtwidrig und zu weniger als dem halben Wert sich selbst und weiteren Konzernleitungsmitgliedern verschafft zu haben. Dadurch entstand ein Vermögensschaden in Höhe von CHF 1'8929'200.-- durch nicht erzielten Verkaufspreis. Im Rahmen eines Zivilverfahrens wurde ein Vergleich zwischen dem Beschwerdeführer und den erwähnten Konzernleitungsmitgliedern einerseits und der Arbeitgeberin andererseits abgeschlossen, wonach sich erstere zu einer Vergleichszahlung in Höhe von CHF 350'000.-- verpflichteten. Nach erfolgter Zahlung erklärten sich die Parteien per Saldo aller Ansprüche als auseinandergesetzt. Mit angefochtenem Urteil des Obergerichtes Zürich (Vorinstanz) vom 21. Mai 2012 wurde der Beschuldigte und Beschwerdeführer wegen mehrfacher qualifizierter Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 und Abs. 3 StGB schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten bedingt bei einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt. Daneben wurde er verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil CHF 391'200.-- zu bezahlen.

b) Urteil

In seinem Entscheid weist das Bundesgericht die gegen die Verurteilung erhobene Beschwerde als unbegründet ab und bestätigt das Urteil der Vorinstanz. Auch die Beschwerde gegen den Einziehungsentscheid der Vorinstanz wurde abgewiesen. Der Beschwerdeführer ließ vortragen, dass der Einziehungsanspruch des Staates untergehe, wenn der rechtmässige Zustand gegenüber dem Geschädigten wiederhergestellt worden sei. Werde – wie vor-

¹² Initiativtext abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348t.html> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

¹³ Medienmitteilung abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-06-141.html> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

¹⁴ Zum Text der Verordnung vgl.: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/vor-entw-d.pdf> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013); zum erläuternden Bericht derselben vgl. <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/vn-ber-d.pdf> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

¹⁵ Entscheid des Bundesgericht 6B_491/2012 vom 18. April 2013, abrufbar unter: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=18.04.2013_6B_491/2012 (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

liegend – im Rahmen eines Vergleiches auf Schadenersatz bzw. Restitution verzichtet, falle der Einziehungsanspruch dahin. Mit einem Vergleich als Instrument der Streiterledigung werde der rechtmässige Zustand wiederhergestellt, wobei es unerheblich sei, wie hoch die Vergleichssumme im Vergleich zum Schaden sei. Es liege in der Natur eines Vergleiches, dass er unter teilweiser Aufgabe der ursprünglichen Rechtsposition abgeschlossen werde. Diese Ansicht teilte das Bundesgericht nicht und erinnerte daran, dass Vermögenswerte, welche durch eine Straftat erlangt worden sind, durch das Gericht grundsätzlich einzuziehen sind, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Sofern die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden seien, erkenne das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB), denn sowohl die Einziehung, als auch die staatliche Ersatzforderung beruhten auf dem Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen dürfe (BGE 129 IV 305 e. 4.2.5; BGE 117 IV 107 E. 2a; je mit Hinweisen). Dabei sei relevant, dass die Einziehung des durch die Straftat erlangten Vermögenswertes nur dann in Betracht komme, wenn er dem Verletzten nicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden könne, denn diese Zuweisung geniesse zwingend Vorrang vor der Einziehung (Art. 70 Abs. 1 in fine StGB; BGE 129 IV 322 E.2.2.4 mit Hinweisen), wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Die Einziehung stehe daher auch bei Delikten gegen Einzelne nicht zur Disposition des durch die Straftat Geschädigten, zumal sie nicht an die rechtmässige schädigende Handlung, sondern an die Straftat anknüpfe. Daran ändere somit auch nicht der gänzliche oder teilweise Verzicht des Verletzten im Rahmen eines Vergleiches etwas, denn die schädigende Handlung bleibe eine Straftat. Der Geschädigte könne zwar darüber entscheiden, was er vom Täter oder einem Dritten, der von der Tat profitierte, herausverlangen wolle, doch nicht darüber, was der Täter oder der Dritte durch die Tat erlangt habe und behalten dürfe. Dies führe dazu, dass auch der durch ein Antragsdelikt erlangte Vermögenswert einzuziehen sei, selbst wenn ein gültiger Strafantrag fehle, zumal es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht einzusehen sei, weshalb sich in diesem Fall ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten doch lohnen dürfe (BGE 129 IV 305 E. 4.2). Bei der Bestimmung der Einziehungssumme bzw. der staatlichen Ersatzforderung sei allerdings zur Vermeidung einer Doppelbelastung des Einziehungsbetroffenen diejenige Summe abzuziehen, welche der Einziehungsberechtigte in Erfüllung des Vergleichs bezahlt habe.

c) Bemerkungen

In seltener Deutlichkeit führte das Bundesgericht aus, dass sich Verbrechen nicht lohnen soll¹⁶; wobei der Begriff Verbrechen¹⁷ nicht technisch zu verstehen ist, gilt diese Maxime doch auch für Vergehen¹⁸ und Übertretungen¹⁹. Dabei stellt das Gericht diese Maxime gar über den Entscheid des Verletzten, auf einen Teil seiner Forderung zu verzichten. Dies teilweise im Gegensatz zu einigen Lehrmeinungen, jedoch in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre in der Schweiz sowie in Deutschland. Auf Letztere verweist das Bundesgericht explizit („SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 73 D-StGB N. 23, 27; THOMAS FISCHER, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 73 D-StGB N. 23; vgl. auch BGH vom 11. Mai 2006 in NStZ 2006, S. 621 ff.; OLG München vom 19. April 2004 in NStZ 2004, S. 443 f.“), was jedoch ohne streng rechtsvergleichende Untersuchung geschieht. Gleichwohl zeigt der Verweis, dass das deutsche Strafrecht für die Schweiz nicht gänzlich unbedeutend ist.

Hinsichtlich der Einziehung von Ersatzforderungen in der Schweiz sind zudem zwei Aspekte zu beachten²⁰, welche das Bundesgericht im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen hatte. Zum einen kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise abgesehen werden, wenn dadurch die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindert würde (Art. 71 Abs. 2 StGB). Zum anderen findet sich bezüglich der Vermögenswerte einer kriminellen Organisa-

¹⁶ Dies galt schon bei der Einführung der Ausgleichseinziehung im Jahre 1974 als wesentlicher Grundsatz (Baumann, Deliktisches Vermögen, 1997, S. 29 m. w. Hinw.).

¹⁷ Verbrechen sind gem. Art. 10 Abs. 2 StGB Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.

¹⁸ Vergehen sind gem. Art. 10 Abs. 3 StGB Taten, welche mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind.

¹⁹ Übertretungen sind nach Art. 103 StGB Taten, die mit Busse bedroht sind.

²⁰ Nebst dem Umstand, dass eine Ersatzforderung auch gegenüber einem Dritten angeordnet werden kann, so weit ein natural einziehbarer Vermögenswert an diesen weiter gegeben wurde und bei diesem die Einziehung möglich gewesen wäre (vgl. Basler Kommentar zum StGB, Bd. I, 2. Aufl. 2007 [Hrsg. Niggli/Wiprächtiger]– Baumann, Art. 70/71 N 56).

tion²¹ in Art. 72 StGB eine abweichende Regelung, wonach einerseits alle Vermögenswerte der Organisation einzuziehen sind und andererseits bei an der Organisation beteiligten Personen bis zum Gegenbeweis (den der Betroffene zu erbringen hat) davon ausgegangen wird, dass auch seine Vermögenswerte der kriminellen Organisation zuzurechnen sind.²² Letztere Norm hat allerdings eine geringe praktische Bedeutung. Mit der Erläuterung, wonach allfällige geleistete (Teil-)Restitutionen an die allfällige Ersatzeinziehung anzurechnen sind, ist der Anreiz für einen Straftäter noch immer aufrecht erhalten, sich mit dem Geschädigten über die Schadensbereinigung zu verständigen²³. Dennoch wurde nun höchststrichterlich klar gestellt, dass sich ein Straftäter auch mit einem für ihn vorteilhaften Vergleich nicht der völligen Rückgabe des Deliktsguts entziehen kann. Verbrechen soll sich in der Tat nicht lohnen dürfen.

2. Urteil des Bundesgerichtes vom 4. Februar 2013²⁴ (Werterhaltungspflicht im Sinne der Veruntreuung bei einer Investition in Risikokapital)

a) Sachverhalt

Dem Beschuldigten wurde im Jahre 2002 die Geschäftsidee der J. AG vorgestellt und es wurden ihm 300'000 Aktien als Provision angeboten, wenn es ihm gelingen würde 800'000 Aktien der J. AG zu platzieren. Der Beschuldigte erwarb im selben Jahr die F. Ltd. mit Sitz in Gibraltar und wurde anfangs 2004 zu deren Geschäftsführer. Daraufhin veranlasste er den G., sich als Vertreter der F. Ltd. auszugeben, um Investoren für die J. AG zu akquirieren. G fand sechs Investoren, die gestützt auf einen Vertrag mit der F. Ltd. insgesamt CHF 556'000.– auf zwei Konten der besagten Gesellschaft einzahlten. Anstatt das Geld bestimmungsgemäss zur Vermögensanlage bzw. zum Kauf von Aktien der J. AG aufzuwenden, verwendeten der Beschuldigte und G. das Geld für persönliche Bedürfnisse. Das Strafgericht des Kantons Zug verurteilte den Beschuldigten wegen mehrfacher Veruntreuung zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten. Weiter verpflichtete das Strafgericht den Beschuldigten zu einer Schadenersatzzahlung von insgesamt CHF 546'000.– nebst Zins. Die Berufung des Beschuldigten wurde vom Obergericht des Kantons Zug in den Hauptpunkten abgewiesen. Dagegen führte er Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht.

b) Urteil

Das Bundesgericht befasst sich zunächst mit der Rüge des Beschwerdeführers, wonach die Vorinstanz Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB verletzt habe. Der Beschwerdeführer legte dar, dass das Konzept der J. AG Ende 2004 ohnehin endgültig gescheitert sei, worauf im Jahre 2005 ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden musste. Demnach sei der Kauf von Aktien mit Risiken verbunden, die ohne weiteres zum Totalverlust des investierten Kapitals führen können. Er rügt insbesondere, dass keine Veruntreuung vorliegen könne, weil er die Gelder nicht mit der Verpflichtung übernommen habe, diese ständig zu erhalten.²⁵

Das Bundesgericht führt in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung aus, dass eine Werterhaltungspflicht im Sinne des Anvertrautseins nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auch bei einer Investition anvertrauter Gelder in eine Kapitalanlage vorliege, sofern die Gelder dazu bestimmt sind, später – gegebenenfalls mit einer Rendite – wieder an den Anleger zurückzufließen. Das Bundesgericht stützt die Auffassung der Vorinstanz, dass die F. Ltd. verpflichtet gewesen sei, die Gelder der Investoren in deren Interesse zu verwenden. Diesbezüglich werde die Gesellschaft beziehungsweise der Beschwerdeführer als deren Direktor von der Werterhaltungspflicht getroffen. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Verletzung der Werterhaltungspflicht aus der pflichtwidrigen Verwendung der Gelder hervorgeht. Der Einwand, dass es sich beim Kauf von Aktien der J. AG um eine Investition mit grossen Risiken handelte, insbesondere weil über die betreffende AG im Jahre 2005 ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden musste, sei deshalb unbeachtlich. Auf die Fra-

²¹ Eine Organisation, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern (Art. 260^{ter} Abs. 1 StGB).

²² Vgl. Tschigg, Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen, 2002, S. 99 ff.

²³ Nicht zuletzt im Hinblick auf eine Reduktion des Strafmaßes.

²⁴ Entscheid des Bundesgerichts 6B_308/2012 vom 4. Februar 2013, abrufbar unter:

http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2012/Entscheide_6B_2012/6B.308__2012.html (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

²⁵ Vgl. BGer, 6B_308/2012, vom 4. Februar 2013, E.2.1.

ge, ob die Werterhaltungspflicht auch verletzt worden wäre, wenn der Beschuldigte das Geld pflichtgemäß in Aktien der J. AG investiert hätte, geht das Bundesgericht nicht ein.²⁶

Das Bundesgericht geht sodann auf weitere Rügen ein, die sich auf die Strafzumessung, die angeordnete Strafe und auf die Schadenersatzforderung beziehen und folgt dabei jeweils der Vorinstanz.

c) Bemerkung

Das Bundesgericht folgt mit diesem Entscheid seiner bisherigen Rechtsprechung zur Veruntreuung von anvertrauten Vermögenswerten.²⁷ Das Kriterium der Werterhaltungspflicht soll in erster Linie dazu dienen, das Tatbestandsmerkmal des Anvertrautseins dahingehend einzuschränken, dass nicht jede Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Ablieferungspflicht eine strafbare Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB darstellt.²⁸

Der vorliegende Fall zeigt aber, dass der Begriff der Werterhaltungspflicht gerade bei Investitionen in Risikokapital nicht unproblematisch ist. Anders als etwa bei der Gewährung eines Darlehens, besteht bei einer Investition in Aktien oder Fondsanteile keine Nennwertgarantie.²⁹ Deshalb hätte der Beschwerdeführer wohl selbst bei einer pflichtgemäßem Verwendung des Geldes keine eigentliche Werterhaltung gewährleisten können. Das Bundesgericht prüft indes nicht, ob der Beschuldigte tatsächlich eine (zivilrechtliche) Pflicht zur ständigen Erhaltung des Wertes der ihm übertragenen Gelder übernommen hat, sondern stellt lediglich fest, dass er bzw. seine Gesellschaft (F. Ltd.) beauftragt worden sei, „*die für sie wirtschaftlich fremden Werte in bestimmter Weise im Interesse der Geldgeber zu verwenden.*“³⁰

Das Bundesgericht verwendet also unter dem Begriff der Werterhaltungspflicht in Wahrheit völlig andere Kriterien. Auch wenn das Bundesgericht in Anwendung dieser anderen Kriterien im Ergebnis zu einem zutreffenden Urteil gelangen mag, wäre es wünschenswert, wenn es sich vom Begriff der Werterhaltung trennen und stattdessen die tatsächlich relevanten Kriterien offen nennen würde.

3. Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2013³¹ (Keine Anordnung eines Berufsverbotes gegenüber einem unabhängigen Vermögensverwalter)

a) Sachverhalt

Der Beschuldigte fälschte im Rahmen seiner Tätigkeit als unabhängiger Vermögensverwalter diverse Urkunden, um dadurch Konten und Depots einer Kundin A zu seinen Gunsten zu belasten. Die Gelder verwendete er, um die Rückzahlung zweier Darlehen an die Kundin B zu ermöglichen und um sich einen teuren Lebensstil zu finanzieren. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte den Beschuldigten wegen gewerbsmässigen Betrugs, mehrfacher Urkundenfälschung und mehrfacher Unterdrückung von Urkunden zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren und verbot ihm die Tätigkeit als Vermögensverwalter während drei Jahren. Auf Berufung des Verurteilten und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich das erstinstanzliche Urteil im Schuld- und Strafpunkt, hob aber das Berufsverbot auf. Dagegen führte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht.

b) Urteil

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Verurteilte seine Schulden in der Höhe von 3.5 Millionen Franken mit seinem gegenwärtigen Einkommen nicht begleichen könne. Die Anstrengungen des Verurteilten, weitere legale Einnahmequellen zu generieren, werden von der Beschwerdeführerin als Indiz betrachtet, dass er nach Möglichkeiten suche, die Schulden zurückzubezahlen und seinen vorherigen Lebensstandard zurückzuerlangen.

²⁶ BGer, 6B_308/2012, vom 4. Februar 2013, E.2.3.

²⁷ Vgl. dazu BGE 133 IV 21 E.6.2.; ferner BGE 129 IV 257, E. 2.2.2; BGE 124 IV 9; BGE 120 IV 117.

²⁸ Vgl. Stratenwerth/Jenny/ Bomm, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2010, § 13 N 56; vgl. ferner Donatsch, Strafrecht III, 9. Aufl. 2008, S. 121.

²⁹ Bei Darlehen kann das Kriterium der ständigen Werterhaltungspflicht indessen ebenfalls nicht zur Anwendung kommen, weil das Darlehen erst auf den Fälligkeitstermin zurückerstattet werden muss. Vgl. dazu Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 2. Aufl. 2007 [Hrsg. Niggli/Wiprachtiger] – Niggli/Riedo, Art. 138 N 65 ff. insb. N 67.

³⁰ BGer, 6B_308/2012, vom 4. Februar 2013, E.2.3.

³¹ Entscheid des Bundesgerichts 6B_455/2012 vom 1. Februar 2013, abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2012/Entscheide_6B_2012/6B.455__2012.html (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

Demnach bestehe für ihn weiterhin die Versuchung auf einfache und schnelle Weise an Geld zu kommen. Es bestehe also die Gefahr, dass der Verurteilte eine (allfällige) erneute Stellung als Vermögensverwalter missbrauchen könnte.³²

Das Bundesgericht geht in der Folge auf die Erwägungen der Vorinstanz ein und stützt diese. Aufgrund der Einsicht in sein Fehlverhalten und der Wirkung der teilbedingten Strafe sei dem Verurteilten eine positive Prognose zu stellen. Weiter könne ihm der Umstand, dass er versucht wieder an Geld zu kommen, um seine Schulden zu begleichen nicht nachteilig angerechnet werden. Das gleiche gelte – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch im Hinblick auf den Verzicht des Angeklagten, das erstinstanzlich angeordnete Berufsverbot anzufechten. Das Bundesgericht hält fest, die Vorinstanz habe zu Recht auf ein Berufsverbot verzichtet.

c) Bemerkung

Die Anordnung eines Berufsverbotes nach Art. 67 StGB setzt formell voraus, dass ein Vergehen oder Verbrechen im Zusammenhang mit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit begangen wurde, für welches der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer entsprechenden Geldstrafe verurteilt wird.³³ Obwohl diese Voraussetzungen bei Wirtschaftsdelikten regelmäßig erfüllt sein dürften, kommt dem strafrechtlichen Berufsverbot in der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts beinahe keine Bedeutung zu.³⁴

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht das Vorliegen der Gefahr eines weiteren Missbrauchs der beruflichen Stellung und somit der materiellen Voraussetzung des Berufsverbot zu Recht verneint. Interessant ist dieses Urteil insofern, als dass der Verurteilte als sog. unabhängiger Vermögensverwalter (nachfolgend: UVV) tätig war. Diese bedürfen nämlich – anders als die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen nach Art. 18 ff. KAG³⁵ – grundsätzlich keiner Bewilligung und unterstehen somit keiner prudentiellen Aufsicht durch die FINMA.³⁶ Die Anordnung eines Berufsverbotes nach Art. 33 FINMAG, welches die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem Beaufsichtigten der FINMA verbietet, sofern eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen festgestellt wird, ist deshalb gegenüber UVV nicht möglich. Das vorliegende Urteil zeigt aber, dass gegenüber fehlbaren UVV das weitreichendere Berufsverbot nach Art. 67 StGB angeordnet werden könnte, sofern sie im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit ein Verbrechen oder Vergehen begehen und die weiteren formellen und materiellen Voraussetzungen nach Art. 67 StGB erfüllt sind. Es bleibt aber zu beachten, dass das Gericht bei bedingten oder teilbedingten Strafen auch Weisungen nach Art. 44 i.V.m. Art. 94 StGB anordnen kann, welche die Berufsausübung erheblich einschränken und u.U. ein faktisches Berufsverbot zur Folge haben.³⁷ Aufgrund dieser – zumindest formell – mildernden Alternative ist davon auszugehen, dass das Berufsverbot v.a. bei Wirtschaftsdelikten weiterhin nur mit grösster Zurückhaltung angeordnet wird.

4. Urteil des Bundesgerichts vom 19. April 2013³⁸ (Zur Opfermitverantwortung beim Betrug)

a) Sachverhalt

Der Beschuldigte, der in mehr als zweihundert Fällen telefonisch, via E-Mail und Fax oder auf anderem Wege Waren bestellte und Dienstleistungen in Anspruch nahm, ohne diese zu bezahlen, wurde erstinstanzlich wegen Betruges und anderer Delikte zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Das Obergericht des Kantons Luzern hob die Verurteilungen wegen Betruges mit dem Argument auf, es fehle an der vom Betrugstatbestand geforderten

³² BGer, 6B_455/2012, vom 1. Februar 2013, E.1.

³³ Vgl. dazu nur Basler Kommentar zum StGB, Bd. I, 2. Aufl. 2007 [Hrsg. Niggli/Wiprächtiger] – Haffenmeyer, Art. 67 N 12ff.

³⁴ Urteile des Bundesgerichts über die Anordnung des Berufsverbotes ergehen vorwiegend im Zusammenhang mit Sexualdelikten. So etwa BGer 6B_507/2007, vom 22. April 2008; sowie BGer, 6S.448/2004, vom 3. Oktober 2005.

³⁵ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen, vom 23. Juni 2006, SR 951.31.

³⁶ Vgl. dazu *Hasenböhler* (et al.), Recht der kollektiven Kapitalanlagen – Unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte, Zürich Basel Genf 2007, N. 757 f. Vgl. zu einer allfälligen Unterstellung als Effektenhändler auch *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, § 9 N 36.

³⁷ Vgl. etwa BGer, 6B_609/2011, vom 23. Februar 2012, E.5.

³⁸ Entscheid des Bundesgerichts 6B_364/2012 vom 19. April 2013, abrufbar unter:

http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2012/Entscheide_6B_2012/6B.364__2012.html (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

Arglist des Täters. Dass dieser seinen Leistungswillen lediglich vorspiegelte, sei dem jeweiligen Vertragspartner mit einfachsten Mitteln überprüfbar gewesen. Denn der Beschuldigte sei im Betreibungsregister verzeichnet gewesen, ein im Jahre 2000 gegen ihn eingeleiteter Konkurs wurde 2003 mangels Aktiven eingestellt. Ausserdem hätten die Geschädigten die bestellte Ware in zahlreichen Fällen geliefert, obwohl der Beschuldigte den Fälligkeitstermin einer früheren Verpflichtung ohne Bezahlung verstreichen ließ. Dass die Geschädigten dies nicht überprüften, begründe eine erhebliche Opfermitverantwortung, welche die Arglist des Betruges ausschliesse. Hiergegen erhob die Oberstaatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht. Dies insbesondere mit dem Argument, die vom Obergericht geforderte Bonitätsprüfung sei bei Beträgen um 200.-- Franken lebensfremd, eine Überprüfungen deswegen nicht möglich und die Arglist somit zu bejahen.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in den den Betrugsvorwurf betreffenden Teilen gut und setzte sich dabei zunächst intensiv im Allgemeinen mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist auseinander. Dabei hält das Gericht unter Bezugnahme auf BGE 135 IV 76 fest, dass „*die zum Ausschluss der Strafbarkeit des Täuschenden führende Opferverantwortung (...) nur in Ausnahmefällen bejaht werden*“ könne. Selbst ein grosses Mass an Naivität des Geschädigten führe nicht zwingend zu einer Straflosigkeit des Täters. Im konkreten Fall sei eine Opfermitverantwortung deswegen auch nicht gegeben. Der Beschuldigte habe „*mit System und Raffinesse*“ agiert, was für die Verkäufer der Waren nicht einfach aufdeckbar gewesen sei. Die von der Vorinstanz vertretene Ansicht klammere „*den Regelfall des Geschäftsalltags aus dem Schutzbereich des Betrugstatbestandes aus.*“ Der Getäuschte müsse nicht in jedem Fall seine Buchhaltung konsultieren oder einen Betreibungsregisterauszug einholen. Dies vor allem dann nicht, wenn der Täter – wie der Beschuldigte im konkreten Fall – besonders raffiniert handle. Bei einer Geschäftsbeziehung mit einem bislang unbekannten Vertragspartner gelte dies sogar dann, wenn grössere Warenmengen bestellt wurden. Insgesamt hätten die Geschädigten zwar durchaus vorsichtiger sein können, Leichtfertigkeit könne ihnen aber nicht vorgeworfen werden.

c) Bemerkung

Die den Betrugstatbestand begrenzende oder sich zumindest auf die Strafzumessungsebene auswirkende Opfermitverantwortung konnte sich im deutschen Strafrecht bisher nicht durchsetzen.³⁹ Anders ist dies, was wohl auch dem schweizerischen Staatsverständnis geschuldet ist, welches dem Einzelnen mehr Mitbestimmung, aber auch mehr Selbstverantwortung einräumt, in der Schweiz. Gleichwohl sind auch hier Entscheide, in welchen das Bundesgericht eine Opfermitverantwortung bejaht und damit einhergehend das Vorliegen eines arglistigen Betruges verneint, relativ selten.⁴⁰ Dennoch kommt der Opfermitverantwortung in der Praxis eine grosse Bedeutung zu; sie wird – zumindest von der Verteidigung – in beinahe jedem Betrugsvorfahren problematisiert. Führt sie nicht zum Tatbestandsauschluss, so kann ihr jedenfalls auf Strafzumessungsebene Bedeutung zukommen.⁴¹

5. Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2013⁴² (Nochmals zum Verhältnis zwischen Verwaltungsstrafverfahrensrecht und Strafprozessrecht)

a) Sachverhalt

Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) führt ein Verwaltungsstrafverfahren gegen Unbekannt wegen des Verdachts von Abgabebetrug, begangen im Geschäftsbereich der

³⁹ Obwohl entsprechende Ansätze durchaus vorhanden waren, vgl. etwa Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1984, S. 87ff.; Hoyer in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 74; Geißler, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2010, S. 91 ff.; Beckemper/Wegner, Anm. zu BGH, NStZ 2002, S. 313, NStZ 2003, S. 315 ff. sowie Kindhäuser, Zum strafrechtlichen Schutz strafbar erworbenen Vermögens, Heinze-GS (Hrsg.: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken), 2005, S. 447, 451. Für die Rechtsprechung etwa das Urteil des LG Gera v. 07.11.1995 in NStZ-RR 1996, 167.

⁴⁰ Zuletzt aber bejaht in BGer 6B_447/2012 vom 28. Februar 2013, abrufbar unter: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=28.02.2013_6B_447/2012 (zuletzt besucht am 19. Juni 2013); eine sehr hilfreiche Kategorisierung unternimmt Arzt in Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger), Art. 146 N 57 ff. m. w. Hinw. Zur Entwicklung des Arglistmerkmals beim Betrug vgl. auch Bommer/Venetz, Die Anfänge der bundesgerichtlichen Praxis zum Arglistmerkmal beim Betrug, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (Hrsg.: Schmid), 2007, S. 161 ff.

⁴¹ Thommen, Opfermitverantwortung beim Betrug, ZStrR 2008, S. 17 ff.

⁴² Entscheid des Bundesgerichts 1B_637/2012 vom 8. Mai 2013, abrufbar unter: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=08.05.2013_1B_637/2012 (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

A SA. Im Rahmen der Untersuchung fand am 4. April 2012 am Wohnort des Co-Geschäftsführers der A SA, bei B, eine Hausdurchsuchung statt, bei der Unterlagen und elektronische Datenträger sichergestellt und auf Einsprache des B hin versiegelt wurden. In Absprache mit B wurden die Dateien eines sichergestellten Laptops elektronisch kopiert (gespiegelt), der Laptop an den Betroffenen retourniert und die Kopien versiegelt. Mit Gesuch vom 7. Mai 2012 beantragte die ESTV beim Bundesstrafgericht die Entsiegelung der sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenstände bzw. deren Freigabe zur Durchsuchung. Mit Beschluss vom 19./21. September 2012 hiess das Bundesstrafgericht, Beschwerdekommission, das Entsiegelungsgesuch gut. Hiergegen führte B Beschwerde in Strafsachen beim Bundesstrafgericht. Dies mit dem Argument, die ESTV hätte die zwanzig-tägige Frist zur Stellung eines Entsiegelungsantrages nicht eingehalten. Denn diese gelte aufgrund einer entsprechenden Anwendung des Art. 248 Abs. 2 StPO auch im Verwaltungsstrafverfahren.

b) Urteil

Das Bundesgericht verneint eine solche analoge Anwendung der zwanzig-tägigen Verwirkungsfrist im Verwaltungsstrafverfahren. Im knapp gehaltenen Entscheid begründet das Gericht dies einerseits damit, dass Art. 50 VStrR, welcher die Entsiegelung regelt, eben keine derartige Frist vorsehe und auch nach Einführung der vorgenannten strafprozessualen Norm nicht derartig angepasst worden sei. Zudem sei das im Verwaltungsstrafverfahren geltende Beschleunigungsgebot auch so gewahrt, habe die ESTV doch bereits nach dreissig Tagen ein dementsprechendes Gesuch um Entsiegelung beim Bundesstrafgericht gestellt.

c) Bemerkung

Im letzten Länderbericht wurde ein Urteil der Beschwerdekommission des Bundesstrafgerichts kritisch besprochen, in welchem dieses über eine analoge Anwendung der strafprozessualen Entsiegelungsnormen auf das Verwaltungsstrafverfahren entschied und eine solche ablehnte.⁴³ Das Bundesgericht entscheidet nun – mit nur wenigen Worten – in derselben Weise, was aus mehrreli Gründen unbefriedigend ist. Zum einen setzt sich das Gericht ebenfalls nicht mit dem Argument der Vermeidung von Wertungswidersprüchen auseinander. Um einen solchen zu vermeiden, muss das Verwaltungsstrafverfahrensrecht strafprozessuale Normen, welche zugunsten des Beschuldigten wirken, analog anwenden, insofern – wie hier – eine gesetzgeberische Lücke besteht.⁴⁴

Im Übrigen verkennt das Gericht, dass das Beschleunigungsgebot im Verwaltungsstrafrecht nach gesetzgeberischer Intention von besonderer Bedeutung ist, welche über die des Strafprozessrechts hinausgeht. Nicht von ungefähr wird die Strafverfolgung hier nicht der Staatsanwaltschaft, sondern Spezialbehörden mit besonderer Fachkompetenz übertragen. Auch die stark reduzierte Frist von lediglich drei Tagen zur Einlegung einer Beschwerde (Art. 28 Abs. 3 VStrR) spricht hierfür. Zuletzt bedenkt das Gericht nicht, dass eine Nichtanpassung von Art. 50 VStrR an die geänderten strafprozessualen Verhältnisse bedeutet, dass der Gesetzgeber am früheren Zustand festhalten wolle. Die Realität ist aber eine andere, nämlich die, dass der Gesetzgeber eine Anpassung schlachtweg vergessen hat. Dies zeigt sich an anderen Normen, etwa Art. 39 Abs. 3 HS. 1 VStrR, welcher dem Beschuldigten das Recht abschneidet, bei der ersten Einvernahme von einem Verteidiger begleitet zu werden. Dabei ist evident, dass dem Beschuldigten in einem Strafverfahren – und eben dies stellt das Verwaltungsstrafverfahren dar – nicht das Recht auf einen „Anwalt der ersten Stunde“ abgeschnitten werden darf. Das gebietet auch die EMRK. Gleichwohl kam es nicht zu einer Anpassung der vorgenannten Norm durch den Gesetzgeber. Die Nichtanpassung bedeutet also offensichtlich nicht, dass der aktuelle gesetzgeberische Wille gegen einen Anwalt der ersten Stunde im Verwaltungsstrafverfahren spreche – vielmehr ist das Gegenteil der Fall.

⁴³ Eicker/Frank/Glatthard, Länderbericht Schweiz: Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2013, S. 50 f., abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/157-länderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht> (zuletzt besucht am 19. Juni 2013).

⁴⁴ Frank, Zur Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2012, S. 1267; Frank, Verteidigung im Verwaltungsstrafrecht – Wissenswertes und Ungeklärtes, in: Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafrecht (Tagungsband, erscheint demnächst).

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches Standards

Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau

WiSteV-Standards

In der WiJ werden aktuelle Thesen und Fragestellungen von Folker Bittmann, Dessau-Roßlauer Leitender Oberstaatsanwalt, in aufbereiteter und von ihm redaktionell verantworteter Form vorgestellt. Sie versuchen, den innerhalb von WisteV erzielten Diskussionsstand repräsentativ widerzuspiegeln, können aber nicht durchweg Ergebnis eines vereinsweiten Diskussionsprozesses sein. Sie stellen schon deshalb nie unverrückbare Endpunkte dar.

Vielmehr sind die Leser, ob WisteV-Mitglieder oder nicht, aufgerufen, sich am steten Prozess der Aktualisierung und Weiterentwicklung zu beteiligen und sich unter Angabe ihres Berufes zu einzelnen, bereits genannten oder auch zusätzlichen Aspekten zu positionieren. Im besten Falle findet so eine permanente Qualifizierung statt, die allen Interessierten eine verlässliche Orientierung bietet.

Anregungen, Kritik oder Widerspruch können gerichtet werden an: standards@wi-j.de

WisteV ist ein Zusammenschluss verschiedener am Wirtschaftsstrafrecht beteiligter Berufsgruppen. Das bietet den Vorteil, Themen aus unterschiedlicher Sicht betrachten zu können. Auch damit wird es allerdings nicht gelingen, in jeglicher Hinsicht Konsens herzustellen. Beide das Anstreben eines solchen Ziels wäre von vorn herein, weil völlig unrealistisch, zum Scheitern verurteilt. Aber mehr Klarheit zu schaffen, hinsichtlich des Trennenden wie des Gemeinsamen, erscheint als wünschenswert, sinnvoll und vor allem erreichbar. Ungewissheiten mögen zwar den professionell am Wirtschaftsstrafrecht Beteiligten aus unterschiedlichen bis gegensätzlichen Gründen durchaus zupass kommen, weil dabei die Chance argumentativer Beeinflussung des Ergebnisses größer ist als beim Bewegen auf gesichertem Terrain.

Aber derjenige, der sich fragt, wie er auf rechtmäßige Weise ein (wirtschaftliches) Ziel erreichen kann, der hat keinerlei Interesse an Ungewissheiten. Er strebt nach einem ‚safe harbour‘. Dieses Interesse ist völlig legitim: In einer freiheitlichen Gesellschaft darf – prinzipiell, trotz des faktisch erforderlichen Freischwimmens in einem Meer – und Mehr! – aus Bürokratie – frei gehandelt und damit auch frei gewirtschaftet werden. Um von dieser Freiheit innerhalb des legalen Rahmens Gebrauch machen zu können, bedarf es der Rechtssicherheit. Diese wird in einer sich wandelnden Welt immer nur partiell erreicht werden können. Das stellt die Sinnhaftigkeit dieses Ziels allerdings nicht in Frage.

WisteV hat es sich deshalb zur Aufgabe gemacht, für möglichst viele Themenfelder Standards dergestalt zu entwickeln, dass einerseits Konsentiertes und andererseits Kontroverses formuliert wird. Geeignete Ausgangspunkte sind WisteV-Veranstaltungen zu aktuellen Themen. Deshalb sind insbesondere diejenigen, die Regional- oder Facharbeitskreisveranstaltungen organisieren, aufgerufen, das Diskutierte in diesen beiden Kategorien möglichst tiefgehend zusammenzufassen. Es ist allerdings auch ohne weiteres denkbar, derartige Aufstellungen auch aus anderem Anlass zu formulieren.

Gegenstand dieser Ausgabe ist der Themenblock 10: Compliance und Wirtschaftsethik – zusammengestellt von LOSTA Folker Bittmann auf der Basis des Vortrags, den Prof. Dr. Dennis Bock, Universität Kiel, auf der 3. WisteV-Jahrestagung am 18. und 19. Januar 2013 in Frankfurt am Main gehalten hat:

10. Themenblock: Compliance und Wirtschaftsethik

Konsens:

- These 1: Dem Begriff der Compliance kommt nur insofern rechtlicher Gehalt zu, als er in Rechtsquellen verwendet wird oder auf sie einwirkt.
- These 2: Sobald der Compliance-Begriff von der Akzessorietät zu den Rechtsquellen abgekoppelt wird, verliert er jedwede juristische (normative oder deskriptive) Brauchbarkeit.
- These 3: Ein außerjuristisch verstandener Compliance-Begriff kann gleichwohl in der Unternehmensberatungspraxis von Nutzen sein.
- These 4: Soweit sich die Ethik mit ähnlichen Fragestellungen wie die Rechtswissenschaft inkl. Compliance befasst, kann die Rezeption ethisch-moralischen Argumentationsmaterials (insbesondere teleologischer Gesichtspunkte sowie Folgeabschätzungen) die Rechtswissenschaft bereichern.
- These 5: Wirtschaftsethik kann daher dem Wirtschafts(straf)recht im Hinblick auf die Rechtsanwendung de lege lata und die Rechtsfortbildung de lege ferenda wertvolle zusätzliche (zumal interdisziplinäre und internationalisierende) Perspektiven liefern.
- These 6: Wirtschaftsethik selbst vermag jedoch keine Befehle mit Befolgungsanspruch zu formulieren.
- These 7: Aufgrund ihrer Zeitbedingtheit gibt es kaum konsentierte, hinreichend bestimmte und damit operable ethisch-moralische Verhaltensnormen - erst recht nicht in einem komplexen Lebensbereichen wie dem der Ökonomie.
- These 8: Unternehmensethik bietet allerdings ein Reservoir an Positionen und Argumenten pro und contra und dient damit größerer Vollständigkeit und Transparenz aller zum Zwecke des Findens einer richtigen rechtlichen Entscheidung einschlägigen Abwägungsfaktoren.
- These 9: Wirtschaftsethische Erkenntnisse können die Auslegung rechtlicher Compliance-Normen beeinflussen, ohne aber selbst Antworten auf spezifische Compliance-Fragen zu geben.
- These 10: Missbrauch von Wirtschaftsethik und Compliance zu Marketing- und Imagezwecken („Window Dressing“) ist (im Fall der Aufdeckung: diskreditierende) Heuchelei.
- These 11: An Verstöße gegen nicht operationale wirtschaftsethische Maßstäbe kann Strafbarkeit nicht anknüpfen.

Kontrovers:

- Frage 1: Wie lassen sich nachteilige Folgen ethischer Rigidität, z.B. im Hinblick auf etwaigen medizinischen oder technischen Fortschritt, vermeiden?
- Frage 2: Können dazu wie bei der Auslegung von Rechtsnormen Verhältnismäßigkeitsabwägungen und stete Aktualitätsprüfungen dienen?
- Frage 3: Soll der Gesetzgeber über das ethische Minimum hinaus auf die „sittenbildende Kraft des Strafrechts“ setzen? Wenn ja, in welchem Maße?
- Frage 4: Tritt die Ethik im Konflikt mit dem Recht immer zurück, so daß selbst ethisch fundierte Maßnahmen als Untreue gemäß § 266 StGB strafbar sind, wenn sie sich ausgabenerhöhend oder einnahmensenkend auswirken?
- Frage 5: Gibt es hierfür einen betriebswirtschaftlichen Spielraum und wie läßt er sich eingrenzen?

- Frage 6: Wie läßt sich das erforderliche Ausmaß von Aufsichtsmaßnahmen im Unternehmen konkretisieren, obwohl dazu das Recht und die Ethik gleichermaßen schweigen?
- Frage 7: Wie läßt sich die Tendenz vermeiden, daß ethisch motivierte Selbstregulierung zur rechtlich vollstreckbaren Fremdregulierung mutiert, indem sich rechtlich nicht gebotene Compliance-Maßnahmen als „Best Practice“ zu Rechtsmaßstäben verschieben und dadurch z.B. den Stand einzuhalternder Aufsichts- und Sorgfaltspflichten prägen?

Rezensionen

Rechtsanwalt Raik Brete, Hannover

Gehrlein/Ekkenga/Simon (Hrsg.), GmbHG Kommentar

1. Auflage (2012), Heymanns, 128,00 €, 1924 S.

Mit dem „*Gehrlein/Ekkenga/Simon*“ gibt es nun einen weiteren Kommentar zum GmbH-Gesetz, der sich neben den beiden Großkommentaren von *Staub* und dem Münchener Kommentar zum GmbHG insbesondere mit den Kommentaren von *Lutter/Hommelhoff*, 18. Auflage 2012, und *Baumbach/Hueck*, 20. Auflage 2012 sowie auch *Roth/Altmeppen*, 7. Auflage 2012, messen lassen müssen bzw. mit diesen „in Konkurrenz“ steht. Über die Jahre haben sich vor allem die Kommentare von *Lutter/Hommelhoff* und *Baumbach/Hueck* zu „Klassikern“ entwickelt, die in der Praxis nicht mehr wegzudenken sind.

So ist der Kommentar von *Gehrlein/Ekkenga/Simon* ausweislich des Vorworts angetreten, allen auf dem Gebiet des GmbH-Rechts Tätigen ein den täglichen Anforderungen der Praxis entsprechendes Arbeitsmittel an die Hand geben. Das Werk rückt dabei im Interesse der Praktikabilität die höchstrichterliche Rechtsprechung in den Mittelpunkt der Darstellung, ohne auf die Erörterung wissenschaftlicher Streitfragen zu verzichten, wo es geboten ist.

Schwerpunkte der Kommentierung, so das Vorwort weiter, bilden die durch das MoMiG hervorgerufenen Neuerungen und deren praktische Umsetzung in Rechtsprechung und Schrifttum sowie das Bilanz- und Konzernrecht. Außerdem finden durch die zunehmende Verzahnung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht auch insolvenzrechtliche Bezüge verstärkt ihren Niederschlag.

Herausgeber des Kommentars sind bekannte und auch durch das Schrifttum ausgewiesene Kenner und Praktiker des Gesellschafts- und insbesondere auch des GmbH-Rechts, allen voran der Richter am BGH Prof. Dr. *Gehrlein*. Prof. Dr. *Gehrlein* ist Richter im IX. Zivilsenat, der u.a. auch für Rechtsstreitigkeiten über Insolvenz zuständig zeichnet.

Prof. Dr. *Ekkenga* von der Universität Gießen ist bislang durch eine Vielzahl von Publikationen auch zum Gesellschaftsrecht hervorgetreten, u.a. kommentiert er bereits im Kölner Kommentar zum Aktiengesetz sowie im Münchener Kommentar zum GmbHG.

Prof. Dr. *Simon* ist als Rechtsanwalt/Steuerberater in der renommierten Kanzlei *Flick/Gocke/Schaumburg* tätig, hauptsächlich im Gesellschaftsrecht und bislang ebenfalls bereits durch diverse Veröffentlichungen auch zu gesellschaftsrechtlichen Themen hervorgetreten.

Ergänzt wird das Herausgeberteam durch zahlreiche (bekannte) Autoren aus der Wissenschaft wie z.B. Prof. Dr. *Teichmann* von der Universität Würzburg und Prof. Dr. *Beckmann* von der Universität Saarbrücken sowie eine Reihe von Praktikern vor allem aus der Kanzlei *Flick/Gocke/Schaumburg*.

Der Kommentar beginnt – nach der Wiedergabe des Gesetzestextes – mit einer Einleitung. In dieser werden die Rechtsgrundlagen des GmbHG kurz und chronologisch dargestellt, von der Schaffung des Gesetzes im Jahr 1892 über die verschiedenen Gesetzesänderung bzw. Novellierungen des GmbH-Rechts bis hin zur noch nicht lang zurückliegenden sogenannten großen GmbH-Reform durch das MoMiG mit Wirkung zum 28.10.2008.

Abgerundet wird die Darstellung mit einem kurzen Abschnitt zu den europarechtlichen Einflüssen, im Wesentlichen durch eine zeitliche Übersicht über die diversen einschlägigen Richtlinien, wie Publizitäts-, Kapital-, Fusions- und Bilanzrichtlinie.

Hieran schließt sich ein Überblick über die Grundstrukturen der GmbH an, zur Satzung, zu den Gesellschaftsorganen, zum Stammkapital sowie zum Gründungsstadium mit der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH.

Eine Darstellung zum Internationalen Privatrecht – hauptsächlich zur Sitz- und Gründungstheorie – rundet die – insgesamt als von Inhalt und Umfang gelungen zu bezeichnende – Einführung ab.

Die Kommentierung selbst, d.h. zu den einzelnen Paragraphen, ist durchgehend übersichtlich und gut strukturiert bzw. gegliedert, zumeist nach den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen. Den einzelnen Paragraphen vorangestellt ist, bis auf ganz wenige Ausnahmen (z.B. § 28 GmbHG und §§ 82 ff. GmbHG), eine Übersicht zum jeweiligen Schrifttum, zum Teil sehr ausführlich, wie beispielsweise zum äußerst praxisrelevanten Thema der Kapitalerhaltung bei § 30 GmbHG. Ein vertiefender Einstieg ist so ohne weiteres gegeben.

Auch überzeugen die Kommentierungen zu den einzelnen Paragraphen durchweg mit Fußnotenapparaten, die – neben Literatur- und Kommentarzitaten – zumeist auch eine Vielzahl von Rechtsprechungsentscheidungen enthalten. Diese ermöglichen es dem Leser bzw. Rechtsanwender in der Praxis, sich zu einzelnen Themen bzw. Problemkreisen noch vertiefter zu informieren, zumal Entscheidungen gerade im Gesellschafts- bzw. GmbH-Recht regelmäßig stark einzelfallabhängig sind, was ein „Entscheidungsstudium“ im Grunde unverzichtbar macht.

Soweit im Vorwort davon die Rede ist, dass aus Praktikabilitätsgründen die höchstrichterliche Rechtsprechung im Mittelpunkt der Kommentierung gestellt werde, gelingt dies also durchweg bzw. wird dies von den Autoren umgesetzt. Positiv fallen in diesem Zusammenhang aber auch die Einarbeitung bzw. Berücksichtigung zahlreicher aktueller Zeitschriftenbeiträge auf.

Der weitere Schwerpunkt „Konzern- und Bilanzrecht“ erfährt eine praxisnahe und gut lesbare Darstellung vor allem in Anh. zu § 13 GmbH (Konzernrecht) und den §§ 42 und 42a GmbHG (Bilanzrecht). Die Kommentierung trägt hier die (positive) Handschrift von Praktikern (Rechtsanwältin Dr. *Maul* zu § 13 und Rechtsanwalt/Steuerberater Dr. *Winter* und Rechtsanwalt *Marx* zu den §§ 42, 42a GmbHG), denen es gelungen ist, die für Juristen, im Gegensatz zu Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, nicht unbedingt alltäglichen Rechtsgebiete des Konzern- und Bilanzrechts nicht zu knapp, aber doch in der für einen Praxiskommentar erforderlichen Länge verständlich darzustellen.

Hervorzuheben ist in § 42 GmbHG unter den Rn. 9 ff. die tabellenartige Übersicht zu Inhalt und Gliederung der Bilanz unter Berücksichtigung der Neuerungen des BilMoG aus 2009. Hiermit schafft die Kommentierung unter Einbeziehung des Handelsrechts auch oder gerade für den juristischen Rechtsanwender einen praxisnahen Einstieg und Überblick in die (für Juristen bisweilen „fremde“) Materie des Handelsbilanzrechts, ohne die Darstellung mit zu vielen Details zu überfrachten.

Schließlich kann der Kommentar, wie im Vorwort angekündigt, tatsächlich auch durch seine insolvenzrechtlichen Bezüge überzeugen. Hieran hat Prof. Dr. *Gehrlein* als Mitglied des „Insolvenzrechtssenats“ des BGH einen wesentlichen Anteil, vor allem mit der sehr ausführlichen Vorbemerkung zu § 64 GmbHG mit knapp 100 Seiten. Es werden die wesentlichen insolvenzrechtlichen Normen kommentiert, angefangen von der Darstellung der Insolvenz(antrags)gründe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ nach § 17 bzw. § 19 InsO, über das Insolvenzeröffnungsverfahren bis hin zur (weiterhin) unabdingbar mit dem Gesellschaftsrecht verbundenen Insolvenzverschleppungshaftung, seit dem MoMiG Ende 2008 nun neu geregelt in § 15a InsO und nicht mehr wie bis dahin in § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.

Abgerundet wird die Kommentierung durch Ausführungen zum vor allem im klein- und mittelständischen Bereich äußerst praxisrelevanten Thema der Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, was durch die ersatzlose Streichung der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. durch das MoMiG – Aufgabe des Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ – nicht unbedingt einfacher zu handhaben ist. Mit der Vielzahl an Fußnoten, vor allem auch zu den einschlägigen Rechtsprechungsentscheidungen steht die Kommentierung einem soliden Kurzkommentar zum Insolvenzrecht in nichts nach.

Positiv hervorzuheben ist auch die Kommentierung von Frau Prof. Dr. *Buck-Heeb* zur in der Beratungspraxis wichtigen Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG. Die Autorin schafft es auf knapp 50 Seiten, die verschiedenen Pflichtenkreise und die sich aus diesen ergebenden Haftungsproblematiken umfassend, aber dennoch für einen Praxiskommentar nicht zu umfangreich, gut lesbar und nachvollziehbar darzustellen. Auch hier kann der umfangreiche Fußnotenapparat überzeugen.

Sinngemäß gilt dies auch für die – mit der Geschäftsführerhaftung unmittelbar zusammenhängenden – Kommentierung des § 6 GmbHG „Geschäftsführer“ sowie dem Anh. zu § 6 GmbHG, in dem eine Darstellung zum Thema „Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers“ erfolgt. Hier schafft es die Autorin auf knapp 40 Seiten, das in der Praxis mit vielen Zweifelsfragen behaftete und durchaus streitfähige Thema in gut lesbarem und angemessenem Umfang darzustellen.

Neben den im Kern naturgemäß gesellschaftsrechtlichen und aufgrund des MoMiG nunmehr mit diesen noch etwas stärker verbundenen insolvenzrechtlichen Themen und Fragestellungen finden schließlich auch die strafrechtlichen Aspekte bzw. einschlägigen Vorschriften Berücksichtigung, die das GmbHG kodifiziert.

Den eigentlichen Straftatbeständen der §§ 82 ff. GmbHG vorangestellt sind „Vorbemerkungen zu §§ 82 ff.“, die Ausführungen zur Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4 u. 5 InsO enthalten. Die Darstellung sowohl der Insolvenzverschleppung als auch der weiteren Straftatbestände fällt im Vergleich zu den Kommentierungen der übrigen Normen eher knapp im Sinne eines Kurzkommentares aus. Zwar werden die relevanten Themen- und Tatkomplexe im Wesentlichen angesprochen, so dass diese dem Leser in jedem Fall als ersten Einstieg dienen können. Wünschenswert wären hier zu den einzelnen Paragraphen auch – so wie dies ansonsten der Fall ist – noch Übersichten zum jeweiligen Schrifttum, beispielsweise zu dem (meines Erachtens praxisrelevanten) § 82 GmbHG zum sog. „Gründungsschwindel“ sowie auch zu § 84 GmbHG „Verletzung der Verlustanzeigepflicht“.

Den Abschluss des Kommentars bildet eine kurze Kommentierung des „Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Einführungsgesetz – EGGmbHG)“, mit § 1 zur Umstellung auf Euro, was nach wie vor für eine Vielzahl an Gesellschaften Thema ist bzw. bleibt. Ebenso hilfreich ist die Kommentierung der Übergangsvorschriften zum MoMiG in § 3, die sicherlich noch eine ganze Zeit lang relevant sein werden, da es nach wie vor eine Vielzahl an sogenannten Altfällen gibt.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass der „*Gehrlein/Ekkenga/Simon*“ dem eigenen Anspruch im Vorwort „allen auf dem Gebiet des GmbH-Rechts Tätigen ein den täglichen Anforderungen der Praxis entsprechendes Arbeitsmittel an die Hand geben“, in jeder Hinsicht gerecht wird. Der Kommentar ist uneingeschränkt zu empfehlen und muss sich vor den eingangs erwähnten, bereits am Markt befindlichen und etablierten Kommentaren zum GmbHG nicht „verstecken“, sondern kann vielmehr als nützliche und hilfreiche Ergänzung bzw. Erweiterung des Literaturangebotes angesehen werden.

Wünschenswert für eine 2. Auflage wäre, dass sie erstens erscheint und zweitens jedenfalls die Kommentierung der Straftatbestände, wie angesprochenen, noch etwas ausführlicher ausfällt und durch Übersichten zum jeweiligen Schrifttum ergänzt wird, auch wenn der Schwerpunkt der Kommentierung sicherlich auf den primären gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des GmbH-Rechts liegt bzw. liegen sollte.



das verbindende Element

Wirtschaftsstrafrecht

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., WisteV

Kaum eine andere juristische Disziplin ist so stark mit anderen Rechts- und Fachgebieten vernetzt, wie die des Wirtschaftsstrafrechts. Deshalb ist hier ein interdisziplinärer Austausch von herausragender Bedeutung – im Idealfall unter Einbeziehung aller handelnden Parteien. Hier greift WisteV ein. Der Verein bringt alle Akteure und Aspekte dieses Sachübergreifenden Gebiets an einen Tisch: WisteV geht an die Schnittstellen, beleuchtet fachliche Sonderproblematiken, eröffnet Dialoge und schafft Sensibilität für strafrechtliche Risiken im Wirtschaftsleben.

WisteV ist ein als gemeinnützig anerkannter bundesweit tätiger Verein, der sich insbesondere die Förderung der Wissenschaft und Lehre sowie den praktischen Austausch auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts und der angrenzenden Rechts- und Tätigkeitsgebiete zum Ziel gesetzt hat.

WisteV wendet sich dabei an jeden, der sich für Wirtschaftsstrafrecht und seine Bezüge zu anderen Rechtsgebieten und Tätigkeitsbereichen interessiert.

Hierzu gehören insbesondere Rechtsanwälte, Personen, die in Unternehmen in den Bereichen Compliance und Recht tätig sind, Berater im Bereich Fraud bzw. Forensic Services, Wissenschaftler sowie Angehörige von Justiz und Verwaltung.

Vor diesem Hintergrund legt WisteV ein Hauptaugenmerk auf den interdisziplinären Austausch, wobei die Beschäftigung mit dem Wirtschaftsstrafrecht im weitesten Sinne das verbindende Element darstellt.

WisteV ist eine junge Vereinigung. Sie lebt von den Ideen, Beiträgen und der gestaltenden Mitarbeit ihrer Mitglieder.



WisteV
Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.
Rundeturmstraße 12 | 64283 Darmstadt

Telefon: 0179 – 486 40 62 oder 0160 – 7844214 | Fax: 06151 – 501 30 20

info@wistev.de | www.wistev.de