WiJ

Journal
der Wirtschaftsstrafrechtlichen
Vereinigung e.V.

4 | 2015 4. Jahrgang | Oktober 2015 | Ausgabe 4

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de.** Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Herausgeber:
Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

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

Schriftleitung:
Prof. Dr. Dennis Bock

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

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

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

RA Dr. André-M. Szesny, LL.M. / Wiss. Mit. Anna-Lena Glander, Düsseldorf
Die Verbandsgeldbuße gegenüber Rechtsnachfolgern **224**

Einführung und Schulung

RA Dirk Petri / RA Dr. Christian Schmitz, Köln
IP-Strafrecht – der Schutz des geistigen Eigentums **228**

Entscheidungskommentare

Dr. Till Zimmermann, München
Anmerkung zu BGH, Urt. V. 17.3.2015 – 2 StR 281/14 **238**

RA Dr. Marc Engelhart, Freiburg i. Br.
Anmerkung zu OLG München, Beschl. V. 23.9.2014 – 3 Ws 599/14, 3 Ws 600/14 **242**

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert
Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht **247**

Internationales

RAin Mag. Katrin Ehrbar; RA Dr. Lukas Kollmann; RA Dr. Marcus Januschke, RA Mag. Philip Wolm, alle Wien
Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht **250**

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., vierte Ausgabe 2014

Deutsche Autos! Made in Germany! Fußball-WM 2006: die Welt zu Gast bei Freunden! Bei diesen Schlagworten handelt(e) es sich um populäre Anker des deutschen Selbstverständnisses. Sie bedürfen möglicherweise der strafrechtlichen Aufarbeitung. Die vierte Ausgabe des Journals der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. nähert sich undolos diesen aktuellen Themen.

Szesny und Glander beleuchten „Die Verbandsgeldbuße gegenüber Rechtsnachfolgern" unter Beachtung der aktuellen Entscheidungen des EuGH und BGH. Sie beantworten damit auch die hypothetische Frage, unter welchen Umständen eine Haftung etwa eines möglichen Rechtsnachfolgers der Volkswagen AG in Bezug auf etwaige Sanktionen im Sinne des § 30 Abs. 2 lit. a OWiG als Folge des „Diesel-Skandals" in Betracht käme. Passenderweise befasst sich Engelhart mit der Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen und im faktischen Konzern. Dies einerseits in Form einer Anmerkung zu einem Beschluss des OLG München, andererseits in seiner Rezension einer Dissertation von Caracas, die sich an der Konzernthematik am Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr abarbeitet – womit wir uns thematisch dem "Sommermärchen", konkret den Umständen der Vergabe der WM 2006, nähern. Auch die Urteilsanmerkung von Zimmermann hat allgemeine praxisrelevante Probleme des Korruptionsstrafrechts zum Inhalt und beschäftigt sich sodann schwerpunktmäßig mit § 108e n.F., der Mandatsträgerbestechlichkeit, und den praxisrelevanten Ausführungen des 2. Strafsenats zur Auslegung dieser Vorschrift. Die Lektüre lohnt nicht nur für (kommunale) Mandatsträger und (Fußball-) Funktionäre.

Verbandsgeldbußen oder entsprechende im Ausland verhängte Sanktionen können für ein Unternehmen existenzbedrohend sein. In Zeiten der Unternehmenskrise – besser noch davor – lohnt sich die Auseinandersetzung mit den stets praxisrelevanten Ausführungen von Weyand zu Entscheidungen im Insolvenzstrafrecht und von Brand zur aktuellen insolvenzstrafrechtlichen Literatur.

Verliert als Folge der aktuellen Entwicklungen die umgangssprachlich also solche bezeichnete „Marke" Made in Germany an Wert? Das deutsche Strafrecht schützt jedenfalls weiterhin Marken, Patente und andere geistige Leistungen; in welcher Form erläutern Petri und Schmitz in ihrem instruktiven Beitrag zum „IP-Strafrecht – der Schutz des geistigen Eigentums". Die Autoren bieten dabei einen tiefen Einblick sowohl in das materielle Straf- als auch die Besonderheiten des Verfahrensrechts, begleitet von originär zivilrechtlichen Gesichtspunkten (Blankettnorm, Adhäsionsverfahren, Klärung zivilrechtlicher Vorfragen) und Hinweisen zur Compliance.

Die Ausgabe beinhaltet schließlich die Darstellung der neuesten wirtschaftsstrafrechtlichen Entwicklungen in Österreich und die Rezension der Dissertation von Moini zu "Staatliche[n] Warnungen vor entlassenen Straftätern" von Glauch.

Bei der Lektüre wünsche ich viel Vergnügen.

Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel, Düsseldorf

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Inhaltsverzeichnis

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Hochstr. 54, 60313 Frankfurt a.M..
Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Dr. Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.
Kontakt: info@wi-j.de
Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Dr. André-M. Szesny, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de
Verantwortliche Schriftleitung: Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel; Kontakt: redaktion@wi-j.de.
Webmaster/Layout: Milena Piel
Kontakt: webmaster@wi-j.de
Ständige Mitarbeiter: Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Golombek, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, Prof. Dr. Nina Nestler, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.
Manuskripte: Das Wistev-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden (redaktion@wi-j.de). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wi-j.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.
Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.
Bezugspreis: Kostenlos.
Newsletter: Anmeldung zum Newsletterbezug unter newsletter@wi-j.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.
ISSN: 2193-9950

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Editorial II

Inhaltsverzeichnis 3

Aufsätze und Kurzbeiträge 224

RA Dr. André-M. Szesny, LL.M. / Wiss. Mit. Anna-Lena Glander*, Düsseldorf
Die Verbandsgeldbuße gegenüber Rechtsnachfolgern 224

Einführung und Schulung 228

RA Dirk Petri / RA Dr. Christian Schmitz, Köln
IP-Strafrecht – der Schutz geistigen Eigentums 228

Entscheidungskommentare 238

Dr. Till Zimmermann, München
Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.3.2015 – 2 StR 281/14 238

RA Dr. Marc Engelhart, Freiburg i. Br.
Anmerkung zu OLG München, Beschl. v. 23.9.2014 – 3 Ws 599/14, 3 Ws 600/14 242

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert
Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 247

Internationales 250

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; Rechtsanwalt Dr. Lukas Kollmann; Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, Rechtsanwalt Mag. Philip Wolm, alle Wien
Länderbericht Österreich 250

Rezensionen 260

Dr. Marc Engelhart, Freiburg i. Br. *
Caracas, Christian, Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG: am Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr. 260

Dr. Christian Brand, Konstanz
Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Mai bis August 2015 263

Rechtsanwalt Andreas Arno Glauch, Bautzen
Bijan Moini: Staatliche Warnungen vor entlassenen Straftätern 270

Aufsätze und Kurzbeiträge

Unternehmensstrafrecht

RA Dr. André-M. Szesny, LL.M. / Wiss. Mit. Anna-Lena Glander*, Düsseldorf

Die Verbandsgeldbuße gegenüber Rechtsnachfolgern

Anmerkungen zu aktuellen Entscheidungen von EuGH und BGH mit Blick auf den neuen § 30 Abs. 2 lit. a OWiG

I. Einleitung

Schon seit Langem stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gesamtrechtsnachfolger einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung mit einer Geldbuße belegt werden kann, wenn die begangene Ordnungswidrigkeit oder Straftat im Betrieb des Rechtsvorgängers, also des aufgelösten oder verschmolzenen Unternehmens, begangen wurde. Diese Diskussion findet vor allem im Kartellrecht statt – einem Deliktsbereich, in dem die Verbandsgeldbuße besonders häufig angewendet wird, während sie in anderen Bereichen erst in jüngerer Zeit zu Popularität gelangt. Bewegung in die Diskussion haben zuletzt Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs gebracht.

Der Europäische Gerichtshof hat am 15. März 2015[1] entschieden, dass im Rahmen einer Verschmelzung die aufnehmende Gesellschaft grundsätzlich auch für die Rechtsverstöße der aufgenommenen Gesellschaft haften muss. Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist diese Auffassung in ihrer Allgemeinheit unvereinbar: Der BGH betont jüngst erneut, dass die Gesamtrechtsnachfolge in das Bußgeld nur unter den sehr engen Voraussetzungen der „Nahezu-Identität" zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise möglich sei.[2] Der Gesetzgeber hat auf die strittige Frage inzwischen reagiert: Im Jahr 2013 wurde die Vorschrift des § 30 Abs. 2 lit. a OWiG eingeführt. Danach kann im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG) die Geldbuße auch gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden.

Nachfolgende Ausführungen skizzieren die Rechtsprechung des BGH und des EuGH und stellen diese ins Licht des neuen § 30 Abs. 2 lit. a OWiG.

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bis zur 8. GWB-Novelle

Die Rechtsprechung des BGH hielt eine Sanktionierung des Gesamtrechtsnachfolgers allenfalls unter restriktiven Voraussetzungen für möglich. Der BGH nahm eine Bußgeldhaftung über § 30 OWiG a.F. an, wenn zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität bestand.[3] Der Begriff der „Nahezu-Identität" ist seitdem ein geflügeltes Wort in der Dogmatik der Unternehmenssanktionierung.

---

* Der Autor *Szesny* ist Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek und leitet die dortige Praxisgruppe Wirtschafts- und Steuerstrafrecht; die Autorin *Glander* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Praxisgruppe. Die Autoren sind erreichbar unter wirtschaftsstrafrecht@heuking.de.

[1] EuGH, Urteil vom 05.03.2015 - C-343/13.

[2] BGH, Beschluss vom 16.12.2014 - KRB 47/13 = NJW 2015, 2198.

[3] BGH, Beschluss vom 16.12.2014 - KRB 47/13 mit Anmerkung *Szesny*, BB 2015, 1300; BGH, Beschluss vom 10. 08. 2011 – KRB 55/10 = NJW 2012, 164 f.; *Dannecker/N.Müller*, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Auflage 2014, 18. Kapitel, Rn. 144.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Von einer solchen wirtschaftlichen Identität ist dem BGH zufolge dann auszugehen, wenn das „haftende Vermögen" weiterhin vom Vermögen des gem. § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie zuvor eingesetzt werde und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmache.[4] Eine extensive(re) Auslegung des § 30 OWiG komme wegen des Analogieverbots der Art. 103 Abs. 2 GG und § 3 OWiG nicht in Betracht.[5]

Diese Rechtsprechung führte dazu, dass kartellbeteiligte Unternehmen sich einer gegen sie verhängten Kartellbuße entziehen konnten, indem sie eine Form der Umstrukturierung oder Veräußerung des Unternehmens wählten, die die Annahme einer „Nahezu-Identität" im Sinne der BGH-Rechtsprechung ausschloss. In der Praxis möglich waren sowohl die bloße Aufnahme in ein erweitertes Unternehmen, die wirtschaftliche Fortführung von wesentlichen Teilen des übernommenen Unternehmens sowie die Fusionierung zweier annähernd gleich großer Unternehmen, um die wirtschaftliche Identität ablehnen zu können. Die lange Dauer der Kartellordnungswidrigkeitenverfahren und die Höhe der verhängten Geldbußen boten ausreichend Zeit und Anreiz, derartige Umgehungsmaßnahmen wie diese zu suchen, zu ergreifen und umzusetzen. Im Ergebnis verhinderte die bis zur 8. GWB-Novelle geltende Rechtslage somit eine wirksame Kartellahndung.[6]

III. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Der EuGH hat demgegenüber mit Urteil vom 15. März 2015 entschieden, dass im Rahmen einer Verschmelzung die aufnehmende Gesellschaft grundsätzlich für Rechtsverstöße der aufgenommenen Gesellschaft hafte und hat sich damit deutlich gegen die gefestigte Rechtsprechung des BGH gestellt.[7]

Begründet wurde dies damit, dass das aufnehmende Unternehmen gem. Art. 19 Abs. 1 der Dritten Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gesellschaft übernehme. Zu jenem Passivvermögen gehöre aber auch die Haftung für Bußgelder, die gegen das verschmolzene Unternehmen gerichtet waren. Der EuGH wertet die Haftung für Rechtsverstöße somit lediglich als Passivposten in der Unternehmensbilanz, die ohne weitere Voraussetzungen auf den Rechtsnachfolger übergehen.[8]

Mit dem deutschen straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Schuldprinzip („Nulla poena sine culpa") ist diese Rechtsprechung des EuGH jedoch unvereinbar, da sie eine Bußgeldhaftung unabhängig von persönlicher Schuld und Strafe begründet. Im deutschen Recht wird das Urteil des EuGH daher zunächst keine weiteren Auswirkungen haben: Für Altfälle hat der BGH klargestellt, dass eine europafreundliche Auslegung des § 30 OWiG contra legem nicht zulässig sei, sodass es für diese bei dem Erfordernis der „Nahezu-Identität" bleibt.[9] Für Neufälle sieht der deutsche Gesetzgeber zudem seit dem Jahr 2013 nun die Möglichkeit des § 30 Abs. 2 lit. a OWiG (Geldbuße gegen Rechtsnachfolger) ausdrücklich vor. Außerhalb dessen Anwendungsbereiches muss auch hier weiterhin auf das Erfordernis der „Nahezu-Identität" zurückgegriffen werden.

IV. Die Einführung des § 30 Abs. 2 lit. a OWiG

1. Allgemeines

Seit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle besteht nunmehr auch die ausdrückliche gesetzliche Möglichkeit der Verbandsgeldbuße gegen den Rechtsnachfolger nach dem neu gefassten § 30 Abs. 2 lit. a OWiG. Der Gesetzgeber folgte mit der Einführung dieser Regelung rechtspolitischen Forderungen[10], die durch den Hinweis des BGH auf die Lückenhaftigkeit des geltenden Rechts und die Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung noch verstärkt wur-

[4] BGH, Beschluss vom 16.12.2014 - KRB 47/13; *Verjans*, in: FS für Schiller, 2014, S. 664.
[5] BGH, Beschluss vom 10.08.2011 - KRB 55/10 = NJW 2012, 164.
[6] BT-Drucks. 17/11053, S. 26; *Dannecker/N.Müller*, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 18. Kapitel, Rn. 144.
[7] EuGH, Urteil vom 05. 03.2015 , C-343/13.
[8] EuGH, Urteil vom 05.03.2015 , C-343/13.
[9] BGH, Urteil vom 10.08.2011 - KRB 55/10 = NStZ-RR 2012, 87.
[10] Bundeskartellamt, in Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 25. Mai 2012 zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

den.[11] Hintergrund der Regelung ist, dass in diesem Zusammenhang viele Probleme auftraten, die die Wirksamkeit der praktischen Rechtsdurchsetzung gefährdeten. Bis zu diesem Zeitpunkt sah das Gesetz keine ausdrückliche Regelung über die Rechtsnachfolge (Gesamtrechtsnachfolge oder Einzelrechtsnachfolge) vor. § 30 Abs. 2 lit. a OWiG sollte diese Lücke und damit die Umgehungsmöglichkeiten, die sich unter Zugrundelegung der Rechtsprechung bislang auftaten, schließen.[12]

§ 30 Abs. 2 lit. a OWiG kann freilich aufgrund des Rückwirkungsverbotes allein auf Verstöße angewendet werden, die nach Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle am 30.06.2013 begangen wurden.

2. Voraussetzungen

Nach § 30 Abs. 2 lit. a S. 1 OWiG kann die Geldbuße im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge (oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung nach § 123 Abs. 1 UmwG) gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Dies gilt auch bei sukzessiven Rechtsnachfolgen.[13]

Zu beachten ist, dass § 30 Abs. 2 lit. a OWiG in bestimmten Fällen nicht anwendbar ist:[14]

- Eine Anwendbarkeit scheidet aus, wenn es zu Abspaltungen oder Ausgliederungen kommt, bei denen der ursprüngliche Rechtsträger fortbesteht, da in diesen Fällen mangels Verlust des Haftungsobjekts kein Bedürfnis für die Anwendung der Rechtsnachfolgenorm besteht.
- Weiterhin gilt diese Rechtsnachfolgeregelung nicht für Einzelrechtsübertragungen, bei denen sich der Rechtsträger einzelner, aber wesentlicher Vermögensgegenstände zugunsten des Erwerbers entledigt (sog. „Asset Deal“).
- Auch die Fälle der Einzelrechtsnachfolge (ein einzelkaufmännisches Unternehmen wechselt in die Rechtsform einer juristischen Person oder Personenvereinigung oder umgekehrt) sind nicht von § 30 Abs. 2 lit. a OWiG erfasst.

In diesen Fällen verbleibt es bei der zuvor erläuterten Rechtslage, die auch schon vor der Gesetzesänderung bestand (Rechtsprechung der „Nahezu-Identität“).[15]

3. Folgen für die Praxis

Da der Gesetzgeber der Meinung war, dass eine „pauschale und ausnahmslose Verantwortlichkeit von Rechtsnachfolgern … nicht in Betracht kommt“[16], hat er, der rechtspolitischen Forderung folgend, nur eine Teilregelung getroffen, die auf viele Umgestaltungsfälle nicht anwendbar ist. Dies hat zur Folge, dass Umgehungsmöglichkeiten vereinzelt immer noch bestehen, zum Beispiel durch Abspaltung, Einzelrechtsübertragungen und Einzelrechtsnachfolge. Die Unternehmen können sich, wenn auch nicht in gleichbleibendem Maße, auf diese Art und Weise immer noch der Buße entziehen.

Zwar äußerte das Bundeskartellamt auch bezüglich der Neuregelung aufgrund dieser Umgehungsmöglichkeiten Kritik[17], jedoch sah die Bundesregierung diesbezüglich keinen weiteren Handlungsbedarf[18], sodass eine entsprechende Modifizierung der Regelung nicht vorgenommen wurde.[19]

4. (Verfassungsrechtliche) Bedenken

Problematisch scheint die Vereinbarkeit des § 30 Abs. 2 lit. a OWiG mit dem Schuldprinzip („nulla poena sine culpa“) und somit mit Verfassungsrecht (Rechtsstaatsprinzip, Art. 1, Art. 20 Abs. 3 GG), wenn der Gesamtrechtsnachfolger im Hinblick auf das Risiko einer Buße

---

[11] BGH, Beschluss vom 10.08.2011 – KRB 55/10 = NJW 2012, 164; *Rogall*, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Auflage 2014, § 30 Rn. 53.
[12] BT-Drucks. 17/11053, S. 26.
[13] *Meyberg*, in: BeckOK OWiG, Edition 8, 2015, § 30, Rn. 44a.
[14] *Rogall*, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rn. 58.
[15] *Rogall*, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rn. 58.
[16] BT-Drucks. 17/11053, S.20.
[17] Bundeskartellamt, in Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz v. 25. Mai 2012 zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung.
[18] BT-Drucks. 17/11053, S. 26, 31.
[19] *Dannecker/N.Müller*, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 18. Kapitel, Rn. 144.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

ahnungslos war und dieses sich im Kaufpreis nicht niedergeschlagen hat. In einer solchen Konstellation scheint eine Sanktionierung des Rechtsnachfolgers nicht nur schwerlich begründbar, sondern auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten problematisch.

Laut Bundeskartellamt steht diese Regelung, da sie weder alle Fälle der Gesamtrechtsnachfolge noch die Einzelrechtsnachfolge im Ganzen erfasse, außerdem im Widerspruch zu europäischem Recht und der europäischen Rechtsprechung („Effet utile", Art. 197 AEUV).[20] Jedoch kann die Rechtsprechung des EuGH in diesen Fällen aufgrund des Verstoßes gegen Verfassungsrecht in Gestalt des Schuldprinzips keine Anwendung finden.

Die Zurückhaltung des Gesetzgebers ist insoweit verständlich, als eine genaue Grenzziehung, ab welchem Ausmaß die Übertragung von Wirtschaftsgütern eine bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des oder der Nachfolger mit sich bringt, kaum möglich ist. Jedoch hätte zumindest der Fall, in dem die einzelnen Wirtschaftsgüter des bebußten Verbands im Wesentlichen vollständig auf eine andere juristische Person oder Personenvereinigung übergegangen sind, gesetzlich geregelt werden können.[21] Dann würde es des Rückgriffs auf die Rechtsprechung des BGH nicht bedürfen.

Somit erfasst § 30 Abs. 2 lit. a OWiG zwar Sachverhalte, bei denen eine Buße gegen den Rechtsnachfolger als „fair" und verhältnismäßig erscheint, nicht, andere dafür schon, bei denen eine Inanspruchnahme des Rechtsnachfolgers jedoch als ungerecht und verfassungsmäßig nicht haltbar erscheint, da sie nicht zu dem von § 30 OWiG bezweckten Ausgleich der unrechtmäßig erlangten Vorteile führt.

V. Das Erfordernis der Einführung einer Unternehmensstrafe

Von der Möglichkeit, Geldbußen gegen juristische Personen zu verhängen, wird insbesondere im Kartellrecht reger Gebrauch gemacht. So soll verhindert werden, dass Unternehmen als Nutznießer des kartellrechtswidrigen Verhaltens den Vorteil aus den rechtswidrigen Taten erhalten, ohne selbst eine Sanktion befürchten zu müssen.[22] Auch in anderen Bereichen, insbesondere dem Korruptions- und Steuerstrafrecht greift die Verbandsgeldbuße zunehmend Platz. Gleichwohl wird das System der Sanktionierung von Unternehmen mit den einzelnen (Anknüpfungs-) Tatbeständen im Ordnungswidrigkeitengesetz als unübersichtlich kritisiert; auch die Anwendung in der Praxis ist nicht unumstritten. Deshalb wird in jüngster Zeit die rechtspolitische Forderung nach einem einheitlichen „Verbandsstrafgesetzbuch" oder einem „Unternehmensstrafrecht" laut, das die Einführung einer Unternehmens*strafe* vorsieht. Zweifelhaft ist jedoch, ob ein solches Bedürfnis in der Praxis wirklich besteht, sieht das geltende Recht doch die Möglichkeit der Verbandsgeldbuße im Ordnungswidrigkeitengesetz und den Verfall des durch die Tat Erlangten vor – Instrumente, die ein abgeschlossenes System der Verbandssanktionierung darstellen, die Unternehmen empfindlich treffen können und damit unter general- und spezialpräventiven Gesichtspunkten eine geeignete Regelung darstellen.[23] Eine Lösung des Problems der Sanktionierung des Rechtsnachfolgers brächte die Einführung einer Unternehmensstrafe im engeren Sinne wohl auch nicht mit sich.

---

[20] *Dannecker/N.Müller*, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 18. Kapitel, Rn. 144.
[21] *Verjans*, in: FS für Schiller, 2014, S. 670.
[22] *Dannecker/N.Müller*, in: Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 18. Kapitel, Rn. 143.
[23] *Szesny*, in: BB 47.2013, 18.11.2013, S. 1.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Einführung und Schulung

IP-Strafrecht

RA Dirk Petri / RA Dr. Christian Schmitz, Köln

IP-Strafrecht – der Schutz geistigen Eigentums

I. Einleitung

Gibt es Eigentum an Gedanken? Ist geistiges Eigentum schützenswert? Oder ist Intellectual Property (IP) nichts anderes als eine moderne *„interessengesteuerte Floskel der Rechteindustrie"*?[1]

Die Strafbarkeit der Verletzung von Intellectual Property reicht bis ins alte Rom zurück. Der Schlüssel zum Ganzen ist im Wort „Plagiat" zu finden. Dieses leitet sich vom *lat.* Begriff *plagium* für Menschenraub ab. Diese Bezeichnung für den *„Diebstahl geistigen Eigentums"* soll wiederum auf den römischen Dichter Martial zurückgehen. Ein Dritter, ein gewisser Fidentinus, hatte sich als Verfasser von Geschichten geriert, die tatsächlich von dem Dichter Martial verfasst worden waren. Daraufhin bezeichnete Martial den Fidentinus öffentlich als *plagiarii*, als Menschenräuber. Denn seine Werke, seine freigelassenen geistigen Kinder, seien durch den Fidentus geraubt und versklavt worden.[2]

Unterschiedliche Auffassungen zu Rechten an geistigem Eigentum sind mithin kein modernes Phänomen. Aber gerade die Sachverhalte der Gegenwart haben aufgrund der erheblichen finanziellen Auswirkungen große Brisanz. So findet sich in der Ausgabe Nr. 37/2015 des Nachrichtenmagazins „Der Spiegel" der Bericht „Wirtschaftskrimi bei SAP". Danach soll nach Aussagen eines ehemaligen Mitarbeiters der größte europäische Sofwarehersteller SAP geistiges Eigentum eines Mitbewerbers in erheblichem Umfang *„geraubt"* haben. SAP spricht hingegen von Erpressung und zeigte den ehemaligen Mitarbeiter an.

Die wirtschaftliche Relevanz hinter Rechtsverletzungen an geistigem Eigentum ist höher denn je. So erklärt sich auch der zunehmende Rückgriff auf das schärfste Schwert im Arsenal des Rechts[3]: das Strafrecht.

Unter den Sammelbegriff IP-Strafrecht fallen sämtliche geistigen Eigentumsrechte. Hierunter sind all die Rechte zu fassen, deren Gegenstand die Ergebnisse geistiger Tätigkeit auf industriellem, wirtschaftlichem, literarischem oder künstlerischem Gebiet sind.[4]

Es wird zwischen den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberecht mit seinen verwandten Schutzrechten differenziert.[5] Gewerbliche Schutzrechte sind das Gebrauchsmuster, der Halbleiterschutz, das Patent und das Sortenrecht als sog. technische Schutzrechte und das Design und die Marke als nichttechnische Schutzrechte. Eine Sonderstellung nimmt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ein, da es sowohl dem Wettbewerbsrecht als auch dem Bereich des gewerblichen Rechtschutzes zuzuordnen ist (vgl. auch § 395 Abs. 1 Nr. 6 StPO). Letztlich dürfte auf die eine oder andere Art auch immer ein Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach dem UWG bei der Verletzung spezifischer geistiger Eigentumsrechte naheliegend sein. Die Straftatbestände sind normiert in § 142 PatG, § 25 GebrMG, § 51 DesignG, §§ 143-144 MarkenG, § 10 HalbISchG, § 39 SortSchG und §§ 106–108b, 111a UrhG und damit in strafrechtlichen Nebengesetzen.

---

[1] Vgl. auch *Gaede* unter: http://meedia.de/2012/04/17/an-die-freunde-gepflegten-mitessertums/ (zuletzt abgerufen am 21.09.2015).
[2] *Schricker* in: Urheberrecht, 3. Aufl., Einl. Rn. 50.
[3] *Kubiciel*, Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik, ZIS 2010, 742.
[4] *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, 1994, S. 22.
[5] *Milde* in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Kap. 9, Rn. 1.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Verstöße gegen die gewerblichen Schutzrechte bzw. das Urheberrecht haben als Produkt- und Markenpiraterie mit einer erheblichen Dunkelziffer einen beachtlichen Anteil an der Wirtschaftskriminalität in Deutschland.[6] Gleiches gilt für die wirtschaftlichen Auswirkungen der Urheberrechtsverletzungen. Die Business Software Alliance bezifferte bereits im Jahr 2007 alleine den Schaden durch Softwarepiraterie in Deutschland auf annähernd zwei Milliarden Euro.[7] Die bestehenden Verfahren bzw. Methoden zur Einschätzung des Gesamtvolumens des Piraterieaufkommens erscheinen jedoch generell eher unzureichend und befinden sich noch in einer Phase der methodischen Weiterentwicklung. Aus diesen Gründen sind auch die Ergebnisse der im Rahmen von Studien durchgeführten Erhebungen mit gewissen Unsicherheitsfaktoren behaftet und können allenfalls nur Näherungswerte des „wahren" Ausmaßes sein.[8]

Das IP-Strafrecht weist eine erhebliche Schnittmenge mit der Computer-, Internet- und Datenkriminalität insgesamt auf. Bei Sachverhalten aus dem Bereich IP-Strafrecht ist daher regelmäßig auch das IT- und Datenschutzstrafrecht bzw. das Multimediarecht mitbetroffen. Entsprechend sind hier auch die Straftaten gegen die Vertraulichkeit, Unversehrtheit und Verfügbarkeit von Computerdaten und -systemen (§§ 202a, 202b, 202c, 303a, 303b, 317 und 206 StGB) und der computerbezogenen Delikte (§§ 263a, 265a, 268, 269, 274 StGB) von übergeordneter Bedeutung.

Insgesamt ist seit dem Streit um sog. *file*-Tauschbörsen wie Napster das Thema Urheberrecht und Internet in das Bewusstsein nicht nur interessierter Juristen, sondern einer breiten Öffentlichkeit geraten. Das Internet hat sich zu dem zentralen Medium entwickelt, über das in erster Linie Angriffe auf geistiges Eigentum stattfinden. Grund hierfür ist die Digitalisierung des *Content*, also der Informationsinhalte, die wiederum Angriffe und das *Hacken* vereinfachen. Urheberrechtliche Fragen spielen auch bei Angriffen auf Homepages eine zentrale Rolle.[9] Ebenso bedeutsam für das IP-Strafrecht aber auch für die EU-rechtliche Warenverkehrsfreiheit und den Urheberrechtsschutz sind die jeweiligen Normen des nationalen Strafrechts der EU-Mitgliedsstaaten.[10]

Der Beitrag befasst sich im ersten Schritt mit einer Auswahl der „klassischen" IP-Straftatbestände, um sodann die gemeinsamen verfahrensrechtlichen Besonderheiten zu erläutern. Abgerundet wird der Beitrag mit Hinweisen zu Präventionsmöglichkeiten für betroffene Unternehmen.

II. Ausgewählte IP-Straftatbestände

Exemplarisch wird nachfolgend auf das Markenrecht als nicht technisches Schutzrecht, auf das Patentrecht als technisches Schutzrecht und das Urheberrecht als gewerbliches Schutzrecht *sui generis* eingegangen.

1. Gemeinsamkeiten

Für alle Straftatbestände liegt die Obergrenze des Strafrahmens bei drei Jahren (außer § 108b Abs. 1 UrhG). Damit ist zwar noch nicht der für Diebstahl, Betrug oder Steuerhinterziehung angesetzte Rahmen von fünf Jahren erreicht, wie es im Bestreben einer Gleichbehandlung von sächlichem und geistigem Eigentum gefordert worden war. Dennoch ist mit dieser Strafandrohung, die etwa auch beim Kreditbetrug oder Wucher angesetzt ist und die den Rahmen etwa der Sachbeschädigung (zwei Jahre) übertrifft, deutlich gemacht, dass die Verletzung geistigen Eigentums nicht zum Bereich der Bagatellkriminalität zählt. Dementsprechend enthalten die bundeseinheitlichen Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) Kriterien zur Bewertung des (besonderen) öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung.[11]

---

[6] Vgl. zur Dunkelziffer *Möller* in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 17, Rn. 1.
[7] Fifth Annual BSA und IDC Global Software Piracy Study, 2007, S. 5.
[8] Vgl. Forschungsbericht Nr. 579 des BMWI „Die volkswirtschaftliche Bedeutung geistigen Eigentums und dessen Schutzes mit Fokus auf den Mittelstand" (Stand 2009) unter https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Dokumentationen/forschungsbericht-579,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf (zuletzt abgerufen am 21.09.2015).
[9] *Scheffler* in: Kilian/Heuser, Computerrecht | Urheberrecht, Rn. 3.
[10] BGH GRUR 2013, 62 (Fall *„Donner"*).
[11] *Gruhl* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 55, Rn. 128.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Die Möglichkeit, dass ein Strafe aussprechendes Urteil als dessen Nebenfolge durch Presseveröffentlichungen bekannt gemacht wird, ist ebenfalls einheitlich geregelt und von zentraler Bedeutung (vgl. § 111 UrhG, § 144 Abs. 5 MarkenG sowie jeweils Abs. 6 der § 142 PatG, § 25 GebrMG, § 51 DesignG, § 10 HalblSchG, § 39 SortSchG, § 143 MarkenG).

Die Begrenzung des Regelstrafrahmens auf drei Jahre findet dadurch Ausgleich, dass für alle Schutzrechte ein qualifizierter Tatbestand für schwerwiegende Schutzrechtsverletzungen besteht, durch den sich die Höchststrafe auf 5 Jahre erhöht (§ 108b UrhG: 3 Jahre). Eine Mindeststrafe sieht nur § 143 Abs. 2 MarkenG vor. Denn der Gesetzgeber hat mit Wirkung zum 17.10.2013 die Tatbestandsqualifikation des § 143 Abs. 2 MarkenG geändert und sieht nunmehr eine Mindeststrafe von drei Monaten bis zu 5 Jahren vor. Sämtliche Qualifikationstatbestände stellen auch die Gewerbsmäßigkeit unter Strafe (vgl. §§ 108a, 108b Abs. 3 UrhG und jeweils Abs. 2 der § 142 PatG, § 25 GebrMG, § 10 HalblSchG, § 51 DesignG, § 39 SortSchG); seit der Gesetzesänderung sanktioniert § 143 Abs. 2 MarkenG zudem das Handeln als Mitglied einer Bande. Denn, so die Beschlussempfehlung vom 26.06.2013[12], Produkt- und Markenpiraterie wird überwiegend durch Zusammenschlüsse von Personen oder Vereinigungen betrieben. Die einzelnen Mitglieder können so unter die strafschärfende Begehungsform der Bande subsumiert werden. Sowohl der Begriff der Gewerbsmäßigkeit als auch der Begriff der Bande knüpfen an die Straftatbestände des Kernstrafrechts an (vgl. bspw. §§ 243 Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB).

Bei sämtlichen Schutzrechten ist inzwischen auch der Versuch strafbar (§§ 108 Abs. 2, 108a Abs. 2 UrhG und jeweils Abs. 3 der § 142 PatG, § 25 GebrMG, § 10 HalblSchG, § 51 DesignG, § 39 SortSchG, § 143 MarkenG). Die Sanktionierung des Versuchs ist für den gesamten Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (erst) mit dem Produktpirateriegesetz zum 01.07.1990 eingeführt worden.[13] Bis dahin existierte eine Versuchsstrafbarkeit lediglich bei einer gewerbsmäßigen Urheberrechtsverletzung nach § 108a UrhG. Nach der Gesetzesbegründung sei eine effektive Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen nur durch Einführung eines allgemein strafbaren Versuchs gewährleistet.[14]

2. Markenrecht

Mit dem ab dem 1.1.1995 geltenden Markengesetz ist das deutsche Markenrecht grundlegend reformiert und vereinheitlich worden. Insbesondere sind sämtliche Kennzeichenrechte in das Markengesetz mit einbezogen worden, die vorher teilweise im UWG (vgl. §§ 3, 4 und 16 UWG a.F.) geregelt waren. Demgemäß enthält das Markengesetz nunmehr die abschließende und vollständige Regelung des Markenstrafrechts.[15]

Wirtschaftlich erfolgreiche Erfindungen und andere Innovationen, die sich auf dem Markt durchsetzen, finden häufig Nachahmer. Ein effektives Vorgehen gegen Plagiate und Imitationen ist nicht zuletzt auch im Interesse der Deutschen Wirtschaft im Hinblick auf die Standortsicherung geboten. Das mit Hauptsitz in München ansässige Deutsche Marken- und Patentamt (DPMA) ist als eine dem BMJ nachgeordnete Zentralbehörde damit befasst, Schutzrechte für technische und gewerbliche Innovationen zu erteilen, einzutragen, zu verwalten und zu veröffentlichen. Im Jahre 2013 wurden dort 60.161 Markenanmeldungen verzeichnet. Die Boehringer Ingelheim International GmbH war die Anmelderin mit den meisten Eintragungen (138), gefolgt von der Deutschen Telekom (84) und der Vodafone GmbH (67).[16]

Die Straftatbestände sind in den §§ 143, 144 MarkenG normiert. Es handelt sich um *„unechte Sanktionsblankett(straf)tatbestände"*, so dass der objektive Tatbestand der strafrechtlichen Norm mit dem korrespondierenden zivilrechtlichen Tatbestand identisch ist.[17] Unter Strafe ist nur vorsätzliches Handeln gestellt. Bei der strafrechtlichen Bewertung, ob Vorsatz bejaht werden kann, sind die umfassenden Prüfungspflichten des Handelnden zu hinterfragen. Angesichts der in jüngster Zeit bekannt gewordenen Häufung von Markenpirateriefällen ist der Herkunft der Waren besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Sollten sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ernsthafte Zweifel an der Herkunft der Waren an-

[12] BT-Drucks. 17/14220 S. 2.
[13] BT-Drucks. 11/4792.
[14] Wie vor S. 24.
[15] Vgl. *Ebert-Weidenfeller* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 11. Teil, 4. Kap., Rn.8.
[16] Vgl. *Milde* in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Kap. 9, Rn. 3.
[17] *Maske-Reiche* in: MüKo-StGB, § 143 MarkenG, Rn. 77.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

gebracht sind, so treffen den Erwerber zusätzliche Nachforschungspflichten.[18] Die zivilrechtlichen Ansprüche bestehen hiervon allerdings unabhängig auch bei Fahrlässigkeit (vgl. §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG) oder aber verschuldensunabhängig (vgl. §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4, 18 ff. MarkenG).

Kern des Markenstrafrechts ist die Kennzeichenverletzung in Form der Verletzung von eingetragenen Marken und geschäftlichen Bezeichnungen nach § 143 MarkenG sowie der Gemeinschaftsmarke nach § 143a MarkenG. Weiterhin die Verletzung geographischer Herkunftsangaben nach § 144 MarkenG. Darüber hinaus werden einzelne Handlungen minderen Unrechts betreffend des Missbrauchs von Wappen, Flaggen u.a. sowie der Verletzung bestimmter Mitwirkungs- und Auskunftspflichten als Bußgeldvorschrift nach § 145 MarkenG sanktioniert.

Geschütztes Rechtsgut der Strafvorschriften ist – ebenso wie der spiegelbildlichen zivilrechtlichen Schutzvorschriften – in erster Linie das förmliche und sachliche Markenrecht und die sachliche geschäftliche Bezeichnung zur Gewährleistung des Ausschließlichkeitsrechts des Inhabers.[19]

3. Patent- und Gebrauchsmusterrecht

Das Patent- und Gebrauchsmusterrecht schützt Erfindungen auf technischem Gebiet. Die Erteilung eines nationalen Patents setzt die Anmeldung der Erfindung beim DPMA gem. § 34 Abs. 1 PatG vom 16.12.1980 voraus. Als Gebrauchsmuster werden nach § 1 Abs. 1 GebrMG vom 28.8.1986 Erfindungen geschützt, die neu sind, auf einem erfinderischen Schritt beruhen und gewerblich anwendbar sind. Anders als bei Patenten ist der Prüfungsumfang im Eintragungsverfahren im Hinblick auf die materiellen Schutzvoraussetzungen beschränkt, da das DPMA die Schutzvoraussetzungen Neuheit, erfinderischer Schritt und gewerbliche Anwendbarkeit nicht prüft (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 GebrMG).

a) Das Patent

Das Patent stellt das wichtigste technische Schutzrecht dar. Es gewährt Schutz auf nationaler Ebene und gilt nur in dem Land, in dem es weltweit erteilt wird (Territorialprinzip). Das DPMA hat im Jahr 2012 insgesamt 63.158 Patentanmeldungen verzeichnet. Mit 4.144 Anmeldungen ist die Robert Bosch GmbH das Unternehmen mit den meisten Anmeldungen in 2013, gefolgt von der Schaeffler Technologies AG & Co. KG (2.100) und sodann der Daimler AG (1.854).[20]

Hingegen hat das DPMA im Jahr 2012 „nur" 15.427 Gebrauchsmusteranmeldungen verzeichnet. Grund hierfür dürfte der geringere Schutz bzw. Rechtssicherheit im Rahmen der gesetzlichen Gewährungen sein. Andererseits dürften insbesondere Einzelerfinder sowie kleine und mittelständische Unternehmen auf die Gebrauchsmuster zurückgreifen, da dies im Anfangsstadium weniger Kosten verursacht und dennoch zu einem durchsetzbaren Schutzrecht führt.[21] Letztlich dürfte dies aber zu Lasten der Rechtssicherheit und des Wettbewerbs des innovativen Mittelstandes gehen. Denn der Mittelstand verfügt in der Regel auch nicht über die erforderliche IT-Infrastruktur, um sich vor Cyberattacken und Hackerangriffen zu schützen, um so dem internetgesteuerten Abfluss von geistigem Eigentum zu begegnen.

Hinzu kommt, dass das PatG es dem Wettbewerb besonders leicht macht, auf die zentralen Köpfe der Entwicklungsabteilungen in unlauterer Weise Zugriff zu nehmen. Denn das PatG sieht in § 37 Abs. 1 PatG für das Patentregister voraus, das innerhalb von 15 Monaten nach dem Anmeldetag der Erfinder zu benennen ist. Nach § 63 PatG ist auf der Offenlegungsschrift (§ 32 Abs. 2 PatG), auf der Patentschrift (§ 32 Abs. 3 PatG) sowie in der Veröffentlichung der Erteilung des Patents (§ 58 Abs. 1 PatG) der Erfinder zu nennen. Die Nennung ist im Register (§ 30 Abs. 1 PatG) zu vermerken. Bereits während des Anmeldeverfahrens steht praktisch jedermann Akteneinsicht zu (§ 31 Abs. 2 PatG). Es ist daher aufgrund der Gesetzeslage gängige Praxis kreative Köpfe „abzuwerben". An dieser Stelle greift dann

[18] *Maske-Reiche* in: MüKo-StGB, § 143 MarkenG, Rn. 76.
[19] Vgl. *Kaiser* in: Erbs/Kohlhass § 143 MarkenG, Rn. 2.
[20] Vgl. *Milde* in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Kap. 9, Rn. 58.
[21] Vgl. *Milde* in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Kap. 9, Rn. 73.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

regelmäßig § 17 UWG als wettbewerbsstrafrechtliche Sondernorm unter dem Gesichtspunkt des gewerblichen Rechtsschutzes ein.

§ 142 PatG enthält die zentrale Strafvorschrift innerhalb des Patentgesetzes. Der objektive Tatbestand der Patentverletzung im strafrechtlichen Sinne entspricht auch hier den wichtigsten zivilrechtlichen Tatbeständen, wie die ausdrückliche Verweisung auf § 9 Satz 2 Nr. 1-3 PatG verdeutlicht. In ihrer jetzigen Fassung wurde die Norm durch das Produktpirateriegesetz vom 07.03.1990[22] mit Wirkung zum 01.07.1990 eingefügt. Der Schutzumfang bezieht sich nicht nur auf nationale Patente, sondern auch auf europäische Patente mit Schutzerstreckung auf Deutschland und ergänzende Schutzzertifikate (vgl. §§ 16a, 49a PatG). Strafbar ist nach § 142 PatG jede Beeinträchtigung des mit der Patenterteilung geschaffenen ausschließlichen Rechts des Patentinhabers, also jede Benutzung des Produkts oder Verfahrens, das Gegenstand des Patents ist, ohne Zustimmung des Rechteinhabers.

Strafbar ist nur die vorsätzliche Patentverletzung. Bedingter Vorsatz genügt. Wegen des Ausschlusses der Strafbarkeit von fahrlässigen Patentverletzungen war es auch überflüssig, die in § 9 Satz 2 Nr. 2 PatG formulierte positive Kenntnis bzw. Offensichtlichkeit, *„dass die Anwendung des Verfahrens ohne Zustimmung des Patentinhabers verboten ist"*, in den Straftatbestand des § 142 PatG zu übernehmen; denn diese Kenntnis vom bestehenden Patent ist bereits Voraussetzung für alle strafbaren Begehungsformen einer Patentverletzung. Vorsatz bedeutet nämlich Kenntnis aller Tatbestandsmerkmale, wobei der Fall der Offensichtlichkeit trotz fehlender positiver Kenntnis im Rahmen des bedingten Vorsatzes ebenfalls erfasst sein dürfte.[23]

b) Das Gebrauchsmuster

§ 1 GebrMG verdeutlicht, dass der Schutzbereich des Gebrauchsmusters dem des Patents nahezu entspricht, weshalb das Gebrauchsmuster auch als *„kleines Patent"* bezeichnet werden kann. Der wesentliche Unterschied zum Patent liegt darin, dass das Gebrauchsmuster nur bis zu 10 Jahre ab Anmeldung geschützt werden kann (§ 23 Abs. 1 GebrMG); hingegen kann das Patent bis zu 20 Jahre geschützt werden (§ 16 Abs. 1 Satz PatG). Es gibt auch keine europäische oder internationale Gebrauchsmusteranmeldung. Auch erfolgt seitens des DPMA keine Prüfung dahingehend, ob überhaupt ein schutzfähiges Muster vorliegt. Denn bereits die ordnungsgemäße Anmeldung gem. § 4 GebrMG führt zur Eintragung und Entstehung des Schutzrechts (§ 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 GebrMG). Demgemäß erfolgt aber auch die Eintragung des Gebrauchsmusters deutlich schneller als die eines Patents.

Der Straftatbestand findet sich in § 25 GebrMG. Wegen der engen Verwandtschaft des Gebrauchsmusters zum Patent decken sich die Tatbestände weitgehend. In ihrer jetzigen Fassung wurde die Norm ebenfalls durch das Produktpirateriegesetz vom 07.03.1990[24] mit Wirkung zum 01.07.1990 eingefügt. Der zentrale Unterschied zu § 142 Abs. 1 PatG besteht darin, dass inzident die Prüfung der tatsächlichen Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters im Rahmen des objektiven Tatbestands zu erfolgen hat. Daraus folgt, dass die Ermittlungsbehörden zu prüfen haben, ob ein schutzfähiges Muster nach §§ 1 ff. GebrMG vorliegt. Anlässlich der Erstattung einer Strafanzeige ist es ratsam, bereits ein entsprechendes Sachverständigengutachten mit zur Akte zu reichen; ergänzend bzw. alternativ kann es sich anbieten, die Frage vorab durch ein Zivilgericht klären zu lassen und das Ermittlungs- bzw. Strafverfahren so lange auszusetzen (vgl. § 19 GebrMG i.V.m. § 262 Abs. 2 StPO bzw. § 154d StPO).

4. Urheberrecht

Das Urheberstrafrecht ist lange wie das „Aschenputtel" des Urheberrechts behandelt worden.[25] So endete die Rechtsprechung zum Urheberstrafrecht mit der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 07.03.1916.[26] Dies änderte sich erst mit der zunehmenden Online-, Software und Videopiraterie insbesondere im Hinblick auf die sog. *Filesharing*-Fälle[27] bzw.

---

[22] BGBl. I, S. 422.
[23] *Nentwig* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 11. Teil, 2. Kap., Rn. 54.
[24] BGBl. I, S. 422.
[25] *Nordemann* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 11.Teil, 1 Kap., Rn. 3.
[26] RGSt 49, 432.
[27] Vgl. KG ZUM-RD 2006, 273; OLG Hamburg ZUM 2009, 414 (zu Hyperlinks).

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Streaming-Fälle und die sog. Kino.to-Entscheidung des LG Leipzig[28]. Allerdings dürfte das reine Betrachten eines *Videostreams* keine Urheberrechtsverletzung (vgl. §§ 44a, 53 UrhG) begründen.[29]

Im Hinblick auf die (straf-)rechtliche Verantwortlichkeit von sog. *Filehostern*, welche Speicherplatz im Internet zur Verfügung stellen, soll nach der vielbeachteten Entscheidung des BGH[30] vom 12.07.2012 in Sachen *Rapidshare* es für den Gehilfenvorsatz nicht ausreichen, wenn der *Filehoster* nur von gelegentlichen Rechtsverletzungen seiner Nutzer ausgeht; erforderlich soll vielmehr eine konkrete Kenntnis von drohenden Haupttaten sein. Für die Rechteinhaber ist die Entscheidung mehr als unbefriedigend. Bei der Erstattung von Strafanzeigen ist daher besonderes Gewicht auf die Darstellung der positiven Kenntnis zu legen. Aber auch wenn Kenntnis nicht nachweisbar ist, so kann durch den strafrechtlichen Vorwurf einer vorsätzlichen Tatbegehung, die Störerhaftung für das Unterlassungsbegehren als *„wesensgleiches Minus"* gegen das verletzende Unternehmen begründet werden. Dies bietet den Vorteil, dass der Nachweis eines Verschuldens des in Anspruch Genommenen nicht erforderlich ist.[31]

Massiv ist auch die Games- und Softwareindustrie von Urheberrechtsverletzungen betroffen. Für Computerprogramme bestimmt § 69a Abs. 3 UrhG, dass diese dem Urheberrechtsschutz unterliegen, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere nicht qualitative oder ästhetische, anzuwenden. Der Schutz von Computerprogrammen ist damit schon auf relativ niedrigem Schöpfungsniveau gegeben. Nach der jüngsten „2011 Piracy Study" der BSA beträgt die Raubkopierate in Deutschland 26 %, der entgangene Umsatz alleine in Deutschland belief sich auf 2,26 Mrd. US$. Weltweit entgehen den Herstellern 63,4 Mrd. US$ Umsatz – Geld, das also für neue Arbeitsplätze sowie für Forschung und Entwicklung nicht mehr zur Verfügung steht. Für kleine und innovative Software-Häuser können diese Urheberrechtsverletzungen existenzgefährdend sein.[32]

Die Film- und Videobranche hat sich im Hinblick auf die Bedrohungslage in der Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen e. V. (GVU) mit Sitz in Berlin zusammengeschlossen. Soweit für Filmtitel noch keine Videorechte vergeben wurden, übt die Schutzrechte der Verband der Filmverleiher in Wiesbaden aus. In diese Zusammenarbeit ist die GEMA in München mit einbezogen. Die GVU hat eine eigene Abteilung zur Ermittlung von Urheberrechtsverletzungen für solche Fälle und unterstützt proaktiv die Ermittlungsbehörde im Rahmen von privaten Ermittlungen und anlässlich der Erstattung von Strafanzeigen.[33]

Der strafrechtliche Schutz der Urheberrechte ist in den §§ 106 ff. des UrhG geregelt. Daneben definiert § 111a UrhG einen Bußgeldtatbestand. Wesentlich ist, dass der Grundtatbestand des § 106 Abs. UrhG ausgeschlossen wird, wenn eine sog. Schrankenregelung vorliegt, zu denen die Normen der §§ 44a ff., 69a ff. und 87c UrhG gehören. In diesen Fällen wird nicht unzulässiger Weise in ein fremdes Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht oder das Recht auf öffentliche Wiedergabe eingegriffen. Von besonderer praktischer Relevanz im Rahmen der Schrankenregelungen ist § 53 UrhG, der Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch gestattet, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwebszwecken dienen und soweit nicht eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird (sog. Privatkopie).

Rechtspolitisch ist der Einsatz des Strafrechts gegen Urheberrechtsverletzungen im großen Stil, die zunehmend dem Bereich organisierter Kriminalität zuzuordnen sind, notwendig. Dagegen sollte der Einsatz des Strafrechts gegen den Endabnehmer, der Urheberrechtsverletzungen im privaten Bereich begeht, unterbleiben.[34] Dabei ist ersichtlich, dass der zivilrechtliche Schutz des Urheberrechts insgesamt weiter geht als der strafrechtliche. Während in den §§ 97 ff. UrhG umfassende zivilrechtliche Unterlassungs-, Schadensersatz- und

[28] LG Leipzig ZUM 2013, 338.
[29] Vgl. BT-Drucks. 18/195, zu den Konsequenzen aus der Abmahnwelle gegen Nutzerinnen und Nutzer des Videostream-Portals Redtube.com; vgl. hierzu auch die Abhilfeentscheidung LG Köln MMR 2014, 193.
[30] BGH MMR 2013, 185
[31] Zu den Voraussetzungen der Störerhaftung: *Hoeren* in: Hoeren/Sieber, Mulitmedia-Recht, Teil 18.2., Rn. 18.
[32] www.globalstudy.bsa.org/2011 (zuletzt abgerufen am 11.09.2015).
[33] www.gvu.de.
[34] *Heinrich* in: MüKo-StGB, § 106 UrhG, Rn. 28 m.w.N.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

sonstige Ansprüche gegen jede Form der Verletzung vorgesehen sind, werden strafrechtlich in erster Linie die urheberrechtlichen Verwertungsrechte geschützt. Wegen der Verweisung aus den strafrechtlichen in die zivilrechtlichen Vorschriften des UrhG wird auch vom „Primat des Zivilrechts" gesprochen.[35]

Mittels der Erstattung von Strafanzeigen kann aus Sicht des betroffenen Unternehmens das Strafrecht zur Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche aus den §§ 97 ff. UrhG zielführend eingesetzt werden. Die hiergegen vorgebrachte Kritik[36] der Instrumentalisierung des Strafverfahrens überzeugt nicht, da die gesamtwirtschaftlichen Schäden immens sind und es wettbewerbsrechtlich auch den Abfluss von geistigem Eigentum im öffentlichen Interesse zu verhindern gilt. Hinzu kommt, dass neben den „klassischen" urheberrechtlichen Straftatbeständen in der Vielzahl der Fälle auch Straftaten aus dem Kernstrafrecht und damit Offizialdelikte, wie der Angestelltenbestechung, der Offenbarung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Betrug und Urkundenfälschung ebenso wie Steuerstraftaten, in Betracht kommen.

III. Besonderheiten des Verfahrens

Das strafprozessuale Verfahren bei den unterschiedlichen Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums erfolgt nach einem gleichlaufenden Muster. Abweichungen von diesem finden sich insbesondere bei den Delikten des UWG. Der Gesetzgeber reagiert damit auf die zusätzliche bzw. abweichende Schutzrichtung und den erhöhten Unrechtswert bei Verstößen in diesem Bereich. Während es bei den Delikten aus dem „klassischen" IP-Strafrecht um den Schutz des Ausschließlichkeits- bzw. Verwertungsrechts des Berechtigten geht[37], soll im UWG zusätzlich die Redlichkeit des Wettbewerbs geschützt und der insoweit unredliche Eingriff in Unternehmen besonders geahndet werden.[38]

Bei allen nebenstrafrechtlichen Tatbeständen zum Schutze des geistigen Eigentums stellen sich die gleichen strafprozessualen Fragen. Typische Konstellationen, die angesichts der stark zunehmenden Anzahl von Verfahren aus diesem Bereich, häufiger relevant werden.

1. Zuständigkeit

Für Straftaten aus dem Bereich „IP-Strafrecht" sind gemäß § 74c Abs. 1 Nr. 1 GVG die Wirtschaftsstrafkammern zuständig. Dies gilt soweit solche Verfahren erstinstanzlich einer großen Strafkammer zufallen, § 74 GVG. Da aufgrund der verhältnismäßig geringen Strafandrohung bei diesen Delikten wohl seltener die erforderliche Straferwartung von über vier Jahren die erstinstanzliche Anklage zum Landgericht rechtfertigen dürfte, ist eher § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG Hauptanwendungsfall der „Kammerzuständigkeit". Hiernach klagt die Staatsanwaltschaft u. a. wegen besonderen Umfangs und Komplexität der Sache zum Landgericht an.

In der Berufungsinstanz – nach erstinstanzlichem Verfahren bei Strafrichter oder Schöffengericht (ggf. auch nach Einspruch gegen den Strafbefehl) – ist ebenfalls die Wirtschaftsstrafkammer zuständig. Eine abweichende Regelung ist auch in der zweiten Tatsacheninstanz nicht statthaft.[39]

Die Zuständigkeit innerhalb der Staatsanwaltschaften richtet sich durch entsprechende Ausgestaltung der Geschäftsverteilungspläne nach der gerichtlichen Zuweisung. Die Führung der Ermittlungsverfahren obliegt daher den Wirtschaftsabteilungen der Staatsanwaltschaften. Innerhalb dieser haben größere Staatsanwaltschaften wiederum eine gesonderte Zuweisung für Ermittlungen im Bereich der typischen IP-Straftaten. Es ist wiederholt zu beobachten, dass sich ein „Spezialdezernent" der Abteilung Verfahren aus diesem Segment annimmt. Teilweise sieht die interne Geschäftsverteilung aber auch schon eine Spezialzuständigkeit mehrerer Staatsanwälte vor. Treffen Vermögensdelikte mit denen des IP-Strafrechts zusammen, wird regelmäßig nach dem Schwergewicht der verdächtigen Taten bewertet. Ansprechpartner bleibt in jedem Fall die Wirtschaftsabteilung.

---

[35] *Heinrich* in: MüKo-StGB, § 106 UrhG, Rn. 29 m.w.N.
[36] *Dreier* in: Dreier/Schulze UrhG, § 106 Rn. 2.
[37] Bspw. *Kaiser* in: Erbs/Kohlhaas, MarkenG § 143, Rn. 2; *Dreier* in Dreier/Schulze UrhG, § 106, Rn. 5.
[38] BGHSt. 13, 333, 335; siehe auch *Diemer* in: Erbs/Kohlhaas UWG § 17, Rn. 1.
[39] Vgl. zum Berufungsverfahren: OLG Stuttgart MDR 1982, 252.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

2. Strafantrag

Die Strafverfolgung bei Verletzungen des geistigen Eigentums erfolgt grundsätzlich auf Antrag (vgl. §§ 77 ff. StGB) oder im Falle der Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses von Amts wegen durch die Staatsanwaltschaft. Dies gilt einheitlich für die Grunddelikte der jeweiligen Strafnormen (§ 142 Abs. 4 des PatentG, § 25 Abs. 4 des GebrMG, § 10 Abs. 4 des HalblSchG, § 39 Abs. 4 des SortschG, § 143 Abs. 4 des MarkenG, § 51 Abs. 4 des DesignG, , § 109 des UrhG, §§ 17 Abs. 5, 18 Abs. 4, 19 Abs. 4 UWG). Auch die Bewertung, wann ein besonderes öffentliches Interesse anzunehmen ist, erfolgt nach einem einheitlichen Leitfaden. Nr. 261a RiStBV weist die Staatsanwaltschaften für Straftaten nach den Gesetzen zum Schutze des geistigen Eigentums konkret an, in welchen Fällen die Strafverfolgungsorgane auch ohne Strafantrag Ermittlungen führen sollen. Namentlich besteht ein solches Interesse, wenn der Täter einschlägig vorbestraft ist, ein erheblicher Schaden droht oder eingetreten ist, die Tat den Verletzten in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht oder die öffentliche Sicherheit oder die Gesundheit der Verbraucher gefährdet ist.

Leicht abweichend wird das besondere öffentliche Interesse bei den zusätzlich den Wettbewerb schützenden Straftaten des UWG statuiert. Nach Nr. 260a Abs. 1 RiStBV soll ein solches schon anzunehmen sein, wenn es sich bei der Tat um ein planvoll gegen mehrere gerichtetes Vorgehen gehandelt hat oder – in Abweichung zur einschlägigen Vorverurteilung – eine Vorstrafe in (auch) anderweitigen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts vorliegt. Der theoretisch weitere Anwendungsbereich wird in der praktischen Behandlung wohl kaum zu spüren sein.

Will man sich auf Ermittlungen von Amts wegen nicht verlassen, gilt es Fristen im Auge zu behalten. Grundsätzlich muss der Strafantrag gemäß § 77b StGB innerhalb von drei Monaten seit Kenntnis von der Tat und der Person des Täters gestellt werden. Die Frage, wann vollständige Kenntnis im Sinne der Norm vorgelegen hat, liefert in den zumeist komplexen Sachverhalten und dem regelmäßig sukzessiven Erkenntnisgewinn sicherlich einen erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. § 77b Abs. 2 S. 1 StGB). Strafantragberechtigt ist nach § 77 Abs.1 StGB der Verletzte, somit grundsätzlich der Marken-[40], Patent-[41], also der Verwertungsberechtigte.

Um ein Offizialdelikt handelt es sich hingehen, wenn der Verdacht einer „qualifizierten" Verletzung des geistigen Eigentums besteht. Mit Ausnahme des UWG, welches die gewerbsmäßige Begehung rechtlich als (einen) besonders schweren Fall bewertet (vgl. Nr. 260a Abs. 2 RiStBV), verfügen alle sonstigen Straftatbestände über eine Qualifikation, die bei objektiv und subjektiv gewerbsmäßiger Begehung erfüllt ist. Besteht Anfangsverdacht auch in Bezug auf die Gewerbsmäßigkeit, sind Ermittlungen von Amts wegen zu führen. Ein Strafantrag oder ein besonderes Interesse sind nicht erforderlich.

3. Privatklage

Alle Straftaten nach den Gesetzen zum Schutze des geistigen Eigentums sind privatklagefähig und können vom Verletzten auf diesem Wege eigenständig verfolgt werden. Gemäß § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO gilt dies für die *„§ 142 Abs. 1 des Patentgesetzes, § 25 Abs. 1 des Gebrauchsmustergesetzes, § 10 Abs. 1 des Halbleiterschutzgesetzes, § 39 Abs. 1 des Sortenschutzgesetzes, § 143 Abs. 1, § 143a Abs. 1 und § 144 Abs. 1 und 2 des Markengesetzes, § 51 Abs. 1 und § 65 Abs. 1 des Designgesetzes, den §§ 106 bis 108 sowie § 108b Abs. 1 und 2 des Urheberrechtsgesetzes (und § 33 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie)"*; nach Nr. 7 ferner für Straftaten der §§ 16 - 19 UWG.

Dies bedeutet, besteht kein (weiteres) öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, verweisen die Staatsanwaltschaften den verletzten Anzeigeerstatter auf eine Verfolgung ohne staatliche Unterstützung. Wann öffentliches Interesse anzunehmen ist, wird wiederum in den Strafverfahrensrichtlinien festgelegt. Hohe Anforderungen werden jedoch nicht statuiert. So soll ein öffentliches Interesse in der Regel bestehen und nur dann zu verneinen sein, wenn lediglich geringfügige Schutzrechtsverletzung vorliegen, Nr. 261 RiStBV (mit den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten vgl. Nr. 260 RiStBV).

---

[40] Vgl. *Fezer* in: Erbs/Kohlhaas MarkenG, § 143, Rn. 36.
[41] Vgl. *Kühnen* in: Erbs/Kohlhaas PatenG, § 142, Rn. 10.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Verneint die Staatsanwaltschaft trotz der geringen Anforderungen ein öffentliches Interesse, verweist sie die Sache gemäß Nr. 87 Abs. 1 RiStBV auf den sog. Privatklageweg. Eine Ausnahme zur sofortigen Verweisung sieht die RiStBV in Abs. 2 vor. Hiernach soll eine Verweisung zunächst unterbleiben, wenn der Verletzte die Straftat nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten selbstständig aufklären könnte. In diesem Fall soll die Staatsanwaltschaft die erforderlichen Ermittlungen unternehmen, bevor sie den (unterstützten) Verletzten auf die Privatklage verweist. Die Kenntnis dieser äußerst geschädigtenfreundlichen Richtlinie hilft möglicherweise bei der Argumentation gegenüber wenig verfolgungseifrigen Behörden. Die Anwendung scheint angesichts der Auslastung der Justiz und den unscharfen Trennlinien bei der Bewertung des öffentlichen Interesses gleichwohl wenig praxisrelevant.

4. Nebenklage

Die Befugnis zur Nebenklage besteht bei allen Straftaten zum Schutze des geistigen Eigentums. § 395 Abs. 1 Nr. 6 StPO zählt diese in ihrer Gesamtheit auf. Der Begriff des Verletzten deckt sich mit der Verletzteneigenschaft der Strafantragsberechtigung nach § 77 StGB[42], wonach der Träger des durch die Tat unmittelbar verletzten Rechtsguts, also derjenige, in dessen Rechtskreis eingegriffen worden ist, berechtigt ist.[43] Das ist unproblematisch der Inhaber des Ausschließlichkeits- oder Verwertungsrechts. In Zweifelsfällen wird eine weite Auslegung praktiziert. Wer jedoch im Einzelfall als Verletzter angesehen wird, ist anhand einer Auslegung des Schutzbereichs des jeweiligen Straftatbestandes zu bestimmen.[44]

5. Folgen der Verurteilung / Adhäsionsverfahren

Neben dem eigentlichen Strafverfahren bzw. der dort ausgeurteilten Strafe kommen zwei weitere Folgen besonders in Betracht – hier sind die Tatbestände des UWG ausgenommen.

Zum einen die bereits erwähnte Veröffentlichung der Verurteilung (vgl. Aufzählung unter II. 1.). Dieses besondere Sanktionsmittel ist in den Tatbeständen zum Schutze des geistigen Eigentums durch separate Regelung zu finden und ermöglicht es dem verletzten Rechtsinhaber, im Falle eines berechtigten Interesses die Verurteilung öffentlich zu machen. Die Anknüpfung an eine strafrechtliche Verurteilung verleiht der Urteilsveröffentlichung den Charakter einer Genugtuung in Form der Nebenstrafe.[45] Die Anordnung der Urteilsveröffentlichung wird durch die Vollstreckungsbehörden vollstreckt. Sie wird nach § 463c Abs. 2 StPO nur vollzogen, wenn der Antragsteller oder ein an seiner Stelle Antragsberechtigter es innerhalb eines Monats nach Zustellung der rechtskräftigen Entscheidung (§ 463c Abs. 1 StPO) verlangt.[46]

Zum anderen kann gemäß § 74 StGB die Einziehung der im Zusammenhang mit der Tat stehenden Gegenstände erfolgen. Auch auf Dritte wird die Einziehung zudem gemäß § 74a StGB erweitert. Die Tatbestände zum Schutze des geistigen Eigentums verweisen ausdrücklich auf dieses Blankett und eröffnen damit die Möglichkeit, auch in ungeklärten oder gerade fremdnützigen Konstellationen umfassend einzuziehen. Für Täter und Tatbeteiligte ist die Einziehung zugleich Sanktionsmaßnahme.[47] So gelangen beispielweise hergestellte Waren ungeachtet ihres jetzigen Ortes, aber auch die zur Herstellung verwendeten Maschinen in den Bereich der einziehbaren Gegenstände.[48] Nicht erst nach Abschluss des Verfahrens droht jedoch der Verlust der tatsächlichen Sachherrschaft. §§ 111b ff. StPO ermöglicht es den Staatsanwaltschaften – teilweise auch ihren Hilfsbeamten –, die vorgenannten Gegenstände bei zu erwartender Einziehung vorläufig sicherzustellen.

Die strafrechtliche Einziehung tritt jedoch zurück, sofern den zivilrechtlichen Ansprüchen im sogenannten Adhäsionsverfahren (§§ 403 ff StPO) stattgegeben wird. Dazu zählt insbesondere der zivilrechtliche Vernichtungsanspruch, der bei Entwendungen/Weiterverarbeitung geistigen Eigentums eine hohe praktische Relevanz hat. Beim Adhäsionsverfahren handelt es sich grundsätzlich um die Möglichkeit, nach entsprechendem

---

[42] *Hildebrandt/Reinbacher* in: Wandthke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 106, Rn. 49.
[43] BGHSt 31, 210; *Fischer* StGB, § 77, Rn. 2.
[44] *Mitsch* in: MüKo-StGB, § 77, Rn. 4; *Fezer* in: Erbs/Kohlhaas MarkenG, § 143, Rn. 36.
[45] Vgl. RGSt 73, 24, 27; BGHSt. 10, 306, 310.
[46] *Fezer* in: Erbs/Kohlhaas MarkenG, § 143, Rn. 47.
[47] *Eichmann* in: Eichmann/v. Falckenstein/Kühne DesignG, § 51, Rn. 4.
[48] *Möller* in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 15, Rn. 27.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Antrag im Rahmen des Strafurteils auch die aus der Straftat entstanden zivilrechtlichen Ansprüche mit auszuurteilen. Sein Stellenwert in der Praxis ist immer noch nicht hoch und seine Anwendung die Ausnahme.[49]

6. Inanspruchnahme der Zivilgerichtbarkeit

Sowohl die Staatsanwaltschaft gemäß § 154d StPO, als auch das Strafgericht gemäß § 262 Abs. 2 StPO, können die Sache an die Zivilgerichtsbarkeit verweisen, wenn die Sache von zivilrechtlichen Vorfragen abhängt. Aufgrund des großen normativen Bereichs bei Straftatbeständen zum Schutze des geistigen Eigentums, nämlich vordringlich wohl der nicht strafrechtlichen Frage, wer an diesem berechtigt ist, kann die Sache „in kompetentere Hände" gelegt werden. Darin liegt nicht das Eingeständnis eigener Unzulänglichkeit. Vielmehr gestattet der Gesetzgeber, Rechtsverfolgungskosten „abzuwälzen" und so strafprozessuale Ressourcen zu schonen.

Die Ermittlungsbehörden haben dabei die Möglichkeit unter Festsetzung einer Frist, das zivilrechtliche Betreiben zu verlangen. Verstreicht diese, wird das Verfahren gemäß § 154d StPO eingestellt. Im Hauptverfahren gestattet § 262 Abs. 2 StPO einerseits – ebenfalls unter Fristsetzung – zum zivilrechtlichen Betreiben zu „nötigen". Andererseits das Verfahren auszusetzen und die parallel erwartete zivilgerichtliche Entscheidung zum interessierenden Teil abzuwarten. Dabei werden dem Zivilgericht keine zeitlichen Einschränkungen gemacht.

In der Praxis dürfte die Verweisung auf die Zivilgerichtsbarkeit häufig von der Motivation getragen sein, die Sache zunächst „vom Tisch zu bekommen". Gleichwohl stellt § 262 Abs. 1 StPO klar: Dies entbindet die Staatsanwaltschaften und Strafgerichte nicht davon, die normative Rechtsfrage anschließend nach strafprozessualen Grundsätzen zu bewerten.

IV. Unternehmerische Präventionsmöglichkeiten

Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes bestehen erhebliche Gefahren, mögliche Schutzrechte zu verlieren, weil Mitarbeiter Neuentwicklungen nicht rechtzeitig schützen lassen oder weil Informationen an Dritte „gelangen". An dieser Stelle ist es unerlässlich, sowohl über die geltenden Gesetze aufzuklären, als auch den Mitarbeitern interne Richtlinien an die Hand zu geben. Nur wenn klare Handlungsvorgaben definiert sind, kann dem Abfluss unternehmerischen Know-hows vorgebeugt werden.

Mit den betroffenen Abteilungen im Unternehmen müssen somit gemeinsam konkrete interne Arbeitsabläufe und Prüfungsprozesse entwickelt werden, die eine frühzeitige Klärung der Rechte Dritter, der Neuanmeldung von Schutzrechten und deren präventiver Überwachung sicherstellen. Geboten ist dabei ein eng verzahntes Zusammenarbeiten der Marketing- mit der Rechtsabteilung. Denn letztendlich geht es um die Frage der Umsetzung einer angemessenen IP-Compliance im Unternehmen.

Folgende Checkliste sollten Unternehmen daher als Rüstzeug bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Produkt- und Markenpiraterie nutzen:

1. Entwicklungs-, Marketing- und Vertriebsabteilung sind über geltendes Recht aufzuklären und regelmäßig zu schulen.

2. Die erforderlichen internen Richtlinien sind zu erstellen und durch die Compliance Abteilung auf dem aktuellen Stand zu halten.

3. Eine frühestmögliche Schutzrechtsanmeldung sollte die Pflicht sein.

4. Erfolgte Schutzrechtsanmeldungen sind dauerhaft zu überwachen und durch regelmäßige präventive interne Untersuchungen, u.a. der Entwicklungsabteilungen, sicherzustellen, um einen wettbewerbswidrigen Zugriff auf die innovativen Köpfe zu verhindern.

5. Etwaige Verletzungen durch Marktteilnehmer sind nachhaltig zu beweiszwecken zu dokumentieren.

6. Verstöße von Marktteilnehmern sind zur Anzeige zur bringen und Ermittlungsbehörden effektiv zu unterstützen.

---

[49] *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vor § 403, Rn. 3.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

7. Es sollte einen externen Ansprechpartner im Unternehmen für die Strafverfolgungsbehörden für Fälle von Marken- und Produktpiraterie geben; ebenso einen Ombudsmann dem Verstöße und drohender Abfluss von geistigem Eigentum durch Mitarbeiter zur Kenntnis gebracht werden kann.

8. Die Möglichkeit einer detaillierten Produktesicherung sollte geprüft werden, um Original und Fälschung schnellstmöglich auseinander zu dividieren.

9. Gezielte Öffentlichkeitsarbeit für das von einer gewerblichen Rechtsschutzverletzung betroffene Unternehmen nebst Veröffentlichung etwaiger Urteile ist ein Muss.

10. Geschäftspartner - insbesondere in fraglichen Drittländern - sind eingehend katalogisiert einer Prüfung zu unterziehen.

Entscheidungskommentare

Korruptionsstrafrecht

Dr. Till Zimmermann, München

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.3.2015 – 2 StR 281/14

I. Sachverhalt

Der Angeklagte, als ehemaliger Landesinnenminister ein Schwergewicht in der thüringischen Landespolitik, war in der Stadt E von 1994 bis 2011 als Mitglied im Stadtrat sowie von 2009 bis 2011 als Ehrenbeamter in der Funktion eines Beigeordneten (Zuständigkeitsbereich: „Städtische Beteiligungen“) und stellvertretenden Oberbürgermeisters tätig; in den Augen der Stadtverwaltung gehörte er damit zur kommunalpolitischen „Führungsspitze“. Mitte 2010 schloss der Angeklagte als hälftiger Anteilseigner der E-GmbH für diese einen bis Jahresende laufenden, später bis Ende 2011 verlängerten Beratervertrag mit der j-AG ab, einem mit Projektentwicklung im Bereich Erneuerbare Energien befassten Unternehmen. Gegenstand des Vertrags war die Entfaltung von Lobbytätigkeiten durch den Angeklagten zugunsten der j-AG, insbesondere Kontaktgespräche mit Verwaltungseinheiten und politischen Entscheidungsträgern; vereinbart war dabei, dass auch dienstliche Tätigkeiten des Angeklagten gegenüber der j-AG honorarfähig seien. Über den Inhalt des Vertrags ließ der Angeklagte den Oberbürgermeister von E in Unkenntnis. In der Folge führte der Angeklagte in enger Absprache mit der j-AG, aber stets auch auf Ersuchen des Oberbürgermeisters, Gespräche mit diversen für die Errichtung von Windkraftanlagen zuständigen Behörden bis hin zum Umweltminister, um diese für die Vorhaben der j-AG zu gewinnen; auch bewegte der Angeklagte eine ihm gegenüber weisungsfreie Mitarbeiterin des Baudezernats von E zur Übernahme einer von der j-AG erstellten Ratsbeschlussvorlage. Bis zur Niederlegung seiner Ämter und Mandate Ende 2011 hatte der Angeklagte über die E-GmbH der j-AG mit einer Vielzahl von Abrechnungen insgesamt rund EUR 70.000 in Rechnung gestellt, die diese jeweils auch bezahlte. Für das Jahr 2012 hatte der Angeklagte zudem für die E-GmbH unter der Bedingung der Niederlegung aller seiner politischen Positionen einen weiteren entgeltlichen Beratervertrag mit der j-AG geschlossen; dieser nach kurzer Zeit wieder gekündigte Vertrag stellte aber keine Belohnung seiner früheren Beratertätigkeiten dar.

Unabhängig davon hatte der Angeklagte bereits Anfang 2011 einen Beratervertrag mit der TU-AG geschlossen. Diese war an der Errichtung eines Elektrofachmarkts in E interessiert, wobei dem Bauvorhaben allerdings ein früherer, seinerzeit auch vom Angeklagten getragener Ratsbeschluss entgegenstand. Gegenstand des (nur) im Erfolgsfall mit EUR 15.000 do-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

tierten Vertrags war die „Unterstützung des Bauleitverfahrens" durch den Angeklagten; diese beinhaltete u.a., bei der neuerlichen Abstimmung im Stadtrat für das Bauvorhaben zu votieren. Schließlich wurde der von der TU-AG ausgearbeitete Beschlussvorschlag bei der Abstimmung im Rat unter Beteiligung des Angeklagten mit einer Mehrheit von nur zwei Stimmen angenommen.

Im Januar 2014 verurteilte das LG Meiningen den Angeklagten hinsichtlich der Verträge mit der j-AG wegen Vorteilsannahme gem. § 331 Abs. 1 StGB in zwei Fällen (Vertragsschluss 2010 und -verlängerung für 2011) bei Freisprechung im Übrigen (Vertrag für 2012). Die Abrede mit der TU-AG wertete das LG als (passive) Abgeordnetenbestechung gem. § 108e Abs. 1 StGB a.F.

Zum September 2014 wurde der Tatbestand der passiven Abgeordnetenbestechung durch die Mandatsträgerbestechlichkeit gem. § 108e Abs. 1 StGB n.F. ersetzt.[1]

II. Entscheidungsgründe

Der BGH (2. Strafsenat) hat die Schuldsprüche bestätigt und lediglich einen Einzelstraf- und daher auch den Gesamtstrafenausspruch wegen eines Zumessungsfehlers aufgehoben.

Mit Blick auf die Vorteilsannahmen behandelt der BGH zunächst eine ganze Reihe bekannter Detailfragen „in nachgerade schulmäßiger Form".[2] Hinsichtlich der Amtsträgereigenschaft des Angeklagten verweist der BGH zunächst schlicht auf dessen nach Landesrecht zu bestimmenden Beamtenstatus (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB); zugleich bestätigt er in diesem Kontext seine zu § 108e StGB a.F. ergangene[3] und vom Gesetzgeber auch der Neufassung dieses Paragrafen zugrunde gelegte[4] Auffassung, wonach die eigentlich vom tatbestandlich restriktiveren § 108e StGB erfasste Tätigkeit kommunaler Mandatsträger dann den Amtsträgerdelikten unterfällt, wenn – wie hier – die Ausübung einer konkreten Verwaltungstätigkeit inmitten steht. Mit Blick auf die geschäftsbereichsmäßige Unzuständigkeit des Angeklagten zur Führung baupolitischer Gespräche mit externen Behörden verweist der BGH auf seine tradierte Abgrenzung[5] zwischen Noch-Diensthandlung (die auch bei Missachtung interner Geschäftsverteilung gegeben ist) und tatbestandsirrelevanter Privathandlung (bei – hier nicht einschlägigem – Fehlen jeglichen funktionalen Zusammenhangs mit dienstlichen Aufgaben). Ferner wandelt der BGH auf ausgetretenen Pfaden, wenn er die spätere Vornahme einer Diensthandlung als Indiz für eine vorausgegangene Unrechtsvereinbarung ansieht,[6] eine mögliche (in concreto verneinte) Genehmigung gem. § 331 Abs. 3 StGB dogmatisch als Rechtfertigung begreift[7] und bzgl. der konkurrenzrechtlichen Situation zwischen der vorherigen Unrechtsvereinbarung (= Abschluss des Beratervertrags) und den nachherigen Rechnungsstellungen für einzelne Diensthandlungen in letzteren keine eigenständigen Tathandlungen des (abermaligen) Forderns zu erblicken vermag.[8]

Interessanter ist zum einen die Ansicht des Senats, dass die Zahlungen der j-AG an die teilweise im Eigentum des Angeklagten stehende E-GmbH nicht als Dritt-, sondern aufgrund von dessen Anteilseignerschaft als mittelbare *Eigen*vorteile des Angeklagten anzusehen seien. Zum anderen verdient Erwähnung, dass der BGH die Tatbestandlichkeit des 2012er-Beratervertrags, abgeschlossen kurz vor Ende der Amtsträgereigenschaft des Angeklagten, mit folgender Begründung verneint: „Geschäftsgrundlage für diesen Vertrag war die Niederlegung sämtlicher Ämter […], weshalb es denkgesetzlich ausgeschlossen ist, dass damit Vorteile für eine künftige Dienstausübung gewährt werden sollten" und „Anhaltspunkte dafür, dass dieser Vertrag eine zusätzliche nachträgliche Belohnung für die vom Angeklagten bereits erbrachten Diensthandlungen darstellte", nicht festzustellen waren.

In Bezug auf § 108e StGB sah sich der BGH aufgrund der inzwischen eingetretenen Gesetzesänderung dazu veranlasst, vor dem Hintergrund des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2

[1] BGBl. I 2014, 410. Zur Neuregelung *Francuski* HRRS 2014, 220; *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339; *Satzger* Jura 2014, 1022; *Trips-Hebert* JR 2015, 372.
[2] *Rausch* ZWH 2015, 225, 226.
[3] BGH NStZ 2007, 36 f.; BGHSt 51, 44, 57 f. Rn. 43 f. Zsf. *Rönnau/Wegner* JuS 2015, 505, 508.
[4] BT-Drucks. 18/476, S. 8.
[5] BGH NStZ 1998, 194; BGHSt 16, 37, 38.
[6] BGH NStZ 2008, 216, 217 Rn. 9; BGHSt 51, 44, 59 Rn. 46.
[7] BGHSt 31, 264, 285.
[8] BGHSt 47, 22, 30; BGHSt 41, 292, 302.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Abs. 3 StGB) eine Parallelsubsumtion zwischen (passiver) Abgeordnetenbestechung (§ 108e Abs. 1 StGB a.F.) und Mandatsträgerbestechlichkeit (§ 108e Abs. 1 StGB n.F.) anzustellen. Obzwar das Gericht im Ergebnis, wenig überraschend, die a.F. als das mildere Gesetz einstuft, verdient gerade die Auslegung der Neufassung Beachtung: So seien die Merkmale Auftrag und Weisung „weit und im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen; sie erfassen jede Handlung, die den Abgeordneten dazu bewegen soll, sich dem Interesse des Auftrags- oder Weisungsgebers zu unterwerfen." Ferner komme es, wie bereits bei der a.F.,[9] auf eine Mentalreservation des Vorteilsnehmers nicht an: „Entscheidend sind nicht innere Vorbehalte, sondern der vom Vorsatz erfasste äußere Erklärungswert des Verhaltens." Und schließlich weist der BGH darauf hin, dass der hier gewährte Vorteil auch ungerechtfertigt i.S.v. § 108e Abs. 4 StGB sei, da nach der einschlägigen Thüringer Kommunalordnung die Gemeinderatsmitglieder ihr Stimmverhalten nur nach ihrer freien und dem Gemeinwohl verpflichteten Überzeugung ausrichten dürften.

III. Anmerkung

Der Entscheidung ist in allen wesentlichen Punkten zuzustimmen. Obzwar an anderer Stelle bereits angemerkt worden ist, das Urteil enthalte „wenig wirklich Neues"[10], verdient es dennoch unter verschiedenen Gesichtspunkten Beachtung.

1. Zunächst belegt die Verurteilung auf eindrucksvolle Weise, dass es zur Pönalisierung von unerwünschten Lobbyismus-Auswüchsen in der politischen Sphäre offenbar nicht eines eigenen Straftatbestands der missbräuchlichen Einflussnahme (sog. trading with influence, vgl. Art. 18 UNCAC[11]) bedarf; vielmehr erweist sich das herkömmliche Korruptionsstrafrecht auch in komplexeren Sachverhalten wie dem vorliegenden insoweit als ausreichend.

2. Die Ausführungen des BGH zu § 331 Abs. 1 StGB bewegen sich über weite Strecken auf gesichertem Terrain. Mit Blick auf die bereits im Rahmen der Entscheidungsgründe angesprochenen Punkte – Verhältnis §§ 331/108e StGB; Konkurrenzverhältnis zwischen Rahmen-Unrechtsvereinbarung und darauf Bezug nehmenden Einzelabrechnungen; Abgrenzung zwischen Dienst- und Privathandlung; Rechtsnatur der Genehmigung – wird der bisherigen Debatte nichts Besonderes hinzugefügt; auf Ausführungen dazu kann deshalb verzichtet und auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

a) Hervorzuheben ist indes der Rekurs des BGH auf die Rechtsfigur des mittelbaren (Eigen-) Vorteils. Diese in der Vergangenheit etwa für Parteispenden[12] oder Zuwendungen an Ehegatten[13] herangezogene Figur war seit der (nahezu) flächendeckenden ausdrücklichen Vertatbestandlichung des Drittvorteils durch das KorrBekG 1997[14] in der Literatur als praktisch überflüssig angesehen und deshalb ad acta gelegt worden.[15] Tatsächlich macht es für den hiesigen Angeklagten im Ergebnis auch keinen Unterschied, ob die Zahlungen an „seine" GmbH als mittelbare Eigen- oder unmittelbare Drittvorteile gewertet werden. Die Bedeutung der Revitalisierung des mittelbaren Vorteils liegt woanders: Zum einem bei der Auslegung der (praxisirrelevanten aber „für die politische und die Rechtskultur unseres Landes bedeutsamen"[16]) Wählerbestechung nach § 108b StGB, der bei der Einführung der Drittzuwendung offenbar übersehen worden ist. Zum anderen (und vor allem) aber darin, dass der BGH den Anwendungsbereich des Drittvorteils damit ausschließlich für Fälle genuin altruistischen Verhaltens reserviert[17] – eine stets aktuelle Fallgruppe (zuletzt: Schulfotografen-Fälle[18]), von der es in vereinzelten Judikaten und Stellungnahmen im Schrifttum heißt, diese müssten als „systemsprengend"[19] qua teleologischer Reduktion aus korruptionsstrafrechtlichen Tatbeständen vollständig ausgeklammert werden. Dieser Ansicht hat der BGH, zumindest implizit, eine Absage erteilt.

---

[9] BGHSt 51, 44, 63 Rn. 54; LG Neuruppin, Urt. v. 2.4.2007 – 13 Kls 365 Js 30366/06 (16/06), Jurion-S. 18.
[10] *Rausch* ZWH 2015, 225.
[11] Wiedergegeben in BT-Drucks. 17/5932, S. 18 f.
[12] BGHSt 35, 128, 133 ff.; *Rudolphi* NJW 1982, 1417, 1418 f.
[13] BGH NJW 1959, 346 f.; OLG Stuttgart NJW 2003, 228.
[14] BGBl. I 1997, S. 2038.
[15] Arzt/Weber/*Heinrich*/Hilgendorf, BT, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 24.
[16] *Hassemer* JuS 1986, 568. Zur Ratio des § 108b StGB *Zimmermann* ZIS 2011, 982, 988; *Sinn/Rudolphi* in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, 9. Aufl., 142. Lfg. (Stand 5/2014), § 108b Rn. 1.
[17] Zutr. *Rausch* ZWH 2015, 225, 226.
[18] BGH wistra 2011, 391; BGH NJW 2006, 225, 227 f.; OLG Celle NJW 2008, 164.
[19] *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/1, 15. Aufl. 2012, Rn. 937. S. auch LG Bonn, StV 2001, 292, 293 f.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

b) Bedeutsam sind ferner die Ausführungen des Senats zur Verneinung der Unrechtsvereinbarung bei Beraterverträgen, die zwar noch während der Amtszeit aber mit Blick auf und Wirkung erst ab deren Ende geschlossen werden. Indem der BGH hier klar zwischen der Beeinflussung künftiger Dienstausübung und der Belohnung bereits erbrachter Diensthandlungen unterscheidet, „zerlegt" er die undifferenziert in alle zeitlichen Richtungen weisende Wendung „für die Dienstausübung" richtigerweise in einzelne, Vergangenheit und Zukunft zuordenbare Handlungen.[20] Hierdurch wird es zumindest ein Stück weit einfacher, die bei Wechseln von Amtsträgern in die Privatwirtschaft zur Feststellung einer Unrechtsvereinbarung bemühte Figur einer diffusen Gesamtabwägung zu handhaben.[21] Im Übrigen erscheint es auch inhaltlich überzeugend, der nicht als Belohnung gedachten Zuwendung gegenüber einer politischen „lame duck" mangels Gefährlichkeit die Korruptionsrelevanz abzusprechen.

3. Besonders interessant ist das vorliegende Urteil vor allem aber deshalb, weil es sich um eine der ganz wenigen zu § 108e StGB ergangenen Entscheidungen und, soweit ersichtlich, die erste überhaupt zur Neufassung dieser Vorschrift handelt.

a) Dass es sich bei der Abrede des entgeltlichen Beratervertrags mit der TU-AG, bei der Ratsabstimmung entgegen dem vormaligen Verhalten des Angeklagten für das Bauvorhaben zu votieren, um die einen konkreten Stimmenverkauf beinhaltende Unrechtsvereinbarung i.S.v. § 108e Abs. 1 StGB a.F. gehandelt hat, lag auf der Hand und konnte vom BGH ohne Umschweife in wenigen Worten bejaht werden; dass die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars der Annahme einer Unrechtsvereinbarung bereits mit Vertragsschluss nicht entgegensteht,[22] sieht der BGH dabei offenbar als erwähnungsunwürdige Selbstverständlichkeit an. Aufgrund des Umstands, dass bei diesem Vertrag nicht die E-GmbH als unmittelbare Zahlungsempfängerin fungierte, konnte an dieser Stelle ferner die zur a.F. umstrittene Frage ausgespart bleiben, ob das Merkmal des Stimmverkaufs auch Drittvorteile erfasst hat.[23]

b) Mit Blick auf die i.S.v. § 2 Abs. 3 StGB als strengeres Gesetz gewertete Neufassung konnte i.E. sub specie Unrechtsvereinbarung selbstverständlich nichts anderes gelten. Gleichwohl sind drei Aspekte der Ausführungen des BGH besonders hervorzuheben. Zunächst verdient Beachtung, dass dieser sich zu der umstrittenen Frage enthält, ob, wie teilweise im Schrifttum angenommen,[24] auch der Neufassung von § 108e StGB als Rechtsgut(sbestandteil) das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Mandatsausübung zugrunde liegt oder aber, wie der Gesetzgeber annimmt,[25] hierbei allein Sachlichkeitsaspekte im Vordergrund stehen. Interessant ist des Weiteren, dass der BGH bei der Bejahung der tatbestandlich geforderten Unrechtmäßigkeit des Vorteils (Abs. 1 i.V.m. Abs. 4) auf die an Gemeinderatsmitglieder adressierten Verhaltensregeln der Thüringer Kommunalordnung rekurriert; damit stellt er sich gegen die zur a.F. vorherrschende Ansicht, es komme für die Bestimmung des rechtlich Zulässigen auf eine vage „Gesamtbetrachtung" an[26] und macht sich stattdessen die von Teilen des Schrifttums bereits zu § 108e StGB a.F. vertretene Akzessorietätsthese[27] zu Eigen – woraus folgt, dass der Bereich des Strafbaren je nach landesspezifischer „Schärfe" der den Mandatsträgern auferlegten Verhaltensregeln variieren kann. Bemerkenswert ist schließlich noch der Umgang des BGH mit der ominösen Wendung „im Auftrag oder auf Weisung", welche im Schrifttum zu einem gehörigen Maß an Verunsicherung geführt hat. Während hier teilweise spekuliert wird, es handele sich um „Unterwerfungswillen" fordernde Bestandteile des subjektiven Tatbestands,[28] versteht der BGH die Merkmale im Einklang mit dem Gesetzgeber als eher deklaratorische Beschreibung des äußeren Tatbestands der Unrechtsvereinbarung[29] – und schneidet damit über-

[20] S. dazu *Zimmermann* ZStW 2012, 1023, 1057 ff.
[21] S. etwa *Hoven* NStZ 2013, 617, 619 f.
[22] Problematisiert von LG Wuppertal, Urt. v. 9.10.2009 – 22 KLs 835 Js 19/01 - 23/06 - Juris (zu § 108e StGB a.F.).
[23] Bejahend *H.-E. Müller* in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 108e Rn. 17, verneinend *Rosenau* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 108e Rn. 17.
[24] Z.B. SK-StGB/*Sinn/Rudolphi*, 148. Lfg. (Stand 12/2014), § 108e Rn. 8; *v. Heintschel-Heinegg* in: ders. (Hrsg.), BeckOK-StGB, Ed. 27 (Stand 11/2014), § 108e Rn. 3.
[25] BT-Drucks. 18/476, S. 6. Ebenso *Sinner* in: FS für Kargl, 2015, S. 559, 566 f.
[26] Vgl. *Francuski* HRRS 2014, 220, 221 m.w.N.
[27] S. etwa *Zimmermann* ZStW 2012, 1023, 1027 ff.; *Kubiciel* ZRP 2014, 48, 49. Zur Neufassung bspw. *Willems* CCZ 2015, 29, 31; *Sinner* in: FS für Kargl, S. 559, 569 f.
[28] *Jäckle* ZRP 2014, 121, 122. I.E. ebenso *Francuski* HRRS 2014, 220, 227 u. 229; *Satzger* Jura 2014, 1022, 1028; *Willems* CCZ 2015, 29, 32 (dort jew. im Merkmal „Gegenleistung" verortet). Ausf. dazu *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339, 348 ff.
[29] Ebenso *Fischer* StGB, 62. Aufl. 2015, § 108e Rn. 31; *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339, 351; *Trips-Hebert* JR 2015, 372, 374.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

zeugenderweise die Möglichkeit des omnimodo facturus-Einwandes ab; d.h. die kaum widerlegbare Einlassung des Mandatsträgers, er habe sich ohnehin im Sinne des Stimmenkäufers verhalten und darum sich diesem gerade nicht unterwerfen wollen, geht stets ins Leere. Soweit hiergegen eingewendet wird, diese Sehweise vertrage sich nicht mit dem in der Gesetzesbegründung propagierten Erfordernis einer „engen (psychischen) Kausalbeziehung"[30] zwischen Vorteil und Abstimmungsverhalten, trifft das zwar zu, zeigt aber letztlich nur die Verfehltheit eines bereits zu § 108e StGB a.F. verbreiteten[31] Missverständnisses und die Widersprüchlichkeit der Gesetzesbegründung[32] auf. Unbegründet sind ferner Befürchtungen, mangels eigenständiger Bedeutung der „im Auftrag oder Weisung"-Floskel im Verhältnis zum Merkmal der Unrechtsvereinbarung komme es zu Friktionen mit dem sog. Verschleifungsverbot.[33] Denn ungeachtet des noch wenig geklärten Kerngehalts dieser verfassungsgerichtlichen Auslegungsanweisung[34] wird man dem Normanwender kaum den Vorwurf machen können, ein *geschriebenes* Merkmal mit einem *un-* bzw. allenfalls *halbgeschriebenen* Merkmal – nämlich dem der Unrechtsvereinbarung – zu verschleifen.[35] Überzeugender ist es, mit dem BGH in den Tatbestandselementen „als Gegenleistung dafür" und „eine Handlung im Auftrag oder Weisung vornehme oder unterlasse" lediglich eine präzisierende Gesamt-Umschreibung des als Kern des Korruptionsunrechts anerkannten und im Begriff der Unrechtsvereinbarung zusammengefassten regelwidrigen Synallagmas zu erblicken.

Unternehmensstrafrecht

RA Dr. Marc Engelhart, Freiburg i. Br.

Anmerkung zu OLG München, Beschl. v. 23.9.2014 – 3 Ws 599/14, 3 Ws 600/14

Zur Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft nach § 130 OWiG im faktischen Konzern

I. Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des OLG München ist die Frage der aufsichtsrechtlichen Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft nach § 130 OWiG im Konzernverhältnis, wenn in einer Tochtergesellschaft Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen werden.

Die Staatsanwaltschaft Landshut hatte Anklage gegen mehrere verantwortliche Mitarbeiter der CAP Flughafen München Sicherheits GmbH (CAP) und die CAP selbst als Nebenbeteiligte erhoben. Die Anklage lautete auf die strafbare Vorenthaltung von Lohnnebenkosten seitens der Geschäftsführer der CAP im Rahmen eines Lohnsplittingmodells. Die Flughafen München GmbH (FMG) hielt 76,1% der Anteile an der CAP und hatte mit dieser eine „personelle Verflechtung", es bestand jedoch kein Beherrschungsvertrag. Der FMG warf die Anklage als weiterer Nebenbeteiligten vor, durch Handeln eines vertretungsberechtigten Organs fahrlässig die notwendigen Aufsichtsmaßnahmen als „faktische Konzernmutter" zur Unterbindung des Lohnsplittingmodells unterlassen zu haben (§§ 130, 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG). Dem dritten Nebenbeteiligten V, der einer von drei Geschäftsführer der FMG wie auch Aufsichtsratsvorsitzender der CAP war, wurde der Vorwurf gemacht, persönlich fahrlässig als vertretungsberechtigtes Organ die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen unterlassen zu haben, die das unzulässige Lohnsplitting verhindert hätten (§§ 130, 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG).

[30] BT-Drucks. 18/476, S. 7.
[31] Vgl. *Hoven* ZIS 2013, 33, 36.
[32] *Becker* NStZ 2015, 454, 455.
[33] So aber *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339, 350 f.; *Becker* NStZ 2015, 454, 455.
[34] BVerfGE 126, 170, 197 f.
[35] Gegen die Möglichkeit einer Verschleifung von geschriebenen mit ungeschriebenen Merkmalen *Krell* ZStW 2014, 902, 918 f.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Die mit dem Fall befasste Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Landshut hat die Anklage nur hinsichtlich der verantwortlichen Mitarbeiter der CAP und hinsichtlich der CAP als Nebenbeteiligte zugelassen, die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die Nebenbeteiligte FMG und den V aber abgelehnt, da keine Aufsichtspflicht seitens der FMG bestanden habe. Die Staatsanwaltschaft München hat gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens sofortige Beschwerde eingelegt, die vom OLG München als unbegründet verworfen wurde.

II. Entscheidungsgründe

Das OLG München stellt zunächst fest, dass kein Beherrschungsvertrag zwischen der FMG und der CAP geschlossen wurde, so dass das Tochterunternehmen insoweit als rechtlich selbständig anzusehen ist. Sodann widmet es sich dem Aspekt der „faktischen" Konzernstruktur. Ob aufgrund der persönlichen Verflechtung sowie der Beteiligung der FMG an der CAP eine „faktische" Konzernstruktur vorliegt, lässt das Gericht letztlich aber offen, da die Ermittlungsergebnisse zumindest keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer solchen ergeben. Es bestehe auch grundsätzliche keine originäre gesellschaftsrechtliche Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft gegenüber dem Tochterunternehmen. Die Verantwortlichkeit könne zwar auf einer faktischen Konzernstruktur gründen, dafür genüge vorliegend aber weder die tatsächlich gegebene Beteiligung der FMG an der CAP noch die "personelle Verflechtung". Es sei nicht gerechtfertigt, die Konzernmutter unter den vorliegend obwaltenden Umständen als eigentliche Betriebsinhaberin des Tochterunternehmens ansehen zu wollen und würde überdies „wegen unüberschaubarer Zurechnungskaskaden zu einer unzulässigen Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 130 OWiG führen". Hierfür bestehe auch keinerlei Bedürfnis, weil die Verantwortlichen des Tochterunternehmens von § 130 OWiG selbst erfasst werden und die Verantwortlichen der Muttergesellschaft über § 9 OWiG gegebenenfalls auch sanktioniert werden können, sodass keine Sanktionslücke bestehe.

Das OLG führt dann weiter aus, dass die Anwendbarkeit des § 130 OWiG auf Konzernsachverhalte nicht pauschal beantwortet werden könne, sondern stets von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig sei. Für den Umfang der Aufsichtspflicht im Sinne des § 130 OWiG seien die tatsächlichen Verhältnisse im Konzern maßgeblich, weshalb auf die tatsächliche Einflußnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft abzustellen sei. Nur wenn der Tochtergesellschaft von der Konzernmutter Weisungen erteilt werden, die das Handeln der Tochtergesellschaft beeinflussen, und dadurch die Gefahr der Verletzung betriebsbezogener Pflichten begründet werde, bestehe im Umfang dieser konkreten Einflußnahme eine gesellschaftsrechtliche Aufsichtspflicht der Konzernmutter. Soweit die Tochtergesellschaft in ihrer Willensbildung und Handlungsfreiheit nicht durch die Weisungen beeinflusst werde, verbleibe die Aufsichtspflicht im Sinne des § 130 OWiG trotz der Einbettung in den Konzern bei den Leitungspersonen der Tochtergesellschaft. Es bestehe keine schriftliche konzernrechtliche Vertragsvereinbarung zwischen der FMG und der CAP, wonach die FMG generell "durchregieren" könne. Daher sei auf eine tatsächlich erfolgte Einflußnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft im Einzelfall abzustellen, um eine unverhältnismäßige und unkalkulierbare Ausweitung der Aufsichtspflichten zu vermeiden und eine Kongruenz zwischen Einfluss und Verantwortlichkeit, also zwischen Herrschaft und Haftung, herzustellen.

Das OLG sah keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das von der CAP praktizierte Lohnsplittingmodell von der FMG durch tatsächliche Handhabung zum Konzernthema gemacht worden wäre, die FMG die Entscheidung hierüber an sich gezogen hätte und tatsächlich eine Steuerung der CAP durch die FMG in der Frage des Lohnsplittings erfolgte. Die CAP habe seit vielen Jahren ihre eigene interne Verwaltung und sei für ihre Personalsachen eigenständig zuständig gewesen. Die Verknüpfung beider Unternehmen durch einzelne Funktionsträger der CAP und der FMG, um eine bessere Steuerung der Tochtergesellschaften zu erreichen, die Weisung der FMG an die CAP, strikt auf die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes zu achten, die Tatsache, dass der FMG die interne Kostenstruktur der CAP bekannt gewesen war und dass bei Verhandlungen der FMG über Preise letztendlich über die der CAP zustehenden Gewinnmargen mitverhandelt wurde, stehe dem nicht entgegen. Diese Aspekte beträfen gerade nicht das Lohnsplitting.

Die persönliche Beteiligung des V an der Angelegenheit sieht das OLG als nicht so umfassend an, als dass dieser die Kompetenz für die Entscheidung zum Lohnsplittingmodell als Konzernangelegenheit der FMG an sich gezogen hätte. Die Gewerkschaft ver.di hatte we-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

gen des Lohnsplittings eine Anfrage an die Geschäftsführung der FMG gerichtet, die FMG habe damit nach dem OLG also den Vorgang nicht selbst initiiert. Die FMG Geschäftsführung hatte das Schreiben von ver.di an ihre Rechtsabteilung wie an die CAP weitergeleitet, so dass – nach dem OLG – V die rechtliche Überprüfung auch nicht selbst bearbeitet habe. Die FMG Rechtsabteilung empfahl der CAP die Einholung eines Rechtsgutachtens. Die Geschäftsführung der CAP hatte zwei Rechtsgutachten in eigener Verantwortlichkeit eingeholt, gegen zumindest ein Gutachten hatte die Rechtsabteilung der FMG auch Bedenken geäußert. Die Geschäftsführung der CAP entschied dann jedoch auf Grundlage der Gutachten, bei dem Lohnsplittingmodell zu bleiben, wenn der Aufsichtsrat der CAP einverstanden sei. V hat sich als Aufsichtsratsvorsitzender der CAP dieser Auffassung der CAP Geschäftsführung angeschlossen und in den Akten vermerkt, „damit sollte die Angelegenheit hinreichend geklärt sein". Das OLG sieht in dem Verhalten des V weder eine billigende Beurteilung noch gar eine endgültige Entscheidung hinsichtlich der Beibehaltung des Lohnsplittingmodells. So habe insgesamt die FMG in der Frage der Zulässigkeit des von der CAP praktizierten Lohnsplittingmodells keinen maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung und Handlungsfreiheit der CAP ausgeübt, weshalb es im Falle der Strafbarkeit dieses Lohnsplittingmodells bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verantwortlichen der CAP verbleibe.

III. Anmerkung

Das OLG München behandelt mit seinen Ausführungen zur Aufsichtspflicht im Konzernverhältnis ein hochaktuelles Thema,[36] das insbesondere im Hinblick auf die Erfüllung von Compliance-Pflichten Gegenstand der Diskussion zu § 130 OWiG de lege lata[37] sowie de lege ferenda[38] ist. Der Gesetzgeber hat bislang in § 130 OWiG keine Regelung zur Lage im Konzern getroffen. Der Tatbestand spricht allein von „Betrieb" oder „Unternehmen". Eine hierzu vom Bundesrat geforderte Klarstellung zur Verantwortlichkeit der Konzernmutter im Rahmen der Beratungen zur 8. GWB-Novelle im Jahr 2012[39] hat die Bundesregierung (bedauerlicherweise) abgelehnt, da der bestehende Rechtsrahmen ausreiche.[40] Damit bleibt die Frage weiterhin vor allem der kontroversen Diskussion im Schrifttum überlassen.[41]

In der Rechtsprechung findet sich bislang keine klare Stellungnahme seitens des BGH, insbesondere nicht aus neuerer Zeit. Der BGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1981 die Frage der aufsichtsrechtlichen Verantwortlichkeit einer Konzernobergesellschaft offengelassen und nur angeführt, dass einer solchen Verantwortlichkeit die Rechtspersönlichkeit des Tochterunternehmens (in diesem Fall eine GmbH), die damit selbst Inhaberin des Gesellschaftsunternehmens sei, entgegenstehen könne.[42] Im Jahr 1994 stellte der BGH schließlich darauf ab, dass der „Unternehmensträger" der eigentliche Adressat des § 130 OWiG sei,[43] was für eine Konzernverantwortlichkeit zumindest bei abhängigen Gesellschaften spricht.[44] Das OLG Jena hat im Jahr 2009 in einem zivilrechtlichen Verfahren zudem festgestellt, dass im Konzern dem Geschäftsführer der Muttergesellschaft die Überwachung der Tochtergesellschaften sowie die Einrichtung bestimmter Kontrollmechanismen obliegt.[45] Die bisherige Rechtsprechung hat sich damit nur ansatzweise mit der Thematik befasst.

---

[36] Vgl. bspw. *Caracas*, Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG, 2014; *Muders*, Die Haftung im Konzern für die Verletzung des Bußgeldtatbestes des § 130 OWiG, 2014. Siehe auch *Tschierschke*, Die Sanktionierung des Unternehmensverbunds – Bestandsaufnahmen, Perspektiven und Europäisierung, 2013;
[37] Vgl. bspw. *Frischemeier*, Die Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße in Tochtergesellschaften, 2014, S. 140 ff.; *Grundmeier*, Rechtspflicht zu Compliance im Konzern, 2011; *Kutschelis*, Korruptionsprävention und Geschäftsleiterpflichten im nationalen und internationalen Unternehmensverbund, 2014; *Petermann*, Die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern, 2013; *Vitorino Clarindo dos Santos*, Rechtsfragen der Compliance in der internationalen Unternehmensgruppe, 2013.
[38] So vor allem im Entwurf des BUJ, Gesetzgebungsvorschlag für eine Änderung der §§ 30, 130 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) v. April 2014, der als Alternative zum Entwurf der Schaffung eines Verbandsstrafgesetzes seitens des Landes NRW gedacht ist.
[39] Vgl. das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-Novelle) v. 26.6.2013, BGBl. I S. 1738.
[40] Vgl. BT-Drs. 17/9852, S. 40 (Stellungnahme des Bundesrates), S. 49 (Gegenäußerung der Bundesregierung). Siehe auch *Achenbach*, wistra 2013, 369, 373; *Keßler*, WRP 2013, 1116, 1121.
[41] Göhler/*Gürtler*, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 130 Rn. 5a; KK-OWiG/*Rogall*, 4. Aufl. 2014, § 130 Rn. 27; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, § 130 Rn. 5; *J. Koch*, AG 2009, 564; *Mansdörfer/Timmerbeil*, WM 2004, 369; *Tiedemann*, NJW 1986, 1842.
[42] BGH, Beschl. v. 01.12.1981 - KRB 3/79 -, WuW/E BGH, 1871, 1876 = MDR 1982, 461, 462 (Transportbeton-Vertrieb).
[43] BGH v. 13.04.1994 – II ZR 16/93 –, BGHZ 125, 366, 374 = NJW 1994, 1801.
[44] Vgl. J. Koch, AG 2009, 564 (567).
[45] OLG Jena v. 12.08.2009 – 7 U 244/07 –, NZG 2010, 226.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Die Entscheidung des OLG München ist daher eine der wenigen Fälle, in denen sich ein Gericht überhaupt näher mit der Konzernthematik bei § 130 OWiG auseinandersetzt, was ihr allein dadurch Bedeutung zukommen lässt. Auch wenn das Gericht bemüht ist, keine allgemeinen Grundsätze zur Verantwortlichkeit innerhalb des Konzerns aufzustellen und spezifisch auf den vorliegenden Einzelfall abzustellen, so lassen sich doch einige Grundlinien erkennen.

Ohne dass sich das Gericht mit der Frage überhaupt auseinandersetzt, geht es davon aus, dass eine Konzernobergesellschaft grundsätzlich durchaus eine Aufsichtspflicht gegenüber einer Tochtergesellschaft haben kann. Die Aufsichtspflicht wird dabei als echtes Tatbestandsmerkmal behandelt. Dies ist keineswegs selbstverständlich, da sich im Schrifttum hierzu auch zahlreiche ablehnende Ansichten zu einer Aufsicht der Muttergesellschaft finden.[46] Allerdings bilden Konzerne eine eigene wirtschaftliche Organisationseinheit mit eigener Zwecksetzung und Leitung, so dass sie durchaus dem Typus des Unternehmens iSv. § 130 OWiG entsprechen.[47] Die Mehrheit des Schrifttums schließt daher eine Aufsichtspflicht nicht gänzlich aus, beschränkt diese aber auf bestimmte (zum Teil nur wenige) Fallkonstellationen,[48] wie die 100 prozentige Inhaberschaft[49] oder den Konzernbereich (d.h. unter Ausschluss der inneren Organisation der Tochtergesellschaft)[50]. Die entscheidende Frage ist somit, welche Konstellationen das OLG hier als erfasst ansieht.

Das OLG differenziert, ohne dies systematisch herauszuarbeiten, zwischen Konzernen mit Beherrschungsvertrag und faktischen Konzernstrukturen, zwischen gesellschaftsrechtlicher und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Betrachtung. Da ein Beherrschungsvertrag vorliegend nicht bestand, konnte das Gericht nur auf faktische Konzernstrukturen abstellen. In dieser Differenzierung allein klingt aber an, dass das Gericht bei einem Beherrschungsvertrag andere Kriterien angelegt hätte. Diese ist auch plausibel, da ein Beherrschungsvertrag iSv. § 291 AktG grundsätzlich die Leitung der Tochtergesellschaft zum Gegenstand hat. Damit korreliert dann aber auch eine entsprechende Verpflichtung zur rechtmäßigen Leitung und Aufsicht über die Vorgänge innerhalb der Tochtergesellschaft , so dass hier § 130 OWiG anwendbar ist.

Das OLG spricht in seinen einleitenden Ausführungen die „gesellschaftsrechtliche Aufsichtspflicht" an und wendet sich dann im Anschluss der „Anwendbarkeit des § 130 OWiG auf Konzernsachverhalte" zu. Hier wird nunmehr deutlich, dass das Gericht die gesellschaftsrechtliche Situation nicht außer Betracht lässt, aber die Frage der Einbeziehung von Konzernen in den § 130 OWiG letztlich davon unabhängig vornimmt. Dies ist nachvollziehbar, da auch das Gesellschaftsrecht nur bedingt Klarheit schaffen kann. Ein Konzern kann aus gesellschaftsrechtlicher Sicht dem engen Verständnis des § 18 AktG folgen, aber auch der deutlich weiteren Begrifflichkeit des § 15 AktG zu verbundenen Unternehmen, sowie dem (noch weiteren) Ansatz zum faktischen Konzern in § 311 AktG.[51] Indem das OLG die Terminologie „faktischer Konzernstrukturen" aufnimmt, klingt zwar der Bezug zu § 311 AktG an, das Gericht bezieht sich jedoch auf keine gesellschaftsrechtliche Norm oder Rechtsprechung. Im Ergebnis erfolgt damit die Bestimmung des Konzerns bei § 130 OWiG nicht gesellschaftsrechtsakzessorisch, sondern autonom ordnungswidrigkeitenrechtlich, wenn auch auf gesellschaftsrechtlicher Basis. Dies entspricht der verbreiteten Ansicht im Schrifttum.[52] Die autonome Begriffsbestimmung ist letztlich nicht zu beanstanden, da mangels klarer gesellschaftsrechtlicher Vorgaben kein Gebot im Sinne der einheitlichen Auslegung der Rechtsordnung zu konstatieren ist und § 130 OWiG mit dem Ansatz, Aufsichtspflichten innerhalb bestimmter wirtschaftlich verfestigter Strukturen zu normieren, auch andere Ziele als das AktG mit Herstellung der gesellschaftsrechtlichen Ordnung verfolgt.

---

[46] Bspw. *Brettel/Thomas*, ZWeR 2009, 25; *Deselaers*, WuW 2006, 118, 123; *Hermanns/Kleier*, Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, 2007, S. 25; krit. auch *J. Koch*, AG 2009, 564, 573.
[47] Vgl. nur KK-OWiG/Rogall, § 130 Rn. 27 mwN.
[48] *Achenbach*, NZWiSt 2012, 321, 326 f.; *Bock*, ZIS 2009, 68, 71; *Bohnert*, OWiG, Rn. 7; *W. Bosch*, ZHR 177 (2013), 454, 466; Graf/Jäger/Wittig/*Niesler*, Wirtschaftsstrafrecht, § 130 OWiG Rn. 52 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 105 f.; *Wirtz*, WuW 2001, 342, 347 ff.
[49] *Tiedemann*, NJW 1979, 1849, 1852.
[50] Bohnert, OWiG, § 130 Rn. 7; Göhler/*Gürtler*, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 130 Rn. 5a; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 105; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, § 130 Rn. 5.
[51] Vgl. *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2 mwN; *J. Koch*, AG 2009, 564, 566.
[52] KK-OWiG/*Rogall*, § 130 Rn. 27 f.; Graf/Jäger/Wittig/*Niesler*, Wirtschaftsstrafrecht, § 130 OWiG Rn. 52.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Im faktischen Konzern sind nunmehr nach dem OLG weder die personelle Verflechtung noch die Beteiligungsverhältnisse an der Tochter entscheidend für eine mögliche Verantwortlichkeit nach § 130 OWiG. Dies würde ansonsten zu einer zu weiten Ausdehnung des Verantwortlichkeitsbereichs des § 130 OWiG führen. Dies erscheint sachgerecht, nicht allein wie vom OLG ausgeführt wegen des ansonsten zu weiten Anwendungsbereichs, sondern allein deswegen, weil beide Aspekte nicht klar den Umfang bestimmen können, in denen das Mutterunternehmen Einfluss auf die Tochtergesellschaft hat. Auch bei einer 100 prozentigen Beteiligung kann diese auf den vermögensrechtlichen Aspekt beschränkt sein und keine Einflussnahme auf die Geschäftsführung umfassen. Ebenso kommt es im Rahmen der personellen Verflechtung im Detail darauf an, welcher Art diese ist und auf welcher Ebene diese stattfindet.

Im Ergebnis zu Recht kommt daher das OLG zu dem Schluss, dass es bei faktischen Konzernstrukturen vor allem auf die Frage einer tatsächlichen Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Tochter ankommt, die dann wiederum mit einer entsprechenden Aufsichts- und Kontrollfunktion korreliert. Es geht somit, wenn keine weiteren gesellschaftsrechtlichen Pflichten ableitbar sind, um die gelebte Praxis. Damit stellt das OLG auch klar, dass es aus seiner Sicht keine generelle Konzernüberwachungspflicht hinsichtlich der Einhaltung straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Normen in Tochterunternehmen gibt. Bedauerlicherweise stellt das OLG hier keinen Bezug zur aktuellen Compliance-Diskussion her, bei der gerade aus § 130 OWiG zum Teil doch sehr weitgehende Compliance-Pflichten abgeleitet werden.[53] Als *caveat* gegenüber dem Ansatz des OLG ist zudem anzuführen, dass allein die Nichteinmischung seitens der Muttergesellschaft nicht dazu führen kann, dass keine Aufsichtspflicht besteht. Vielmehr kann der Ansatz nur insoweit tragen, dass – bei der Vielgestalt der Formen innerhalb eines faktischen Konzerns – Rücksicht darauf genommen wird, inwieweit und in welchen Bereichen die Obergesellschaft in die Tochtergesellschaft in der Praxis „hineinregiert", was von der faktischen Mitgeschäftsführung über einzelne Weisungen bis hin zur fast völligen Unabhängigkeit der Tochtergesellschaft reichen kann. In Bereichen, in denen die Obergesellschaft bestimmte Aufgaben für die Tochter wahrnimmt oder durch Weisungen etc. mitentscheidet, ist sie aber auch besonders zur Überwachung und Kontrolle der Rechtseinhaltung verpflichtet. Im Übrigen hat sie eine Pflicht möglichen Verstößen nachzugehen, soweit sie hiervon konkrete Kenntnis im Einzelfall erlangt, die eine Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft in Frage stellt.[54]

Das OLG hat nunmehr nachvollziehbar keine ausreichenden Umstände gesehen, in denen die Muttergesellschaft für die Tochter Aufgaben wahrgenommen hätte. Die Gestaltung des Vergütungsmodells mit dem Lohnsplitting wurde unabhängig in der Tochtergesellschaft abgewickelt wie auch die Verwaltung inklusive der Personalangelegenheiten selbständig durchgeführt wurde. Weniger nachvollziehbar ist jedoch die Annahme des OLG, dass der Muttergesellschaft – obwohl sie positiv Kenntnis z.B. seitens ver.di von den Bedenken gegen das Lohnsplittingmodell hat – keine besondere Kontrollpflicht erwachsen ist. Die Geschäftsführung der FMG hatte Kenntnis von den Bedenken, die Rechtsabteilung der FMG hatte selbst Bedenken und der V war über den Aufsichtsrat auch direkt mit der Thematik befasst, die für ihn als Geschäftsführer der FMG bereits von Relevanz war. Dass aus diesen Umständen keine Pflicht seitens der FMG, insbesondere des V erwachsen solle, aktiv den Aspekten in der Tochtergesellschaft nachzugehen und in diesem Punkt eine vertiefte Aufsichtsfunktion wahrzunehmen, ist äußerst zweifelhaft. Insgesamt stellt das OLG hier besonders hohe Hürden für die Staatsanwaltschaft auf, wenn sie selbst eine vertiefte Befassung seitens der Muttergesellschaft mit dem in Frage stehenden delinquenten Verhalten in der Tochtergesellschaft nicht für die Begründung der Aufsichtspflicht ausreichen lässt. Diese restriktive Haltung mag daran liegen, dass – wie das OLG auch anführt – der Geschäftsführer des Mutterunternehmens über § 9 OWiG auch Beteiligter einer Aufsichtspflichtverletzung des vertretungsberechtigten Organs des Tochterunternehmens sein könne (was vorliegend jedoch nicht geprüft wird). Dies setzt jedoch eine vorsätzliche Beteiligung iSd § 14 voraus, die ein deutliches Mehr gegenüber der auch fahrlässig möglichen Außerachtlassung der Aufsicht in § 130 OWiG darstellt und damit auf andersartiges „deliktisches" Verhalten zielt.

---

[53] Vgl. *Bock*, ZIS 2009, 68; *Lösler*, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, 2003, S. 127 ff.; B. *Schmidt*, Compliance in Kapitalgesellschaften, 2010, S. 70.
[54] Vgl. bspw. KK-OWiG-*Rogall*, § 130 Rn. 28; *Wirtz*, WuW 2001, 348 f.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Mit seiner Entscheidung leistet das OLG München im Bereich der Aufsichtspflichten innerhalb von Konzernverhältnissen insoweit Pionierarbeit, als es die erste vertieftere Auseinandersetzung mit der Thematik seitens der Rechtsprechung ist und auch erste Klarstellungen bezüglich der Reichweite des § 130 OWiG bringt. Wünschenswert für die weitere Entwicklung ist nunmehr die Herausarbeitung klarerer Fallgruppen z.B. hinsichtlich verschiedener Formen des Vertragskonzerns und des faktischen Konzerns sowie die Bestimmung der Kriterien, die für eine Einflussnahme in die Sphäre des Tochterunternehmens seitens der Muttergesellschaft und damit für die Begründung der Aufsichtspflicht besonders relevant sind.

Insolvenzstrafrecht

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Voraussetzung einer Durchsuchung nach § 102 StPO

Notwendiger Anlass einer Durchsuchung gemäß § 102 StPO ist ein hinreichender Anfangsverdacht, wobei die Verdachtsgründe auf hinreichend konkreten Tatsachen beruhen müssen.

Mit Blick auf die Schwere des Eingriffs einer Durchsuchung in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG bedarf eine solche Maßnahme der besonderen Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

BVerfG, Beschluss vom 08.01.2015 – 2 BvR 2419/13, GesR 2015, 162 = BeckRS 2015, 46586 mit Anm. Gutman, FD-StrafR 2015, 370585

Auch im neuen Berichtszeitraum hat das BVerfG wieder zur Anordnungspraxis der Ermittlungsrichter im Zusammenhang mit Durchsuchungen Stellung genommen (s. dazu schon die Hinweise in WiJ 2015, 160). In der jetzt entschiedenen Sache, die ein Ermittlungsverfahren gegen einen Arzt wegen Betruges (§ 263 StGB) und Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 278 StGB) betraf, war zuvor eine einstweilige Anordnung ergangen, mit der den Ermittlungsbehörden die Sichtung und Auswertung sichergestellter Beweisgegenstände untersagt worden war (BVerfG, Beschluss vom 02.12.2013 – 2 BvR 2419/13, n.v.). Das BVerfG hat in seiner jetzt ergangenen Entscheidung die Durchsuchungsmaßnahme gebilligt, aber nochmals auf die besondere Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hingewiesen: Eingriffsintensität einerseits und Stärke des Verdachts bzw. Schwere der im Raum stehenden Sanktion andererseits müssen stets gegeneinander abgewogen werden. Der Richter hat die Durchsuchungsanordnung, die überdies aus sich selbst heraus verständlich sein muss, hinreichend zu bestimmen und ihren äußeren Rahmen auch festzulegen (BVerfG, Beschluss vom 16.01.2015 – 2 BvR 440/14, WM 2015, 1034). Zudem muss der Beschluss den mutmaßlich verwirkten Straftatbestand genau bezeichnen (BVerfG, Beschluss vom 16.04.2015 – 2 BvR 2279/13, WM 2015, 1080).

2. Durchsuchung und Eilkompetenz

Aus Art. 13 GG ergibt sich die Verpflichtung des Staates, eine effektive Durchsetzung des grundrechtssichernden Richtervorbehalts zu gewährleisten.

Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden.

Die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden kann nur dann neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über diesen Antrag ergeben, und hierdurch die Gefahr eines Beweismittelverlusts in einer Weise begründet wird, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht.

Auf die Ausgestaltung der justizinternen Organisation kann die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden nicht gestützt werden.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

BVerfG, Beschluss vom 16.06.2015 – 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11, NStZ 2015, 529 mit Anm. Grube. S. auch Bittmann, NJW 2015, 2794

Der Beschluss hat schwerwiegende Auswirkungen auf die Praxis der Ermittlungsbehörden: Sobald ein Ermittlungsrichter mit der Sache befasst wird, ist die Annahme von Gefahr im Verzug regelmäßig ausgeschlossen. Anders als der BGH, der bei einem „unwilligen Ermittlungsrichter" der Staatsanwaltschaft erlaubt hatte, Maßnahmen selbst wegen Gefahr im Verzug anzuordnen, sofern ein Beweismittelverlust droht (BGH, Beschluss vom 11.08.2005 – 5 StR 200/05, NStZ 2005, 114 mit Anm. Weyand, INF 2006, 51), hebt das BVerfG die besondere Bedeutung des Richtervorbehalts hervor. Dieser ist vorrangig auch dann zu beachten, wenn der zuständige Richter aus Arbeitsüberlastung oder wegen vorrangiger anderer Tätigkeiten über einen Antrag auf Erlass von Durchsuchungsmaßnahmen nicht entscheiden kann. Es ist Aufgabe der staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass ausreichende personelle und sachliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden, um die effektive Durchsetzung des präventiven Richtervorbehalts einerseits und eine funktionstüchtige Strafrechtspflege andererseits zu gewährleisten. Defizite insoweit rechtfertigen eine Einschränkung des präventiven richterlichen Grundrechtsschutzes nicht.

3. Strafprozessualer Arrest - §§ 111 ff. StPO

Wird im Wege vorläufiger Sicherungsmaßnahmen das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen der Verfügungsbefugnis des Einzelnen entzogen, fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht lediglich eine Vermutung, dass es sich um strafrechtlich erlangtes Vermögen handelt. Vielmehr bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung und einer eingehenden Darlegung der dabei maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen in der Anordnung, damit der Betroffene gegen diese Rechtsschutz suchen kann.

Nach der Einfügung des staatlichen Auffangrechtserwerbs in § 111i Abs. 2 - 6 StPO ist neben dem Interesse des potenziell Geschädigten insbesondere das staatliche Interesse an der Abschöpfung inkriminierten Vermögens in die Abwägung einzubeziehen.

Hinsichtlich des Sicherstellungsinteresses (hier: eines Sozialversicherungsträgers) sind stets besondere Ermittlungen geboten. Aufgelaufene Zinsen und Säumniszuschläge sind regelmäßig nicht „aus der Tat" erlangt und unterliegen daher nicht dem Verfall. Insoweit ist ggf. eine von der Beitragsschuld abweichende Arrestanordnung zu treffen.

BVerfG, Beschluss vom 17.04. 2015 - 2 BvR 1986/14, ZInsO 2015, 1496

Auch der Fiskus kann Verletzter i.S.d. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB sein.

Der Umstand, dass über das Vermögen des Angeklagten das Insolvenzverfahren eröffnet ist, steht einer Feststellung gem. § 111i Abs. 2 StPO nicht entgegen.

BGH, Beschluss vom 12.03. 2015 - 2 StR 322/14, ZInsO 2015, 1569 = ZWH 2015, 227

Siehe zu dieser immer praxisrelevanteren Problematik zunächst die umfangreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweise in WiJ 2015, 82. Aus der neueren Literatur vgl. Bittmann, ZWH 2015, 58, ders., ZInsO 2015, 1758; Markgraf/Schulenburg, KTS 2015, 1; Pauka/Daners, NZI 2015, 646.

II. Materielles Strafrecht

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr - § 299 StGB

Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH kann trotz der rechtlichen Selbstständigkeit der Gesellschaft den Tatbestand einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) nicht erfüllen. Anders als die Untreue (§ 266 StGB) ist § 299 StGB nicht auf vermögensbezogene Pflichtverletzungen ausgerichtet.

LG Frankfurt/Main, Beschluss vom 22.04. 2015 - 5/12 Qs 1/15, ZInsO 2015, 1287 = ZIP 2015, 1534 mit Anm. Rathgeber, FD-StrafR 2015, 369522

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

III. Weitere Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

1. Haftung eines Geschäftsführers für Beiträge zur Gesamtsozialversicherung - § 823 Abs.2 BGB iVm § 266a StGB

§ 266a StGB stellt ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar. Der Geschäftsführer einer zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichteten Gesellschaft, der gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG als deren gesetzlicher Vertreter die Arbeitgeberfunktion für diese ausübt, ist über § 14 StGB Normadressat des Schutzgesetzes.

Ein Vorenthalten im Sinne des § 266a StGB ist gegeben, wenn die Beiträge zum Zeitpunkt der Fälligkeit nicht entrichtet werden.

Der einzelne Geschäftsführer einer GmbH bleibt kraft seiner Amtsstellung und seiner nach dem Gesetz gegebenen "Allzuständigkeit" für alle Angelegenheiten der Gesellschaft und damit auch für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Gesellschaft, zu denen die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge gehört, verantwortlich, auch wenn die diesbezüglichen Aufgaben durch interne Zuständigkeitsverteilung oder durch Delegation auf andere Personen übertragen wurden. Es bleiben stets Überwachungspflichten, die Veranlassung zum Eingreifen geben, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung von der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch den (intern) zuständigen Geschäftsführer oder den mit der Erledigung beauftragten Arbeitnehmer nicht mehr gewährleistet ist. Bei einer offensichtlichen Finanzkrise der Gesellschaft ist der Geschäftsführer gehalten, aufgrund eigener Kontrolle Sorge dafür zu tragen, dass die Zahlungspflichten auch tatsächlich erfüllt werden. Auf die Zusage des Mitgeschäftsführers darf er nicht vertrauen, sondern muss selbst kontrollieren müssen, ob die Beiträge tatsächlich abgeführt werden.

Für die Annahme der zur Enthaftung des Geschäftsführers führenden Unmöglichkeit der Leistung ist noch nicht ausreichend, dass die Gesellschaft nicht mehr genug Mittel hat, um allen bestehenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Erforderlich ist, dass das Unternehmen nicht mehr über genug liquide Mittel verfügt, um gerade die konkret geschuldete Forderung (und nur diese) zu decken. Der Arbeitgeber ist in einer Krisensituation gehalten, durch geeignete Maßnahmen, etwa durch die Aufstellung eines Liquiditätsplanes und die Bildung ausreichender Rücklagen unter Zurückstellung anderer Zahlungsverpflichtungen, notfalls auch durch Kürzung der auszuzahlenden Löhne, sicher zu stellen, dass er die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung auch wird fristgerecht abführen können.

Die Haftung des Geschäftsführers entfällt, wenn die Zahlungen an den Sozialversicherungsträger später hätten erfolgreich gemäß § 130 InsO angefochten werden können; zur hierfür erforderlichen Kenntnis des Sozialversicherungsträgers.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.09.2014 – I-21 U 38/14, ZInsO 2015, 861 = NZI 2015, 517 = ZWH 2015, 196 mit Anm. Kluth, NZI 2015, 521

2. Gewerbeuntersagung bei Insolvenzstraftat und steuerlichen Säumnissen - § 35 GewO

Ein GmbH-Geschäftsführer, der wegen Insolvenzverschleppung vorbestraft ist, und dessen Gesellschaft in steuerlicher Hinsicht säumig ist, bietet keine Gewähr dafür, dass er in Zukunft ein seiner bisherigen Tätigkeit entsprechendes Gewerbe ordnungsgemäß ausüben wird.

VG Augsburg, Urteil vom 26.03.2015 - Au 5 K 14.1253, ZInsO 2015, 1290

3. Pflicht des GmbH-Geschäftsführers zur Mittelvorsorge - §§ 34, 35 AO

Der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person, der seine Pflicht verletzt, Steuern bzw. die steuerlichen Nebenleistungen aus den Mitteln zu entrichten, die er verwaltet, handelt i.d.R. grob fahrlässig.

Reichen die vorhandenen Mittel nicht aus, um alle Schulden zu bezahlen, müssen die im Zeitpunkt der Fälligkeit vorhandenen Mittel lediglich anteilig zur Befriedigung des Steuergläubigers und der übrigen Gläubiger eingesetzt werden.

VG Arnsberg, Urteil vom 16.04.2015 - 5 K 482/15, ZInsO 2015, 1354

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Internationales

Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; Rechtsanwalt Dr. Lukas Kollmann; Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, Rechtsanwalt Mag. Philip Wolm, alle Wien

Länderbericht Österreich

I. Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015

Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (StRÄG 2015)[1], welches am 01.01.2016 in Kraft tritt, setzt seinen Reformschwerpunkt – im Gegensatz zur letzten Novelle aus dem Jahr 2014 - im materiellen Recht des StGB, welches seit 1975 nicht mehr umfassend reformiert worden war. Ziel dieser umfassenden Novellierung soll - kurz ausgedrückt - eine Anpassung der Normierungen des StGB an die sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des 21. Jahrhunderts sein. Im Folgenden soll ein Grobüberblick über die wesentlichsten Neuerungen gegeben werden.

1. Untreue (§ 153 StGB): Tatbestandsreform und „Business Judgment Rule“

Die Reform des Untreuetatbestandes findet ihren Ursprung in einem Initiativantrag der Justizsprecher der Regierungsparteien. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs iS Libro[2] hatte zu zahlreichen Unsicherheiten insbesondere in der Wirtschaft geführt.

Von den zahlreichen Vorschlägen zur Reformierung des Tatbestandes wurden schlussendlich jener, wonach die Untreue nur das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schützen soll und allein die „unvertretbaren“ Pflichtverstöße strafbar sein sollen[3], in den neuen Gesetzestext aufgenommen. Der ebenfalls diskutierte Entfall der Strafbarkeit bei Zustimmung der wirtschaftlichen Berechtigten fand hingegen keinen Eingang in die Novelle.

Gänzlich neu geschaffenen wurde der Abs 2 leg cit. Missbräuchlich handelt demnach sodann nur jener Machthaber, der „in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.“ Unter Strafe gestellt werden soll hierbei ein auf unvertretbare Weise gesetzter Verstoß gegen „internes Dürfen“. In Relation zum Ermessensspielraum wird auf Entscheidungen abgestellt, welche jenseits vernünftiger Ermessensausübung liegen.[4]

Aufgrund dessen, dass sich eine klare Linie in Bezug auf Überschreitung des Ermessenspielraumes wohl schwer ziehen lässt, wird die Judikatur, im Rahmen praktischer Anwendung der Norm, eine eindeutige Abgrenzung erarbeiten müssen

Im Rahmen der Reform wurden auch Bestimmungen des GmbHG und AktG entsprechend angepasst. Der, von der Judikatur bereits angewandten, „Business Judgment Rule“ entsprechend, wird nun in § 25 Abs. 1a GmbHG und § 84 Abs. 1a AktG das unvertretbare Handeln definiert. Ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied handelt „jedenfalls in Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Informationen annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“[5] Entscheidungen die im Einklang mit der „Business Judgment Rule“ getroffen wurden, sind folglich nicht unvertretbar und sohin auch nicht strafbar. Außer-

[1] BGBl I 2015/112
[2] 12 Os 117/12s
[3] IA 1110/A BlgNR XXV. GP.
[4] *Götz/Krakow/Schrank,* Compliance Praxis 3/2015, 34.
[5] IA 1110/A BlgNR XXV. GP, 2.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

halb der „Business Judgment Rule" zu entscheiden bedeutet nicht zwangsläufig einen Sorgfaltsverstoß begangen zu haben, jedoch wird hierbei eine gewisse Indizwirkung schwer absprechbar sein.[6]

Beim Schadensbegriff stellt die Novelle im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den Vermögensschutz der wirtschaftlich Berechtigten ab. „Untreue scheidet daher aus, wenn eine Vertretungshandlung zwar formal den Machtgeber schädigt, der diesbezügliche Nachteil aber wirtschaftlich dem hinter den Machtgeber stehenden Berechtigten (bei Kapitalgesellschaften beispielsweise den Anteilseignern entsprechend ihren Anteilen) zugutekommt."[7]

Aufgrund der neu geschaffenen (unbestimmten) Gesetzesbegriffe bleibt abzuwarten, ob sich diese Neureglung in der Praxis tatsächlich als der „große Wurf" herausstellen wird.

2. Vermögensdelikte: Anhebung der Wertgrenzen und Sonderzuständigkeit

Wesentliche Änderungen betreffen auch die Erhöhung der Wertgrenzen im Bereich der Vermögensdelikte. Die erste Wertgrenze wird von EUR 3.000 auf EUR 5.000 angehoben, während die zweite Wertgrenze von EUR 50.000 auf (beachtliche) EUR 300.000 angehoben werden wird. Sohin droht ab 01.01.2016 bei Vorliegen einer Untreue erst ab einem Schaden in der Höhe von EUR 5.000 eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren, bei einem Schaden von EUR 300.000 eine Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren.

Die Anhebung der Wertgrenzen würde für Vermögensdelikte mit Schaden bzw. Vorteil von über EUR 50.000 bis EUR 300.000 die Zuständigkeit des Landesgerichts als Einzelrichter begründen, da das Schöffengericht erst ab EUR 300.000 zuständig wäre. Dadurch würde der Instanzenzug für Vermögensdelikte mit Schaden bzw. Vorteil von über EUR 50.000 bis EUR 300.000 an das Oberlandesgericht verschoben werden. Um dies zu vermeiden, wird die schöffengerichtliche Sonderzuständigkeit auf den Wertbereich von über EUR 50.000 bis EUR 300.000 ausgedehnt.[8]

Weiters wurde im Bereich der fahrlässigen Krida der „qualifizierende Ausfall der Befriedigung" von EUR 800.000 auf EUR 1.000.000 erhöht.[9]

Demgegenüber bleiben die bestehenden Wertgrenzen im Bereich der Korruptionsdelikte, Amtsdelikte und Geldwäscherei im bisherigen Ausmaß bestehen.

3. Sozialbetrug (§ 153d StGB): Tatbestandserweiterung

Bislang machten sich Dienstgeber strafbar, wenn sie auf betrügerische Weise dem Versicherer rechtmäßig zustehende Sozialversicherungsbeiträge oder Zuschläge vorenthielten.

Ab 01.01.2016 macht sich strafbar, wer die Anmeldung einer Person zur Sozialversicherung oder Bauarbeiter-Urlaubs-Abfertigungskasse („BUAK"), mit dem Wissen, dass anfallende Beiträge nicht geleistet werden sollen, vornimmt, vermittelt oder in Auftrag gibt. Strafbarkeit besteht allerdings nach wie vor jedoch nur dann, wenn die anfallenden Beiträge oder Zuschläge nicht vollständig geleistet werden.[10]

4. Gesetzliche Verankerung des Begriffes der groben Fahrlässigkeit

Der Begriff der groben Fahrlässigkeit, wie er sich bei § 159 StGB (grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen) und diversen Umweltdelikten findet, erhält im Rahmen der Reform gesetzlich verankerte Definition.

Grobe Fahrlässigkeit wird hierbei nunmehr bei jenem ungewöhnlichen und auffallend sorgfaltswidrigen Handeln angenommen, bei welchem der Eintritt eines, dem gesetzlichen Tatbildes entsprechenden Sachverhaltes, geradezu als wahrscheinlich vorhersehbar war.[11]

---

[6] *Götz/Krakow/Schrank,* Compliance Praxis 3/2015, 36.
[7] IA 1110/A BlgNR XXV. GP, 4.
[8] *Rebisant/Singer*, Die wichtigsten Änderungen gegenüber dem Ministerialentwurf im Überblick, ZWF 2015, 150 (157).
[9] *Götz/Krakow/Schrank*, Änderungen im Straf- und Strafprozessrecht ab Jänner 2016, Compliance Praxis 3/2015, 34 (34).
[10] *Götz/Krakow/Schrank,* Compliance Praxis 3/2015, 39.
[11] *ebd.*

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

5. Bilanzdelikte (§§ 163a – 163d)

Ein weiterer Reformschwerpunkt war die Zusammenfassung der, bislang verstreuten und voneinander abweichenden, Bilanzdelikte unter einen einheitlichen Bilanzdeliktstatbestand. Von Strafbestimmungen im Investmentfondgesetz, Immobilien-Investmentfondgesetz und Kapitalmarktgesetz abgesehen, werden die Bestimmungen anderer Materiengesetze von den neuen StGB Bestimmungen ersetzt.

§ 163a (Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände) und § 163b (Unvertretbare Berichte von Prüfern bestimmter Verbände) differenzieren hinsichtlich des Täterkreises zwischen Entscheidungsträgern der Gesellschaft (§ 163a) und externen Prüfern (§ 163b).

Im StrÄG 2015 sind nunmehr auch ausländische Gesellschaften erfasst.[12]

Strafbar nach § 163a StGB macht sich eine unvertretbar falsche oder unvollständige Darstellung von wesentlichen Informationen, welche Finanz-, Ertrags- oder Vermögenslage betreffen oder für die Beurteilung künftiger Entwicklungen derselben entscheidend sind. Zusätzlich muss die falsche bzw. unvollständige Information in der Lage sein, einen erheblichen Schaden für Verband, Gesellschafter, Mitglieder und Gläubiger herbeizuführen.[13] Sämtliche kumulative Tatbestandsmerkmale bedürfen des Tätervorsatzes.[14]

Der Täterkreis des § 163b StGB wird über die Generalklausel „aufgrund verbandsrechtlicher Bestimmungen bestellter Prüfer mit vergleichbaren Funktionen" demonstrativ bestimmt. Es machen sich jene Prüfer strafbar, welche vorsätzlich in unvertretbarer Weise wesentliche Informationen falsch oder unvollständig darstellen, oder verschweigen, dass die von ihnen geprüften Abschlüsse, Verträge oder Berichte wesentliche Informationen falsch oder unvollständig darstellen. Auch der in unvertretbarer Weise erteilte inhaltlich unrichtige Bestätigungsvermerk wird durch § 163b Abs. 2 StGB sanktioniert.[15]

Im Rahmen der neuen Bilanzdelikte wird in begrenztem Umfang auch die Möglichkeit der tätigen Reue zugestanden.

6. Diversion (§ 198 StPO): Diversionshindernis nach Strafdrohung statt Zuständigkeit

Das bisherige (formelle) Diversionshindernis der Zuständigkeit des Schöffen- bzw. Geschworenengerichts (siehe aber auch § 198 Abs 3 StPO) wird durch das StRÄG 2015 dahingehend erweitert bzw. beseitigt, dass nunmehr (lediglich) darauf abgestellt wird, dass der bezughabende Strafrahmen fünf Jahre nicht übersteigt, wodurch sich der mögliche Anwendungsbereich entsprechend erweitern wird. Sohin mögliche Diversionen im Rahmen gerichtlicher Finanzstrafverfahren sind eigener Regelung vorbehalten.[16]

II. Entscheidungen

1. Geldwäscherei, An-sich-Bringen

§ 165 StGB

OGH 26.8.2014, 11 Ns 41/14i = JBL 2015, 128 (kritisch Stricker)

Rechtssatz

,,An sich gebracht" iSv § 165 Abs 2 StGB ist ein Vermögensbestandteil bei Erlangen faktischer Verfügungsmacht darüber. Eine solche ist nicht erst - wie bei der Hehlerei - bei Erwerb des Gewahrsams anzunehmen, sondern bereits bei der ab Einlangen darauf bestehenden Möglichkeit, über den Vermögensbestandteil in Form eines Positivsaldos auf einem Konto (etwa durch Behebungen oder Überweisungen) verfügen zu können. Vermögensbestandteile sind eben nicht nur körperliche Sachen, weshalb - trotz Verwendung desselben

[12] *Götz/Krakow/Schrank*, Compliance Praxis 3/2015, 37.
[13] *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 152.
[14] *Götz/Krakow/Schrank*, Compliance Praxis 3/2015, 37.
[15] *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 154.
[16] *Rebisant/Singer*, ZWF 2015, 162.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Wortes - bei § 165 StGB nicht (wie bei § 164 StGB) allein auf Gewahrsamserlangung abgestellt werden darf.

§ 165 Abs 2 StGB enthält rechtlich gleichwertige Begehungsweisen und statuiert daher ein alternatives Mischdelikt. Verwirklicht ein Täter in Ansehung desselben Vermögensbestandteils mehrere Begehungsformen, liegt demnach nur eine einzige strafbare Handlung vor. Dies ändert indes nichts daran, dass jede der einzelnen Tathandlungen der Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 StGB eine selbständige Straftat und als solche Anknüpfungspunkt für den Gerichtsstand des Zusammenhangs gem § 37 Abs 1, Abs 2 StPO ist.

Rechtliche Beurteilung

Über die Erledigung des Strafantrags der Staatsanwaltschaft Leoben (AZ 7 St 101/14w, ON 8 der Hv-Akten) gegen Matthias T***** und Hermine D***** wegen eines als Vergehen der Geldwäscherei nach § 165 Abs (1 und; vgl RIS-Justiz RS0094706) 2 StGB beurteilten Verhaltens behängt ein Zuständigkeitsstreit zwischen den Landesgerichten Steyr und St. Pölten (siehe ON 10 und 11).

T***** und D***** sollen „in S*****, L***** und K*****" aus einem qualifizierten Betrug stammende 7.000 Euro auf ihrem bei der R***** in S***** eingerichteten Konto in Empfang, das Geld in I*****, Bezirk K***** (ON 6 S 4) behoben und sodann zu einem großen Teil in L***** (neuerlich ON 6 S 4) in die Ukraine transferiert, mithin an sich gebracht und an Dritte übertragen haben.

§ 165 Abs 2 StGB enthält rechtlich gleichwertige Begehungsweisen und statuiert daher ein alternatives Mischdelikt. Verwirklicht ein Täter in Ansehung desselben Vermögensbestandteils mehrere Begehungsformen, liegt demnach nur eine einzige strafbare Handlung vor (*Kirchbacher*in WK² § 165 Rz 14, 18). Dies ändert indes nichts daran, dass jede der einzelnen Tathandlungen der Geldwäscherei nach (hier) § 165 Abs 2 StGB eine selbständige Straftat und als solche Anknüpfungspunkt für den Gerichtsstand des Zusammenhangs gemäß § 37 Abs 1, Abs 2 StPO ist.

„An sich gebracht" im Sinne von § 165 Abs 2 StGB (was im Übrigen zur Herstellung des subjektiven Tatbestands Wissentlichkeit - § 5 Abs 3 StGB - erfordert) ist ein Vermögensbestandteil bei Erlangen faktischer Verfügungsmacht darüber (*Kirchbacher* in WK² § 165 Rz 18a). Eine solche ist nicht erst - wie bei der Hehlerei (*Kirchbacher* in WK² § 164 Rz 24) - bei Erwerb des Gewahrsams anzunehmen, sondern bereits bei der ab Einlangen darauf bestehenden Möglichkeit, über den Vermögensbestandteil in Form eines Positivsaldos auf einem Konto (etwa durch Behebungen oder Überweisungen) verfügen zu können (RIS-Justiz RS0093893, RS0093878 [T3, T4]). Vermögensbestandteile sind eben nicht nur körperliche Sachen, weshalb - trotz Verwendung desselben Wortes - bei § 165 StGB nicht (wie bei § 164 StGB) allein auf Gewahrsamserlangung abgestellt werden darf (*Kirchbacher* in WK² § 164 Rz 7, § 165 Rz 6 ff).

Die Zuständigkeit begründender Tatort (§ 36 Abs 3 StPO, § 37 Abs 1, Abs 2 zweiter Satz StPO) ist diesfalls der Sitz des kontoführenden Unternehmens -im Gegenstand S*****.

Daraus folgt - wie bereits die Generalprokuratur zutreffend ausführte - die Zuständigkeit des Landesgerichts St. Pölten.

2. Sperrwirkung der Verfolgung in einem anderen Mitgliedstaat

Art 54 SDÜ

OLG Linz 9.9.2014 7 Bs 131/14k

Werden unverzollte und unversteuerte Zigaretten aus dem EU-Ausland nach Österreich und weiter nach Deutschland verbracht und wurde der Schmuggler in Deutschland rechtskräftig wegen gewerbsmäßigen Schmuggels in Tateinheit mit Steuerhinterziehung verurteilt, ist das in Österreich gegen den Schmuggler geführte Verfahren wegen gewerbsmäßiger Abgabenhinterziehung gem §§ 33 Abs 1, 38 Abs 1 FinStrG wegen *ne bis in idem* (Art 54 SDÜ) einzustellen.

Rechtssatz

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Die Verbringung von unverzollten und unversteuerten Zigaretten aus Serbien bzw. dem Kosovo über einen anderen EU-Mitgliedstaat nach Österreich und in der Folge nach Deutschland, um sie dort zu verkaufen, stellt eine einzige Tat dar.

Die Verurteilung wegen eines solchen Zigarettenschmuggels in Tateinheit mit Steuerhinterziehung durch ein deutsches Gericht, nachdem die deutsche Staatsanwaltschaft in Ansehung der österreichischen Tabaksteuer eine Erklärung gemäß §§ 154, 154a dStPO abgegeben hatte, hat eine Sperrwirkung iSd Art 54 SDÜ zur Folge.

3. Verletzung des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes durch parallele abgabenrechtliche und strafrechtliche Ahndung

Art 4 7. ZPEMRK

EGMR 27.1.2015, Beschw-Nr 17039/13, Rinas gg Finnland

Über den Beschwerdeführer wurde auf gleicher Sachverhaltsgrundlage im Abgabenverfahren ein Strafzuschlag und im Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung eine Geld- und Freiheitsstrafe verhängt. Der EGMR sieht den Grundsatz *ne bis in idem* aus folgenden Gründen als verletzt an:

- Nicht nur die Verurteilung zu einer Geld- und Freiheitsstrafe, sondern auch die Festsetzung eines Zuschlags im Abgabenverfahren kann eine Strafe im Sinne des Ne-bis-in-idem- Grundsatzes darstellen , sofern der abgabenrechtliche Zuschlag gemessen an den vom EGMR etablierten ,,*Engel*-Kriterien" (Einordnung nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht, Art der Zuwiderhandlung sowie Art und Schweregrad der drohenden Sanktion) als Strafe zu qualifizieren ist.

- Im konkreten Fall ergibt sich der Strafcharakter des abgabenrechtlichen Zuschlags daraus, dass mit der Verhängung des Zuschlags der Abgabepflichtige von einer erneuten Pflichtverletzung abgehalten werden soll. Der Zuschlag ist nicht bloß als restitutive Sanktion, wie etwa eine Schadenersatzleistung, zu qualifizieren. Dass das finnische nationale Recht den Zuschlag nicht als Strafe einordnet, steht der Qualifikation als Strafe ebenfalls nicht entgegen.

- Solange keines der Verfahren rechtskräftig entschieden wurde, besteht keine Sperrwirkung durch den Ne-bis-in-idem-Grundsatz, und die Verfahren können parallel geführt werden. Erst die erste rechtskräftige Entscheidung (im gegenständlichen Fall die höchstgerichtliche Entscheidung im Strafverfahren) löst diese Sperrwirkung mit der Konsequenz aus, dass die Beendigung des Strafverfahrens im abgaberechtlichen Verfahren zu berücksichtigen ist und der Zuschlag nicht mehr vorgeschrieben werden darf.

4. Inländische Gerichtsbarkeit bei tatbestandlicher Handlungseinheit

Eine für die inländische Gerichtsbarkeit Österreichs wesentliche Frage beantwortet 17 Os 30/14m:

„Der Erledigung des Rechtsmittels ist vorauszuschicken, dass –wie das Erstgericht bereits zutreffend erkannt hat (US 36) - § 64 StGB nicht zur Anwendung gelangt. § 64 Abs 1 Z 2 StGB erfasst nur strafbare Handlungen österreichischer (für einen österreichischen Rechtsträger tätige) Amtsträger (vgl dazu Jerabek in WK2 StGB § 74 Rz 17a ff) und § 64 Abs 1 Z 2a StGB (idF BGBl I 2012/61) galt zu den Tatzeiten noch nicht. Auch bestand keine völkerrechtliche Verpflichtung, Straftaten unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts zu verfolgen (§ 64 Abs 1 Z 6 StGB). Denn die Republik Österreich hatte zum „Übereinkommen auf Grund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c des Vertrags über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind" (EU- Bestechungsübereinkommen, BGBl III 2000/38) den Vorbehalt erklärt, im Hinblick auf Auslandstaten eigener Staatsbürger nur dann gebunden zu sein, wenn die Tat auch in dem Land strafbar ist, in dem sie begangen wurde. Weitere relevante Rechtsakte, nämlich das OECD-Bestechungsübereinkommen (BGBl III 1999/176) sowie das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption (BGBl III 2006/47), regeln nur die aktive Abgeordnetenbestechung.

Die österreichischen Strafgesetze kommen somit nur nach Maßgabe von Strafbarkeit nach ausländischem Recht im Sinn des § 65 Abs 1 StGB zur Anwendung. Mit Blick darauf, dass der Angeklagte nach den Urteilsannahmen den Vorteil in tatbestandlicher Handlungseinheit (zum Begriff und den Auswirkungen vgl RIS-Justiz RS0122006) in Brüssel und London forderte (US 2, 5 ff), lie-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

gen an sich mehrere Bezugspunkte zu ausländischem Recht vor. In einem solchen Fall genügt es, wenn die Tat nur nach einem der in Betracht kommenden Tatortgesetze mit Strafe bedroht ist, weil § 65 Abs 1 StGB ansonsten den paradoxen Fall von Straflosigkeit trotz Vorliegens beiderseitiger Strafbarkeit regeln würde. Die dem Gesetz somit zugrunde liegende Bevorzugung strengeren Rechts schlägt auch auf die Günstigkeitsklausel nach § 65 Abs 2 StGB durch. Demnach darf der Täter bei der Bestimmung der Strafe (nur) nicht ungünstiger gestellt werden als nach dem strengeren (im Verhältnis zu österreichischem Recht dennoch günstigeren) Tatortrecht.

Vorliegend waren die Taten nach beiden für die Tatzeit in Betracht kommenden ausländischen Gesetzen mit Strafe bedroht. Sowohl Art 247 belgischer Code Pénal (vgl auch die Bezugnahme des Art 250 belgischer Code Pénal auf ausländische Amtsträger) als auch der englische „Public Bodies Corrupt Practices Act 1889" (vgl dazu McKenna, A guide to existing bribery and corruption offences in England and Wales [201O], 6 mit Hinweis [aaO, 4] auf die nach dem Common Law erfassten „members of parliament") kannten § 304 Abs 1 StGB vergleichbare Strafnormen. Nach dem Gesagten bezieht sich die Günstigkeitsklausel des § 65 Abs 2 StGB auf englisches Recht, sodass sich - abweichend vom Strafrahmen des § 304 Abs 2 letzter Halbsatz StGB - eine Strafbefugnis von bis zu sieben Jahren Freiheitsstrafe ergibt. Demnach bleiben die vergleichsweise niedrigeren Höchststrafdrohungen nach dem belgischen Code Pénal - dem Berufungsvorbringen zuwider - außer Betracht."

Rechtssatz

Zur Stärkung des Vertrauens in staatliche Institutionen ist es unumgänglich, potentiellen Straftätern in den Bereichen der Korruptions- und Amtsdelikte deutlich vor Augen zu führen, dass diesbezügliche Verfehlungen entsprechende Sanktionen nach sich ziehen.

Rechtssatz

Bilden in verschiedenen Staaten gesetzte Ausführungshandlungen eine tatbestandliche Handlungseinheit, genügt es, wenn die Tat nur nach einem der in Betracht kommenden Tatortgesetze mit Strafe bedroht ist, weil § 65 Abs 1 StGB ansonsten den paradoxen Fall von Straflosigkeit trotz Vorliegens beiderseitiger Strafbarkeit regeln würde. Die dem Gesetz somit zugrunde liegende Bevorzugung strengeren Rechts schlägt auch auf die Günstigkeitsklausel nach § 65 Abs 2 StGB durch. Demnach darf der Täter bei der Bestimmung der Strafe (nur) nicht ungünstiger gestellt werden als nach dem strengeren (im Verhältnis zu österreichischem Recht dennoch günstigeren) Tatortrecht.

5. Beiderseitige Strafbarkeit im Auslieferungsrecht

Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit im traditionellen Auslieferungsrecht wie auch Grundfragen des Allgemeinen Teils des StGB beschäftigen die Entscheidung 12 Os 147/14 f:

*„Der Beschluss des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 8. Oktober 2014, GZ 313 HR 69/14s-13, verletzt im Umfang der Bewilligung der Auslieferung des Ivica S***** zur Strafvollstreckung an Serbien auch wegen der im Urteil des Bezirksgerichts Uzice vom 11. Juli 2008 unter 2./ beschriebenen Handlung, wonach er am 5. Marz 2008 dem Edis Sk***** und der Dubravka K***** rechtswidrig eine Wohnung zum Zwecke des Gebrauchs von Suchtgift überlassen hat, was schwere Folgen, nämlich den Tod des Edis Sk***** zur Folge hatte, für zulässig erklärt wurde, das Gesetz in Art 2 Abs 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957, BGBl 1969/320 (ergänzt durch dessen 2. Zusatzprotokoll vom 17. Marz 1978, BGBl 1983/297) und § 27 Abs 1 Z 1 SMG.*

*Der Beschluss, der im Übrigen unberührt bleibt, wird in diesem Umfang aufgehoben und die Auslieferung des Ivica S***** insoweit für unzulässig erklärt.*

*In der Auslieferungssache AZ 301 St 54/14s der Staatsanwaltschaft Wien (= AZ 313 HR 69/14s des Landesgerichts für Strafsachen Wien) ersuchte das Ministerium für Justiz der Republik Serbien um Auslieferung des (derzeit zu AZ 26 St 338/14h der Staatsanwaltschaft Wien [= AZ 352 HR 184/14i des Landesgerichts für Strafsachen Wien] in Untersuchungshaft angehaltenen [vgl ON 3]) serbischen Staatsangehorigen Ivica S***** zur Vollstreckung der mit Urteil des Bezirksgerichts Uzice vom 11. Juli 2008 verhängten Freiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten.*

*Nach dem Inhalt dieses Urteils hat der Genannte (1./) am 4. Marz 2008 in P***** bewusst und gewollt 0,31 Gramm Betäubungsmittel, nämlich Heroin als Mischung mit Koffein und Paracetamol sowie vier Tabletten Xalol 1 mg mit dem Inhaltsstoff Alprazolam, zum Vertrieb besessen und*

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

*teilweise dem zwischenzeitlich verstorbenen Edis Sk***** überlassen und (2./) in der Nacht zum 5. Marz 2008 dem Edis Sk***** und der Dubravka K***** durch bewusstes Überlassen einer Wohnung eine Gelegenheit zum unbefugten Gebrauch von Suchtgift verschafft, wobei der Konsum van Heroin zu schweren Folgen, nämlich zum Tod des Edis Sk***** aufgrund einer Gehirn- und Lungenschwellung führte.*

*Ivica S***** hat hierdurch die Straftaten (zu 1./) der unerlaubten Herstellung, des Besitzes und des Vertriebs von Betäubungsmitteln nach Art 246 Abs 1 des serbischen Strafgesetzbuches (mit einer Strafdrohung von zwei bis zu zwölf Jahren Freiheitsstrafe), sowie (zu 2./) der Verschaffung von Gelegenheit zum unbefugten Gebrauch von Betäubungsmitteln nach Art 247 Abs 1 und 2 des serbischen Strafgesetzbuches (mit einer Strafdrohung von zwei bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe) begangen.*

*Mit dem in der Auslieferungsverhandlung am 8. Oktober 2014 (ON 12) gefassten Beschluss, GZ 313 HR 69/14s-13, erklärte das Landesgericht für Strafsachen Wien die Auslieferung des Ivica S***** zur Strafvollstreckung wegen der im Auslieferungsersuchen angeführten Straftaten unter Einhaltung des Grundsatzes der Spezialität für zulässig und schob die tatsächliche Übergabe bis zur Beendigung des vor dem Landesgericht für Strafsachen Wien zu AZ 352 HR 184/14i anhängigen Strafverfahrens und eines allenfalls daran anschließenden Strafvollzugs auf.*

Begründend wurde ausgeführt, dass auf den Sachverhalt das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957, BGBl 1969/320 (ergänzt durch dessen 2. Zusatzprotokoll, BGBl 1983/297), anwendbar sei. Nach Art 2 Abs 1 dieses Übereinkommens sei eine Auslieferung wegen strafbarer Handlungen zulässig, soweit diese sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch nach dem Recht des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß., von mindestens einem Jahr oder mit strengerer Strafe bedroht sind, wobei überdies ein zu vollstreckender Strafrest von zumindest vier Monaten offen sein müsse. Im vorliegenden Fall lägen diese Voraussetzungen vor, zumal die dem Auszuliefernden anzulastenden Taten nach österreichischem Recht dem „§ 27 Abs 1 Z 1 SMG" (mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe) zu unterstellen wären.

*Wie die Generalprokuratur in ihrer zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend aufzeigt, steht der Beschluss des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 8. Oktober 2014, GZ 313 HR 69/14s-13, im Umfang der Bewilligung der Auslieferung zur Strafvollstreckung betreffend den Urteilsvorwurf, wonach Ivica S***** am 5. Marz 2008 dem Edis Sk***** und der Dubravka K***** durch Überlassen einer Wohnung die Gelegenheit zum unbefugten Gebrauch von Betäubungsmitteln mit schweren Folgen verschafft (und dadurch dem Art 247 Abs 1 und 2 des serbischen Strafgesetzbuches zuwider gehandelt) hat, mit dem Gesetz nicht im Einklang:*

Das - einen Grundpfeiler des traditionellen Auslieferungsrechts (§ 11 Abs 1 und 2 ARHG; Murschetz, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl 119; Medigovic, Der Europäische Haftbefehl in Österreich – Eine Analyse der materiellen Voraussetzungen für eine Übergabe nach dem EU-JZG, JBl 2006, 627 [630]) darstellende - Prinzip beiderseitiger Strafbarkeit gilt - wie das Landesgericht für Strafsachen Wien zutreffend ausführte - gemäß Art 2 Abs 1 des im Verhältnis zur Republik Serbien zur Anwendung gelangenden Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957, BGBl 1969/320 (samt dem 2. Zusatzprotokoll vom 17. Marz 1978, BGBl 1983/297), uneingeschränkt (vgl zur Einschränkung dieses Prinzips weiterführend: Zeder, Der Europäische Haftbefehl: Das Ende der Auslieferung in der EU? AnwBl 2003, 381): Danach muss die den Gegenstand einer Auslieferung bildende Tat sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch nach dem Recht des ersuchten Staates gerichtlich strafbar sein. § 2 Abs 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens verlangt überdies, dass die der Auslieferung zu Grunde liegende strafbare Handlung sowohl im Rechtssystem des ersuchenden als auch in jenem des ersuchten Staates mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedroht und ein zu vollstreckender Strafrest von zumindest vier Monaten offen sein muss. Zu prüfen ist also, ob bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts (dh der Sachverhalt ist so zu beurteilen, als wäre er im Inland verwirklicht worden) auch eine Strafbarkeit nach österreichischem Recht gegeben ist (Göth-Femmich in WK² ARHG § 11 Rz 7).

Das Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 SMG begeht, wer vorschriftswidrig Suchtgift erwirbt, besitzt, erzeugt, befördert, einführt, ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft.

Die zu 2./ des Urteilstenors des Bezirksgerichts Uzice vom 11. Juli 2008 inkriminierte Tat, nämlich das Überlassen einer Wohnung zum Zwecke des Gebrauchs von Suchtgift durch andere, enthält

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

kein Sachverhaltssubstrat, das - wäre es im Inland gesetzt worden - geeignet wäre, eine gerichtlich strafbare Handlung, insbesondere den Tatbestand des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 SMG zu begründen.

Im Übrigen stellt das zu Punkt 1./ des serbischen Urteils inkriminierte Überlassen von Suchtgift keinen Beitrag zum gleichzeitig verwirklichten Erwerb und in der Folge fortdauernden Besitz durch den Käufer dar (Exklusivität; vgl 14 Os 9/04).

*Eine Beurteilung des Überlassens der Wohnung zum „ungestörten" Suchtgiftkonsum zu Punkt 2./ des Schuldspruchs als objektiv sorgfaltswidriges Verhalten im Hinblick auf den durch den Suchtgiftmissbrauch eingetretenen Tod des Edis Sk***** und demgemäß als Vergehen der fahrlässigen Tötung nach § 80 StGB scheitert schon daran, dass das Überlassen der Drogenwie auch der Wohnung zum Suchtgiftkonsum einen Fall der straflosen Mitwirkung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung darstellt (vgl Kienapfel/Schroll StudB BT I[3] § 80 Rz 67; Kienapfel/Höpfel/Kert AT[14] Z 27 Rz 8; Schütz, Burgstaller-FS 180).*

Dach auch ein sonstiger Beitrag zum fortdauernden Suchtgiftbesitz durch das Überlassen der Wohnung zum Drogenkonsum käme nicht in Betracht:

Besitz von Suchtgift ist nach § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG strafbar und bedeutet Allein- oder Mitgewahrsam, wobei die Innehabung des Suchtgifts ohne Besitzwillen genügt. Es kommt auch nicht auf die Dauer der Innehabung an, schon die kurzfristige Übernahme eines Suchtgifts zum Zwecke des sofortigen Konsums genügt (RIS-Justiz RS0010122, RS0088349; Litzka/Matzka/Zeder, SMG[2] § 27 Rz 8; Kirchbacher/Schroll, RZ 2005, 116 [120]; vgl auch Hochmayr, Strafbarer Besitz [2005] 14; aA Schwaighofer in WK[2] SMG § 27 Rz 19 ff; Bertel, Jesionek-FS, 297 [301]).

Nach § 12 dritter Fall StGB ist Beitragstäter, wer sonst - somit auf andere Weise als durch Bestimmung eines anderen - zur Ausführung einer strafbaren Handlung beiträgt. Als Beitragshandlungen kommen grundsätzlich alle Handlungen in Frage, welche die Tatausführung durch einen anderen ermöglichen, erleichtern, absichern oder in anderer Weise fördern (Kienapfel/Höpfel/Kert AT[14] E 5 Rz 8; Fabrizy in WK[2] StGB § 12 Rz 87). Zwischen der Beitragshandlung und der Tatausführung muss ein kausaler Zusammenhang vorliegen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Beitragshandlung zur Vollendung der Tat notwendig war und ohne diese die Tatausführung unmöglich gewesen wäre. Es reicht aus, dass die Tat ohne die Forderungshandlung jedenfalls nicht so geschehen wäre, wie sie sich tatsächlich ereignet hat (Fabrizy in WK[2] StGB § 12 Rz 83).

Darüber hinaus muss die Beitragshandlung dem Beitragstäter objektiv zurechenbar sein. Die objektive Zurechnung setzt voraus, dass der Beitrag - das bereits bestehende - Risiko der Tatausführung durch einen anderen in rechtlich missbilligter Weise erhöht hat (Fabrizy in WK[2] StGB § 12 Rz 92a).

Gerade die zuletzt genannte Voraussetzung liegt im hier zu beurteilenden Fall nicht vor. Durch das Überlassen der Wohnung zum Suchtgiftkonsum hat sich an der rechtlichen Qualität des Suchtgiftbesitzes als dessen Innehabung nichts geändert. Die Möglichkeit, die Drogen in der zur Verfügung gestellten Wohnung zu konsumieren, hat daher das Risiko fortdauernder Innehabung jedenfalls nicht wesentlich erhöht (vgl Kienapfel/Höpfel/Kert AT[14] Z 27 Rz 17). Fehlende Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten betrifft bei Vorsatzdelikten in der Regel (nur) die Abgrenzung zwischen versuchter und vollendeter Tat (13 Os 131/129). In der hier zu beurteilenden Konstellation ist die Risikoerhöhung aber im Rahmen der Beitragstäterschaft zu prüfen und - wie dargestellt - zu verneinen. Der Versuch eines sonstigen Beitrags ist jedoch straflos (Fabrizy in WK[2] StGB § 12 Rz 108).

*Die fallaktuell vom Landesgericht für Strafsachen Wien undifferenziert vorgenommene rechtliche Beurteilung der im Urteil des Bezirksgerichts Uzice vom 11. Juli 2008 enthaltenen Schuldspruche nach § 27 Abs 1 Z 1 SMG läuft daher dieser Bestimmung, die uneingeschränkte Zulässigerklärung der Auslieferung des Ivica S***** hingegen Art 2 Abs 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957, BGBl 1969/320 (ergänzt durch dessen 2. Zusatzprotokoll, BGBl 1983/297), zuwider. Das Landesgericht für Strafsachen Wien hätte die Auslieferung zur Strafvollstreckung des Ivica S***** wegen der vom Schuldspruch 2./ des Urteils des Bezirksgerichts Uzice vom 11. Juli 2008 erfassten Tat für unzulässig erklären müssen.*

Da diese Gesetzesverletzungen dem Betroffenen zum Nachteil gereichten, sah sich der Oberste Gerichtshof veranlasst, der Nichtigkeitsbeschwerde gemäß, § 292 letzter Satz StPO - wie aus dem Spruch ersichtlich - konkrete Wirkung zuzuerkennen."

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Rechtssatz

Das Überlassen einer Wohnung zum Konsum von Suchtgift ist keine dem Täter objektiv zurechenbare Beitragshandlung zur Innehabung des Suchtgifts durch den Konsumenten, weil sich durch die Überlassung an der rechtlichen Qualität des Suchtgiftbesitzers nichts ändert und das Risiko fortdauernder Innehabung jedenfalls nicht wesentlich erhöht wird.

Rechtssatz

Das Überlassen von Suchtgift und einer Wohnung zum ungestörten Konsum können als Fall der straflosen Mitwirkung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung nicht dem Vergehen der fahrlässigen Tötung nach § 80 StGB subsumiert werden.

III. Die 4. Geldwäscherichtlinie

Am 5.6.2015 wurde die 4.Geldwäsche-Richtlinie [17] im Amtsblatt der EU nach über zweijährigem Gesetzgebungsprozess veröffentlicht. Am selben Tag wurde auch die 2. Geldtransfer-Verordnung [18], mit der die Rückverfolgbarkeit von Zahlern und Empfängern sowie ihrer Vermögenswerte verbessert werden soll, publiziert. Die 4. Geldwäscherichtlinie nimmt die im Februar 2012 formulierten und überarbeiteten 40 Empfehlungen der Financial Action Task Force der OECD (FATF) zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung auf. Sie zielt insgesamt auf einen mehr risikobasierten Ansatz ab. Der gezielte Austausch von Informationen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene soll verbessert werden.

Die Mitgliedstaaten müssen die Geldwäsche-Richtlinie binnen zwei Jahren in nationales Recht umsetzen. Die Geldtransfer-Verordnung trat 20 Tage nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in allen Mitgliedstaaten in Kraft.

Gemäß Art 67 Abs 1 der 4. Geldwäsche-Richtlinie haben die EU-Mitgliedstaaten bis 26.6.2017 Zeit zur Umsetzung. Während dieser Umsetzungsfrist besteht die 4. Geldwäsche-Richtlinie nun für zwei Jahre noch neben der 3. Geldwäsche-Richtlinie[19]und ersetzt diese dann. Obwohl die 4. Geldwäsche-Richtlinie nur zur Vorschreibung erweiterter Präventionsmaßnahmen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer verpflichtet, wird sie - zumindest in Österreich, wo alle Bestimmungen zur Geldwäscheprävention auf den Straftatbestand des § 165 StGB Bezug nehmen - indirekt auch strafrechtliche Implikationen haben.

Neu: zentrale Register mit Angaben zu den Nutznießern ("wirtschaftlich Berechtigte") von Unternehmen, Trusts und anderen Rechtspersonen

Die Richtlinie sieht jetzt insbesondere vor, dass ein zentrales Register eingeführt werden muss, in dem Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten der jeweiligen juristischen Person aufgeführt sein sollen. Es sollen insbesondere alle Personen benannt werden, die mindestens mit 25 % an dem Unternehmen beteiligt sind. In dieses Register sollen Behörden und die FIU Einsicht nehmen können, aber auch Personen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen, z. B. Journalisten.

"Legitimes Interesse" Voraussetzung für den Zugang zu den Registern

Die zentralen Register müssen für die zuständigen Behörden und die zentralen Meldestellen, für "Verpflichtete" (wie z.B. Banken im Rahmen der Erfüllung der Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden) und alle Personen oder Organisationen, die ein "berechtigtes Interesse" nachweisen können (kann allerdings einer Online-Registrierung und der Zahlung einer Gebühr unterliegen), ohne Einschränkung zugänglich sein.

Um Zugang zu einem Register zu erhalten, muss eine Person oder Organisation (z.B. investigative Journalisten oder Nichtregierungsorganisationen) ein legitimes Interesse im Zusam-

---

[17] *Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl L 141 vom 5.6.2015, S 73.*

[18] *Verordnung (EU) 2015/847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr 1781/2006, ABl L 141* vom 5.6.2015, S 1.

[19] (*Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, ABl L 309 vom 25.11.2005, S 15.*)

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

menhang mit Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und damit zusammenhängende Vortaten - wie Bestechung, Steuerstraftaten und Betrug - nachweisen können.

Diese Personen oder Organisationen haben Zugang mindestens zum Namen, Monat und Jahr der Geburt, der Staatsangehörigkeit und dem Wohnsitzland des wirtschaftlichen Eigentümers sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses. Auf der Grundlage "einer Einzelfallprüfung unter außergewöhnlichen Umständen" kann der Zugang zu den Informationen verwehrt werden.

Im Fall von Trusts bleiben die Informationen eines Zentralregisters den Behörden und den "Verpflichteten" vorbehalten.

Sondermaßnahmen für "politisch exponierte" Personen

Der Text enthält auch klarere Regeln bezüglich "politisch exponierter" Personen, bei denen aufgrund der Ämter, die sie bekleiden, ein erhöhtes Korruptionsrisiko besteht, wie beispielsweise Staats- und Regierungschefs, Regierungsmitglieder, hohe Richter, Parlamentsabgeordnete sowie ihre Familienmitglieder.

Bei risikoreichen Geschäftsbeziehungen mit erwähnten Personen können angemessene Maßnahmen ergriffen werden, um die Herkunft des Vermögens und der eingesetzten Gelder zu bestimmen.

Dazu kommen auch besondere Berichtspflichten für Banken, Rechnungsprüfer, Rechtsanwälte, Immobilienmakler oder Spielcasinos (unter anderem) hinsichtlich "verdächtiger Transaktionen" ihrer Kunden.

Aufbau und genereller Inhalt der 4. Geldwäsche-Richtlinie entsprechen in vielfacher Hinsicht der 3. Geldwäsche-Richtlinie:

Wie schon bisher werden etwa anonyme Sparbücher und Konten verboten (Art 10) sowie vor allem allgemeine, vereinfachte und verstärkte Sorgfaltspflichten (Art 10 bis 24) und Meldepflichten (Art 32 bis 38) festgelegt.

Neu sind allerdings Präzisierungen (zB in Bezug auf die PEP-Definition) und vielfache Verschärfungen gegenüber der 3. Geldwäsche-Richtlinie im Detail. Die Anpassungen im Kreis der verpflichteten Wirtschaftsteilnehmer (Art 2) sind relativ gering: Neu hinzu kommen Anbieter von Glücksspieldiensten (bisher nur Casinos) und mit Gütern handelnde Personen, die Barzahlungen ab EUR 10.000,00 (bisher EUR 15.000,00) entgegennehmen oder tätigen; die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, bestimmte Ausnahmen vorzusehen, werden stärker als bisher reglementiert, bleiben aber bestehen. Auch die teilweise Herabsetzung der Wertgrenzen bei gelegentlichen Transaktionen, die Sorgfaltspflichten auslösen, betrifft nur ausgewählte Wirtschaftsteilnehmer und ist deshalb eher überschaubar. Neben die allgemein beibehaltene Wertgrenze von EUR 15.000,00 (Art 11 lit b sublit i der 4. Geldwäsche-RL) treten EUR 10.000,00 für mit Gütern handelnde Personen, die Barzahlungen abwickeln (Art 11 lit c der 4. Geldwäsche-RL), EUR 2.000,00 bei Glücksspielen (Art 11 lit d der 4. Geldwäsche-RL) und EUR 1.000,00 bei Geldtransfers (Art 11 lit b sublit ii der 4. Geldwäsche-RL).

Schwerwiegender ist die Veränderung des Geldwäschetatbestands, die sich aus der Erweiterung des Vortatenkatalogs *(„kriminelle Tätigkeit"*) ergibt, der nun auch *„Steuerstraftaten, im Zusammenhang mit direkten und indirekten Steuern"*, die mit einer Freiheitstrafe von mehr als einem Jahr im Höchstmaß bedroht sind, umfasst (Art 3 Abs 4 lit f der 4. Geldwäsche-RL). Dies wird in Österreich wohl zu einer Einbeziehung von Finanzstraftaten in den Vortatenkatalog des § 165 StGB in viel weiterem Ausmaß als bisher führen.

Massive Änderungen könnte die neue Formulierung der Meldepflichten für Verpflichtete mit sich bringen, die sich anders als bislang nicht auf den Verdacht beziehen, *„dass eine Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung"* begangen wurde, sondern bereits ausgelöst werden durch den Verdacht, *„dass Gelder unabhängig vom betreffenden Betrag aus kriminellen Tätigkeiten stammen oder mit Terrorismusfinanzierung in Verbindung stehen".(Art 33 Abs 1 lit a der 4. Geldwäsche-RL.) Damit* erübrigt sich zusehends die geläufige Bezeichnung der *„geldwäschebezogenen Meldepflicht"*, denn dies bedeutet kaum weniger als eine vortatbezogene Meldepflicht. Eine solche besteht in Österreich für Banken nach §41 Abs 1 Z 1 und 2 BWG in ähnlicher Form zwar schon jetzt, für andere Berufsgruppen wie etwa Rechtsanwäl-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

te oder Steuerberater (insb angesichts der Änderung bei ,,Steuerstraftaten") mag dies jedoch eine einschneidende Veränderung im Berufsbild mit sich bringen.

Die Verwaltungssanktionen, zu deren Einführung die Mitgliedstaaten gegenüber Wirtschaftsteilnehmern verpflichtet werden, die gegen die ihnen auferlegten Geldwäsche- Präventionspflichten verstoßen (Art 59), sind bedeutend: Öffentliche Bloßstellung, Entzug der Berufsberechtigung bzw Konzession oder vorübergehender Ausschluss verantwortlicher natürlicher Personen von Leitungsaufgaben für juristische Personen und schwere Geldbußen von bis zu EUR 5 Mio im Mindestmaß.

Rezensionen

Compliance

RA Dr. Marc Engelhart, Freiburg i. Br. *

Caracas, Christian, Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen nach § 130 OWiG: am Beispiel der im Ausland straflosen Bestechung im geschäftlichen Verkehr.

Baden-Baden: Nomos, 2014, 69 €

Mit dem Bedeutungszuwachs von Compliance hat auch die Figur der Aufsichtspflichtverletzung in § 130 OWiG neue Aufmerksamkeit erfahren.[1] Das deutsche Recht kennt keine klar normierte allgemeine Pflicht, Compliance-Maßnahmen zur Prävention und Aufdeckung von Straftaten zu ergreifen. Daher kommt der in § 130 OWiG geregelten Pflicht zu erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gegen Taten in Unternehmen zentrale Bedeutung im Rahmen der Compliance-Diskussion zu. So wird die Vorschrift zu Recht als zentrale Norm der Criminal Compliance gesehen.[2] Entscheidende Fragen für die Anwendung der Vorschrift sind, welche Unternehmen erfasst werden und welche Rechtsverstöße die Aufsichtspflicht verhindern soll. *Caracas* untersucht in seiner Dissertation, inwieweit Konzerne Adressat des § 130 OWiG sind und ob eine im Ausland straflose Bestechung im geschäftlichen Verkehr durch ein Tochterunternehmen einer deutschen Konzernmutter erfasst wird.

Der erste Teil der Arbeit widmet sich zunächst der Frage, ob Konzerne „Unternehmen" im Sinne des § 130 OWiG sind. Die herrschende Meinung bejaht seit längerem die Anwendung auf Muttergesellschaften bezüglich der Organisation von Tochtergesellschaften.[3] Erst in neuerer Zeit wird dies jedoch eingehender analysiert.[4] Der Autor schließt sich (S. 81 ff.) der herrschenden Ansicht an und begründet dies neben dem Blick auf die bestehende Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht mit der Notwendigkeit einer faktisch organisatori-

---

* *Marc Engelhart* leitet am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht das Referat Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht.

[1] Siehe die aktuellen Monografien von *Kutschelis*, Korruptionsprävention und Geschäftsleiterpflichten im nationalen und internationalen Unternehmensverbund, 2014; *Muders*, Die Haftung im Konzern für die Verletzung des Bußgeldtatbestandes des § 130 OWiG, 2014; *Sonnenberg*, Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), 2014.

[2] *Bock*, in: Rotsch (Hrsg.), Handbuch Criminal Compliance, 2015, § 8 Rn. 2.

[3] Vgl. nur KK-OWiG-*Rogall* (4. Aufl. 2014), § 130 Rn. 25 mwN.

[4] Vgl. auch die ungefähr zeitgleich entstandenen Arbeiten von *Muders*, Die Haftung im Konzern für die Verletzung des Bußgeldtatbestandes des § 130 OWiG, 2014; *Kutschelis*, Korruptionsprävention und Geschäftsleiterpflichten im nationalen und internationalen Unternehmensverbund, 2014, S. 271, sowie die frühere (leider nicht herangezogene) Arbeit von *Grundmeier*, Rechtspflicht zu Compliance im Konzern, Köln 2011, S. 37 ff.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

schen Betrachtung, die über die rechtliche Struktur hinauszugehen hat. Allerdings erfordert er für die Inhaberstellung des Mutterkonzerns eine steuernde Einflussnahme in die Geschäftstätigkeit des Tochterunternehmens, so dass etwa rein finanzielle Beteiligungen auch bei 100 prozentiger Inhaberschaft nicht ausreichen.

Kritisch ist hierbei allerdings anzumerken, dass weder die europarechtliche Situation noch die faktisch-organisatorische Betrachtung starke Argumente für eine Einbeziehung des Mutterkonzerns in den Unternehmensbegriff des § 130 OWiG sind. Da auch die Ahndung der Verletzung der Aufsichtspflicht – wie die meisten Teile des Wirtschaftsstrafrechts und Wirtschaftsordnungswidrigkeitenrechts – nur fragmentarischen Charakter hat, ist eine wirtschaftliche Betrachtung etc. nicht selbstverständlich. So wäre eine eingehendere Auslegung insbesondere hinsichtlich des Telos des § 130 OWiG (etwa im Sinne der von Autor insgesamt als umfassend angesehenen Pflicht zur Sicherstellung rechtstreuens Verhaltens in wirtschaftlichen Organisationen) bereits an dieser Stelle sowie die Prüfung von Alternativszenarien (inwieweit über die weitreichende Beteiligungsregelung des § 14 OWiG nicht ohnehin die Mutterkonzerne als Beteiligte etwa durch Unterlassen erfasst werden) wünschenswert gewesen.

Die folgenden Kapitel 2 bis 6 widmen sich der Darlegung, dass § 130 OWiG selbst dann grundsätzlich gilt, wenn eine Bestechungshandlung im Ausland straflos ist. Hier setzt das 2. Kapitel zunächst an, einen inländischen Anknüpfungspunkt zu finden und somit dem Territorialitätsprinzip des § 5 OWiG zu genügen. Der Autor verneint eine stillschweigende Ausnahme von § 5 OWiG aufgrund der in § 299 Abs. 3 StGB geregelten Anwendung der Norm auch auf ausländische Märkte. So verbleibt allein, einen originär inländischen Anknüpfungspunkt zu finden. Diesen sieht der Autor zunächst darin, dass er das Unterlassen der Aufsichtsmaßnahme als Tätigkeitsort im Inland einstuft. Konkretisierend (S. 93) sieht er dabei vor allem die „Anweisung" als in Deutschland geschehend an, während die „Durchführung" auch im Ausland stattfinden kann. Dieser durchaus bedenkenswerte Ansatz leidet allerdings darunter, dass naheliegende Bezüge wie etwa der zur in der Unterlassungsdogmatik ausführlich thematisierten Frage, welcher Akt für das Unterlassen relevant ist, nicht näher erörtert wird. Kursorisch ist zudem auch die zweite Herleitung des inländischen Handlungsortes (S. 94), die der Autor in der durch die unterlassene Aufsichtsmaßnahme maßgeblichen Zuwiderhandlungs*gefahr* sieht. Dass diese Gefahr bei einer Bestechung im Ausland in einer ausländischen Tochtergesellschaft auch eine inländische Gefahr darstellt erscheint nicht so selbstredend wie vom Autor unterstellt, dürfte sogar eher die Ausnahme sein.

Der Verzicht auf weitere Ausführungen ist an dieser Stelle vor allem deswegen misslich, da der Autor selbst darlegt (S. 97), dass sich aus der Zuwiderhandlung im Rahmen des § 130 OWiG (der Bestechung im Ausland) selbst kein territorialer Inlandsbezug herstellen lässt. Der Autor gründet damit insgesamt die Anwendbarkeit des § 130 OWiG auf die von ihm herangezogenen ausländischen Sachverhalte nicht auf einer sehr soliden Basis. Es verwundert zudem, warum der Autor die Frage, ob eine objektive Bedingung der Strafbarkeit wie die Zuwiderhandlung im Rahmen des § 130 OWiG tatortbegründende Wirkung hat (was er dann auch bejaht), überhaupt erörtert, da sie in dem Kontext nicht relevant ist.

Dies wird erst im folgenden Kapitel (S. 116) ein wenig klarer, da der Autor die tatortbegründende Wirkung der Zuwiderhandlung als Merkmal anführt, um den Schutzbereich des § 130 OWiG auch auf das Ausland zu erstrecken. So kommt er schließlich zum Ergebnis, dass der Tatbestand der Bestechung nach § 299 StGB und § 130 OWiG kongruent auszulegen sind (S. 123). Da der Autor der im Ausland straflosen Bestechung (mit der herrschenden Meinung) keinen Einfluss auf die Auslegung des weltweit angelegten Schutzbereichs des § 299 Abs. 3 StGB zuschreibt, habe folglich dieser weite Schutzbereich in der Konsequenz auch für § 130 OWiG zu gelten (S. 142).

Die folgenden beiden Kapitel wenden sich nunmehr der Frage zu, ob außerhalb des Aspekts des Schutzbereichs die Straflosigkeit der Bestechnung nach ausländischem Recht bei § 130 OWiG (4. Kapitel) bzw. bei § 299 StGB (5. Kapitel) eine Rolle spielen. Bei § 299 StGB sieht der Autor zwar grundsätzlich die Möglichkeit, ausländisches Recht im Rahmen der Unrechtsvereinbarung zu berücksichtigen. Er lehnt es aber – wie vielfach auch in der

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Literatur vertreten[5] – wegen des Zwecks des weltweiten Schutzes des lauteren Wettbewerbs ab, im Ausland erlaubte Bestechungen als „sozialadäquat" einzustufen.

Dagegen sieht der Autor bei § 130 OWiG selbst keine Möglichkeit, ausländisches Recht zu berücksichtigen. Die Behandlung dieser Frage der Fremdrechtsanwendung mit sehr lesenswerten Passagen stellt das eigentliche Kernstück der Arbeit dar. Aus der strafrechtlichen Dogmatik entwickelt der Autor drei aufeinander aufbauende Prüfungsschritte (S. 154): Vorliegen einer außerstrafrechtlichen Vorfrage, (ausdrücklicher oder stillschweigender) Verweis auf ausländisches Recht, Auflösung der Kollision aus- und inländischen Rechts. Nach dem Autor scheitert die Einbeziehung ausländischen Rechts bereits auf der ersten Stufe, da die Bestimmung der betriebsbezogenen Pflicht, an die Aufsichtspflicht anknüpft, keine außerstrafrechtliche Vorfrage sei. Bedauerlicherweise übergeht der Autor, dass sich im geschäftlichen Bereich zahlreiche Pflichten (z.B. bei der Produktion) aus außerrechtlichen Quellen wie DIN-Vorgaben etc. ergeben, die dann (den) entscheidenen Einfluss etwa auf die Sorgfaltspflicht im Rahmen der fahrlässigen Körperverletzung haben, und lässt damit die zum großen Teil auch außerstrafrechtliche Bestimmung der betriebsbezogenen Pflicht außer Betracht.

Allerdings prüft der Autor (falls man eine außerstrafrechtliche Natur der betriebsbezogenen Pflicht bejaht) hypothetisch weiter, ob § 130 OWiG auf zweiter Stufe einen Verweis auf ausländisches Recht vorsieht. Dies verneint er aber ebenfalls. Hauptargument ist, dass dies vom Schutzzweck des § 130 OWiG nicht gedeckt sei, da der deutsche Gesetzgeber einen umfassenden Umgehungsschutz (Verlagerung der Pflichten ins Ausland) bezwecke (S. 176). Ob der Gesetzgeber jedoch tatsächlich einen derart umfassenden Umgehungsschutz für die Tätigkeit von Unternehmen im Ausland bezweckt hat, ist eher zweifelhaft, in den Gesetzesmaterialien ist dies so jedenfalls nicht zu finden. Zudem gerät hier die Argumentation in die Gefahr zirkulär zu werden, wenn der umfassende Schutz des § 130 OWiG als Argument dazu dient, das ausländische Recht nicht anzuwenden, um eine umfassende Zurechnung zu erhalten.

Auf dritter Stufe kommt der Autor, wiederum hypothetisch, bei der Anwendung der kollisionsrechtlichen Regelungen zum Ergebnis, dass aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Sitzstatuts für die Muttergesellschaft das deutsche Recht anwendbar sei. Gleiches ergebe sich aus dem Tatortprinzip, da der Autor im vorliegenden Fall ja einen inländischen Tatort bejaht hat. Schließlich sieht er in diesem Ergebnis auch keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG (Bestimmtheitsgrundsatz). Ob jedoch eine derartige Normkenntnis auf deutscher Konzernleitungsebene erwartet werden kann, begegnet jedoch durchaus Zweifeln, da sich die Handelnden der ausländischen Tochter vor Ort vollkommen rechtmäßig verhalten und die gängigen Kommentierungen zu § 130 OWiG dieses Problem noch nicht einmal behandeln.

Das letzte und sechste Kapitel widmet sich schließlich der Frage, ob die Zuwiderhandlung in Gestalt des § 299 StGB im Rahmen des § 130 OWiG eine Anwendung der Strafanwendungsvorschriften nach §§ 3 ff. StGB voraussetzt oder nicht. Dies verneint der Autor, da er die „Zuwiderhandlung" mit der herrschenden Meinung autonom auslegt. Allerdings wählt er hier einen eigenen Begründungsweg (S. 230). Er sieht die Strafanwendungsvorschriften (ebenfalls mit der herrschenden Ansicht) als objektive Bedingungen der Strafbarkeit an, die keinen Rechtsgutsbezug haben, so dass sie für die Bestimmung der Zuwiderhandlung nicht relevant sind. Anders wäre dies nur, wenn man das Strafanwendungsrecht als originär unrechtsbegründende Tatbestandsmerkmale sieht (S. 231). Hier greift der Autor auf Ausführungen aus seiner Einführung zurück (S. 30), die als methodologische Begründung zur Heranziehung der Strafanwendungsregeln bei der Auslegung materieller Sanktionsnormen angeführt werden. Dem Leser erschließt sich kaum, warum die räumliche Trennung dieser Abschnitte erfolgt ist, wie auch offen bleibt, warum diese Diskussion für die Auslegung der Zuwiderhandlung vorliegend überhaupt notwendig ist. Denn selbst wenn man dem Strafanwendungsrecht unrechtsbegründende Tatbestandswirkung zumisst, würde die autonome Auslegung des Begriffs der „Zuwiderhandlung" einen Verzicht auf die Einbeziehung der Strafanwendungsvorschriften erlauben. Dies insbesondere, da in der Literatur für die Zuwiderhandlung auch als ausreichend angesehen wird, dass nur der „äußere Geschehensablauf" einer Tat vorliegen müsse.[6]

---

[5] Vgl. nur *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299 Rn. 23a.
[6] Vgl. nur den Überblick bei KK-OWiG-*Rogall* (4. Aufl. 2014), § 130 Rn. 79 mwN.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Das große Verdienst der Arbeit ist, dass sie ein Gebiet von nicht unerheblicher praktischer Relevanz erschließt, das bislang kaum thematisiert wurde und somit echte Grundlagenarbeit (mit all ihren Beschwerlichkeiten) leistet. Sie ist zudem mit großer sprachlicher Klarheit und in großen Teilen pointiert geschrieben. Inhaltlich gilt dies jedoch nicht gleichermaßen. Themenbereiche werden verstreut über das Buch behandelt oder Erklärungen erfolgen erst an späterer Stelle, die für die Verständlichkeit schon zuvor hilfreich gewesen wären. Erst durch eine Gesamtlektüre erschließt sich der Gedankengang des Autors. Dabei kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Schrift von der in der Einleitung genannten Stellungnahme geleitet ist, dass der bewusste Einsatz von ausländischen Tochterunternehmen „kriminalpolitisch nicht hinnehmbar" (S. 25) ist und so von vornherein auf eine weite Auslegung des § 130 OWiG zielt. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass an entscheidenden Weichenstellungen vertiefte Ausführungen, auch zu Alternativen und deren Konsequenzen, wünschenswert gewesen wären.

Mit seiner Arbeit leistet der Autor insgesamt einen wichtigen Diskussionbeitrag zu der Frage, ob das bestehende Recht – wie etwa in Gestalt des § 130 OWiG – für das wichtige rechtspolitische Ziel einer effektiven weltweiten Korruptionsbekämpfung gerüstet ist, oder ob es diesbezüglich doch weiterer gesetzlicher Anstrengungen bedarf.

Insolvenzstrafrecht

Dr. Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Mai bis August 2015

I. Aufsatzliteratur

1. Christof Püschel/Alexander Paradissis: Die Staatsanwaltschaft als Insolvenzpolizei – eine Polemik gegen die Praxis der Ermittlungen ohne Verdacht, ZInsO 36/2015, S. 1786- 1788.

Gemäß der „Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen" (MiZi) sind die Insolvenzgerichte – beschränkt auf gewerbliche Insolvenzen – verpflichtet, die in ihrem Bezirk eröffneten bzw. mangels Masse nicht eröffneten Insolvenzverfahren den Staatsanwaltschaften mitzuteilen. Im Anschluss an diese Mitteilung fordert die Staatsanwaltschaft regelmäßig die Insolvenzakten an, um sie auf Anhaltspunkte für Insolvenzstraftaten auszuwerten. Diese – heute gängige – Ermittlungspraxis stufen *Verf.* als unzulässig ein. Da weder das eröffnete noch das mangels Masse nicht eröffnete Insolvenzverfahren – von besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen – den Gemeinschuldner *per se* dem (Anfangs-)Verdacht aussetze, er habe eine Insolvenzstraftat begangen, sei die Staatsanwaltschaft nicht befugt, die Insolvenzakten auf Hinweise für Insolvenzstraftaten zu durchforsten. An diesem Ergebnis änderten auch die Vorgaben der „Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen" (MiZi) nichts, da die dort vorgesehene Pflicht, den Staatsanwaltschaften jede gewerbliche Insolvenz anzuzeigen, nicht mit der gesetzlichen Regelung harmonierten, die sie konkretisieren.

2. Raimund Weyand: Flucht in den § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO – Straffreiheit durch Selbstbelastung?, ZInsO 39/2015, S. 1948-1952.

Gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO hat der Schuldner im Insolvenz- und im Insolvenzeröffnungsverfahren gegenüber dem Gericht, dem Insolvenzverwalter und dem Gläubigerausschuss über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse umfassend Auskunft zu erteilen. Diese umfassende Auskunftspflicht gilt gem. § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO selbst für solche Tatsachen, deren Offenbarung geeignet ist, den Schuldner oder einen Angehörigen der Strafverfolgung auszusetzen. Allerdings verbietet § 97 Abs.1 Satz 3 InsO den Strafverfolgungsbehörden solche selbstbelastenden Auskünfte zu verwenden, die der Schuldner getätigt hat, um seiner Pflicht aus § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO nachzukommen. Inhalt und Reichweite dieses Verwendungsverbots sind bis heute ungeklärt. *Verf.* plädiert – ganz im Einklang mit der wohl h.M. – dafür, den § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO restriktiv zu handhaben und insbesondere freiwillige Auskünfte des Schuldners, Auskünfte, die der Schuldner einem Insolvenz- oder Sanierungs-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

gutachter erteilt hat, sowie die vom Schuldner erstellten Bücher und Bilanzen nicht am Schutz des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO teilhaben zu lassen (S. 1950 ff.). Auf der Grundlage dieses restriktiven Verständnisses spricht *Verf.* die Empfehlung aus, keine freiwilligen Auskünfte zu erteilen, sondern abzuwarten, bis das Insolvenzgericht zur Auskunftserteilung auffordert (S. 1952).

3. Folker Bittmann: Insolvenzverfahren und strafprozessuale Vermögensabschöpfung - Ausgestaltungsbedarf de lege ferenda, ZInsO 36/2015, S. 1758-1773.

Dem Verfall gem. den §§ 73 ff. StGB liegt der Grundsatz zugrunde, wonach der Täter das aus der Tat Erlangte nicht behalten darf. Anders ausgedrückt: Verbrechen sollen sich nicht lohnen. Gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB darf der Verfall jedoch dann nicht angeordnet werden, wenn dadurch den vom Täter Verletzten die materielle Grundlage ihrer gegen den Täter bestehenden Ersatzansprüche entzogen würde. Stattdessen kann das Gericht aber die strafprozessuale Rückgewinnungshilfe (vgl. § 111i StPO) anordnen. Schwierigkeiten bei der Rückgewinnungshilfe ergeben sich freilich, wenn das noch vorhandene Vermögen des Täters nicht genügt, um alle seine Gläubiger zu befriedigen. Wie diese Schwierigkeiten *de lege ferenda* behoben werden könnten, dazu unterbreitet *Verf.* einen umfassenden Vorschlag, der im Kern darauf zielt, die Vorzüge des Insolvenzverfahrens zur Problemlösung fruchtbar zu machen.

4. Thilo Pfordte: Strafrecht und Insolvenzrecht: Was wird aus der Strafvollstreckung nach der insolvenzrechtlichen Anfechtung?, StV 7/2015, S. 452-457.

Erneut hat der *IX. Zivilsenat* des *BGH* (StV 2015, 443) einem Insolvenzverwalter Recht gegeben, der Zahlungen gem. § 133 InsO angefochten hat, die der Gemeinschuldner an den Justizfiskus geleistet hatte, um damit eine Geldstrafe zu begleichen, zu der er verurteilt worden war. Den Einwand, durch die Zahlung der Geldstrafe seien *de facto* die Gläubiger begünstig worden, weil der Gemeinschuldner verhindert habe, dass gem. § 43 StGB gegen ihn eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt wird und er dadurch seinen Arbeitsplatz verliert, lässt der *IX. Zivilsenat* nicht gelten. Wollte man bloß mittelbar erzielte finanzielle Vorteile berücksichtigen, würde die dem Insolvenzanfechtungsrecht zugrunde liegende Einzelsicht missachtet (StV 2015, 443 [445]). Die gem. § 133 InsO erforderliche Kenntnis des Gläubigers – hier also des Justizfiskus – von der finanziellen Situation des Gemeinschuldners begründet der *IX. Zivilsenat* mithilfe der Annahme, der Vollstreckungsrechtspfleger habe nach der Lektüre des gegen den Gemeinschuldner ergangenen Urteils um dessen fnnanzielle Schwierigkeiten gewusst (StV 2015, 443 [446]). Angesichts dieser Entscheidung des *IX. Zivilsenats* widmet sich *Verf.* der Frage, welche straf- und strafvollstreckungsrechtlichen Konsequenzen die erfolgreiche Anfechtung der auf die Geldstrafe geleisteten Zahlungen hat. Aufgrund eines von ihm angenommenen Doppelcharakters der Geldstrafe, führt die Insolvenzanfechtung der zur Tilgung der Geldstrafe an den Justizfiskus erbrachten Leistungen zu unterschiedlichen Folgen. Während insolvenzrechtlich der Gemeinschuldner die Geldstrafe wegen § 144 InsO erneut zu leisten habe, führe die Insolvenzanfechtung strafrechtlich nicht zum Wiederaufleben des Vollstreckungsanspruchs. Damit entfällt dann ebenfalls die Möglichkeit, gegen den Gemeinschuldner wegen der Insolvenzanfechtung gem. §§ 43 StGB, 459e StPO die Ersatzfreiheitsstrafe zu verhängen.

5. Klaus Rogall: Totgesagte leben länger! – Zur Aufgabe der Interessentheorie durch den BGH –, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, S. 361-376.

Sonderdelikte wie der Bankrott, dessen Täterkreis seit jeher auf den Schuldner beschränkt ist, sahen sich einem – schon vom *Preußischen Obertribunal* identifizierten (GA 23 [1875], 31 ff.) – Dilemma gegenüber, sobald die Position des Schuldners ein Personenverband und nicht eine natürliche Person bekleidete. Da der Personenverband nicht straffähig, der den Bankrotttatbestand verwirklichende Geschäftsleiter hingegen kein tauglicher Täter ist, ließe sich das Vermögen von Personenverbänden unter bankrottstrafrechtlichen Vorzeichen gefahrlos schädigen. Um diese Lücke zu schließen, hat der Gesetzgeber Zurechnungsvorschriften geschaffen – zunächst in der Konkursordnung, heute in § 14 StGB –, mithilfe derer

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

sich die Gemeinschuldnerstellung des Personenverbands auf die für ihn handelnden Organwalter „überwälzen" lässt. Diese Zurechnungsoperation knüpft § 14 Abs. 1 StGB u.a. an die Voraussetzung, dass der Organwalter „als Organ" etc. gehandelt hat. Was genau man unter der Partikel „als" zu verstehen hat, darum rankt sich seit Inkrafttreten des § 14 StGB eine z.T. heftig geführte Debatte. Während die Rspr. seit den Zeiten des *Reichsgerichts* (s. etwa *RG*St 42, 278 [282]; St 60, 234 [236]; St 73, 117 [120]) und damit schon unter dem Regime der konkursrechtlichen Vorläufer des heutigen § 14 StGB die Interessentheorie verfocht und den Zurechnungszusammenhang „als" davon abhängig machte, ob der Organwalter die Schädigungshandlung – zumindest auch – im wirtschaftlichen Interesse des Personenverbands vorgenommen hatte (s. nur *BGH*St 28, 371 [372]; St 30, 127; St 34, 221 [223]), vertrat das Schrifttum mehrheitlich die sog. Funktionstheorie, die in ihrer herrschenden Ausprägung danach unterschied, ob der Organwalter die Schädigungshandlung „in Ausübung" oder lediglich „bei Gelegenheit" seiner Tätigkeit beging (exemplarisch *Labsch*, wistra 1985, 59 [60]; *Winkelbauer*, wistra 1986, 17 [19 f.]). Viel später gesellte sich diesen beiden Meinungen ein (organisationsbezogenes) Zurechnungsmodell hinzu, dem zufolge „als Organ" etc. nur handelt, wer entweder den Verband rechtsgeschäftlich wirksam verpflichtet oder – bei faktischen Schädigungshandlungen – im Einklang mit dem gesellschaftsrechtlich wirksamen Einverständnis der Gesellschafter agiert (dazu nur *Brand*, NStZ 2010, 9 [12 f.]; *Radtke/Hoffmann*, NStZ 2012, 91 [93]). Der *BGH* hat vor einigen Jahren die Interessentheorie aufgegeben und sich dem (organisationsbezogenen) Zurechnungsmodell angenähert – jedenfalls soweit rechtsgeschäftliche Schädigungshandlungen betroffen sind (*BGH*St 57, 229 [237 f.] = NJW 2012, 2366 [2368 f.]). *Verf.* kritisiert diese Kehrtwende und wirft der Funktionstheorie sowie dem (organisationsbezogenen) Zurechnungsmodell vor, die Voraussetzungen, unter denen § 14 StGB das Statusmerkmal „Schuldner" „überwälzt", nicht sachgerecht erklären zu können (S. 373 f.). Stattdessen plädiert er dafür, an der Interessentheorie im Grundsatz festzuhalten (S. 375). Insbesondere die zahlreichen Einwände, mit denen die Interessentheorie seit jeher zu kämpfen hat – exemplarisch seien nur erwähnt: regelmäßige Straflosigkeit bei Buchführungs- und Bilanzierungsverstößen, fehlende Vereinbarkeit mit der in § 283 StGB vorgesehenen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – sind *Verf.* zufolge nicht geeignet, um die Interessentheorie nachhaltig zu diskreditieren (S. 367 ff.).

6. Raimund Weyand: Faktische Geschäftsführung – eine aktuelle Bestandsaufnahme, ZInsO 36/2015, S. 1773-1777.

Zu den schillerndsten Figuren des Wirtschaftsstrafrechts gehört der faktische Geschäftsführer. Während heute weitgehend unstreitig ist, dass der fehlerhaft bestellte Geschäftsleiter tauglicher Täter auch der Geschäftsleitersonderdelikte (etwa §§ 82 GmbHG, 399 AktG, 15a InsO) sein kann, gilt vergleichbares nicht für den faktischen Geschäftsleiter, der ohne einen intentionalen, wenn auch unwirksamen Bestellungsakt in sein Amt gelangt ist (zur terminologischen Unterscheidung s. nur *K. Schmidt*, in: Festschr. f. Rebmann, 1989, S. 419 [423 f.]). Zwar steht die Rspr. schon lange auf dem Standpunkt, tauglicher Täter der Geschäftsleitersonderdelikte könne auch der faktische Geschäftsleiter sein (s. nur *BGH*St 46, 62 [64]; St 33, 21 [24]; St 31, 118 [119]; St 21, 101 [103]). Im Schrifttum mehren sich jedoch die Stimmen, die *sub specie* Gesetzlichkeitsprinzip und Bestimmtheitsgebot an dieser Rspr. z.T. heftige Kritik üben (exemplarisch *Montag*, Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer, 1994, S. 65 ff.). *Verf.* zeichnet in seinem Beitrag die Rechtsprechungsentwicklung nach und legt dar, unter welchen Voraussetzungen die Rspr. zur Annahme faktischer Geschäftsführung gelangt.

7. Tobias Ceffinato: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.12.2014 – 4 StR 323/14 und 4 StR 324/14, StV 7/2015, S. 442-443.

In dem Beschluss des *vierten Strafsenats*, der Gegenstand der Entscheidungsanmerkung ist, überträgt der *BGH* seine Rspr. zum faktischen Organ auf die Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4, 5 InsO. Angesichts des Wortlauts – § 15a Abs. 1 InsO beschreibt den Täterkreis rechtsformneutral und adressiert die Insolvenzantragspflicht an die „Mitglieder des Vertretungsorgans – stuft *Verf.* das Unternehmen, neben dem bestellten auch den faktischen GmbH-Geschäftsführer auf die Täterliste des § 15a Abs. 4, 5 InsO zu setzen, als unzulässige, weil täterbelastende Analogie ein. Darüber hinaus hält *Verf.* der h.M. vor, sie praktiziere eine Art „Rosinentheorie", indem sie nicht nur den faktischen, sondern auch den Strohmann-Geschäftsführer in die strafrechtliche Pflicht nehme. Auch sei es kaum nachvollziehbar, das Merkmal „Geschäftsführer" bzw. „Mitglied des Vertretungsorgans" mithilfe der

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

tatsächlichen Betrachtungsweise zu konkretisieren – einer Betrachtungsweise, die bei der Interpretation der Statusmerkmale „Schuldner" und „Arbeitgeber" längst überwunden sei. An diesem Ergebnis ändere schließlich auch der Wille des Gesetzgebers nichts, der, als er den rechtsformneutralen § 15a InsO schuf, der Rspr. des *BGH* zum faktischen Geschäftsführer nicht den Boden habe entziehen wollen. Denn ein wie auch immer beschaffener Wille des Gesetzgebers erlaube es der Strafrechtsprechung nicht, sich zulasten des Täters über einen eindeutigen Wortlaut hinwegzusetzen.

8. Anke Hadamitzky: Die Bedeutung der Rangrücktrittsvereinbarung im „Insolvenzstrafrecht", ZInsO 36/2015, S. 1778-1786.

Bekanntlich hat der Gesetzgeber des MoMiG mit § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG dem von der Rspr. kreierten Eigenkapitalersatzrecht die Grundlage entzogen. Stattdessen hat der MoMiG-Gesetzgeber mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO eine Vorschrift geschaffen, die sämtliche Gesellschafterdarlehen – unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der Gesellschafter das Darlehen gewährt hat – für das Stadium des Insolvenzverfahrens subordiniert. Trotz dieses gesetzlich angeordneten Nachrangs konnte sich der MoMiG-Gesetzgeber aber nicht dazu durchringen, Gesellschafterdarlehen von der Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus auszunehmen. Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO sind nur solche Gesellschafterdarlehen von der Passivierungspflicht entbunden, für die der darleihende Gesellschafter gem. § 39 Abs. 2 InsO den Rangrücktritt hinter die Ränge der Nrn. 1-5 des § 39 Abs. 1 InsO etklärt hat. Wie dieser Rangrücktritt beschaffen sein muss, um die Wirkungen des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO herbeizuführen, datüber herrschte lange keine Einigkeit. Der *IX. Zivilsenat* des *BGH* hat diese Frage jüngst entschieden und einen qualifizierten Rangrücktritt gefordert. Nach Ansicht des *IX. Zi- vilsenats* muss der Rangrücktritt eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre begründen (*BGH*, GmbHR 2015, 472 [474]). Konkret fordert der *IX. Zivilsenat* eine mit „dinglicher Kraft" ausgestattete Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger, die dahin geht, nur solche Zahlungen auf die subordinierte Forderung zu gestatten, die der Schuldner aus freien, nicht zur Schuldendeckung erforderlichen Mitteln erbringen kann („verfügender Schuldänderungsvertrag"; dazu *BGH*, GmbHR 2015, 472 [476]). Welche strafrechtlichen Konsequenzen es hat, wenn der Geschäftsführer entgegen dem qualifizierten Rangrücktritt das Darlehen an den Gesellschafter zurückbezahlt, erörtert *Verf.* in ihrem Beitrag und gelangt dabei zu dem Ergebnis, dass sich der Geschäftsführer regelmäßig in Tateinheit wegen Bankrotts und Untreue strafbar macht (vgl. S. 1782 ff.).

II. Kommentare/Handbücher

1. Müller-Gugenberger (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und -ordnungswidrigkeitenstrafrechts, 6. Aufl. 2015, Otto Schmidt Verlag, 189,00 €, ISBN 978-3-504-40042-2.

In sechster Auflage liegt nunmehr *der* Klassiker des Wirtschaftsstrafrechts, der *„Müller-Gugenberger"* vor. Auch in der sechsten Auflage hat der *„Müller-Gugenberger"* sein aufbautechnisches Alleinstellungsmerkmal beibehalten und erörtert das Wirtschaftsstrafrecht anhand der Lebensphasen eines Unternehmens. Dieser Aufbau ist zwar durchaus interessant und eröffnet dem Leser Einblicke, die ihm bei einem konventionellen Aufbau, der die einzelnen Delikte nacheinander abhandelt, eher verborgen bleiben, bereitet gelegentlich aber Schwierigkeiten, etwa wenn es darum geht, rasch an Informationen zu einer bestimmten Frage zu gelangen. Das hier allein interessierende Insolvenzstrafrecht, ist im vierten Kapitel des *„Müller-Gugenberger"* enthalten und wird von *Hans Richter* kommentiert.

a) An den Anfang seiner Ausführungen stellt *Verf.* einen Abschnitt (§ 75), der einen Überblick über die denkbaren Beendigungsverfahren einer wirtschaftlichen Unternehmung gibt, drren rechtliche Voraussetzungen benennt sowie deren Ablauf schildert. Ebenfalls unter § 75 wendet sich *Verf.* ganz allgemein der nach wie vor stark umstrittenen Frage zu, ob die Krisenmerkmale der §§ 283 ff. StGB insolvenzrechtsakzessorisch oder aber strafrechtsautonom auszulegen sind und plädiert dabei – im Grds. überzeugend – für eine (strikt) insolvenzrechtsakzessorische Lesart. Wenn sich *Verf.* zur Begründung seiner Ansicht auf die Rspr. des *BGH* beruft, der die insolvenzrechtsakzessorische Interpretation der Krisenmerkmale anerkannt habe (Rdnr. 52), überzeugt das nur bedingt, hat sich doch der *BGH* im Kontext der §§ 283 ff. StGB bislang nur zur Auslegung des Merkmals „Zahlungsunfähigkeit" geäußert. Im Übrigen macht *Verf.* nicht deutlich, ob er strafrechtliche Besonderhei-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

ten, wie den *in-dubio*-Grds., das Bestimmtheitsgebot etc. seinem insolvenzrechtsakzessorischen Interpretationsmodell integrieren will oder stattdessen einen *strikt* akzessorischen Ansatz verficht. Seine Ablehnung der funktional-insolvenzrechtlichen Akzessorietät (vgl. Rdnr. 52) legt letzteres nahe.

b) Ein eigenes Kapitel (§ 77) widmet *Verf.* den strafrechtlichen Risiken, die sich infolge der Änderungen am Insolvenzrecht durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) ergeben. Dass literarische Stellungnahmen zu diesem Themenkreis weitgehend fehlen, wie *Verf.* unter Rdnrn. 1 f. bedauernd moniert, trifft freilich so nicht zu, hat doch der *Rezensent* in KTS 2014, 1 ff. umfassend zu den insolvenzstrafrechtlichen Risiken Stellung genommen, die mit einem Missbrauch des neugeschaffenen Schutzschirmverfahrens einhergehen. Überzeugend stellt sich *Verf.* auf den Standpunkt, wonach der Tatvariante des fehlerhaften Antrags (vgl. § 15 Abs.4 Var. 2 InsO) nicht nur unzulässige Insolvenzanträge unterfallen, da diese bereits § 15a Abs. 4 Var. 1, 3 InsO erfasst (Rdnr. 6; dazu auch schon *Brand*, KTS 2014, 1 [14]). Auf Grundlage dieser Erkenntnis gelangt *Verf.* sodann – und zu Recht – zu dem Ergebnis, dass sich der Schuldner, der im Schutzschirmverfahren gegenüber dem Insolvenzgericht seine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit verschweigt und stattdessen seinen Antrag auf Überschuldung bzw. drohende Zahlungsunfähigkeit stützt, wegen Insolvenzverschleppung strafbar macht (Rdnr. 9). Ob das freilich nur gilt, wenn die unzutreffenden, die eingetretene Zahlungsunfähigkeit verschleiernden Tatsachen die Amtsermittlung seitens des Insolvenzgerichts konterkarieren (Rdnr. 9), erscheint jedoch fraglich (s. ausf. *Brand*, KTS 2014, 1 [15 f.]), dürfte aber in den praktischen Konsequenzen meist keine Auswirkungen zeitigen. Denn unzutreffende Angaben werden nur selten die von Amts wegen angestellten Ermittlungen des Insolvenzgerichts unbeeinflusst lassen. Darüber hinaus will *Verf.* den Tatbestand der Insolvenzverschleppung auch gegen solche Manipulationen in Stellung bringen, die die Eignung bzw. Unabhängigkeit des Sanierungsbescheinigers betreffen (vgl. Rdnr. 20). Angesichts der Gefahren, die den Gläubigern aufgrund eines erschlichenen Schutzschirmverfahrens drohen (s. *Brand*, KTS 2014, 1 [7 ff., 14 ff.]), erscheint diese Annahme nicht unplausibel. Gemäß § 270b Abs. 4 Satz 2 InsO sind der Schuldner und der vorläufige Sachwalter verpflichtet, dem Insolvenzgericht den Eintritt von Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Unterlassen sie das, um unter dem Schutzschirm des § 270b InsO das Unternehmen weiter zu betreiben, soll nach Ansicht des *Verf.* für den Sachwalter eine Strafbarkeit wegen Untreue im Raum stehen (Rdnr. 16). Der Schuldner scheint nach der Konzeption des *Verf.* hingegen straflos zu bleiben (vgl. Rdnr. 16). Während es zwar überzeugt, den Schuldner, der die Zahlungsunfähigkeit dem Insolvenzgericht nicht anzeigt, nicht wegen Insolvenzverschleppung zur Verantwortung zu ziehen (s. auch § 80 Rdnr. 45; so auch schon *Brand*, KTS 2014, 1 [16]), ist es durchaus möglich, ihn gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB zu bestrafen (s. dazu *Brand*, KTS 2014, 1 [22]). Ob Schuldner und Sanierungsbescheiniger daneben auch eine Betrugsstrafbarkeit droht, wenn sie mithilfe unzutreffender Angaben die Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens erschleichen, wie es *Verf.* vorzuschweben scheint (vgl. Rdnrn. 21 f.), ist mit Blick auf das Erfordernis einer Absicht, sich stoffgleich zu bereichern, eher zweifelhaft. Die Schäden, die den Gläubigern aufgrund des zu Unrecht eröffneten Schutzschirmverfahrens drohen, werden regelmäßig nicht ihr Spiegelbild in den Vorteilen finden, die Schuldner und Sanierungsberater mit dem Schutzschirmverfahren erstreben. Das aber wäre erforderlich, um die Absicht stoffgleicher Bereicherung feststellen zu können. – Prozessual hält *Verf.* die Sanierungsbescheinigung, die der Schuldner vorlegen muss, will er unter den Schutzschirm des § 270b InsO schlüpfen, für durch die Strafverfolgungsbehörden verwertbar. Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO hindere einen Rückgriff auf das Sanierungsgutachten nicht (vgl. Rdnr. 8 und erg. § 76 Rdnr. 38). Diese Ansicht dürfte mit dem herrschenden Verständnis von § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO harmonieren, überzeugt aber aus den vom *Rezensenten* an anderer Stelle ausgeführten Erwägungen nicht (vgl. *Brand/Kanzler*, wistra 2014, 334 [337 ff.]).

c) Im Anschluss an die §§ 78 und 79, die sich ausführlich mit den Krisenmerkmalen der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung beschäftigen, gegenüber der noch von *Klaus Bieneck* verantworteten Vorauflage aber keine grundlegenden Neuerungen enthalten und deshalb hier nicht näher betrachtet werden, widmet sich *Verf.* dem für die Praxis eminent wichtigen und für die Dogmatik besonders reizvollen Tatbestand der Insolvenzverschleppung (unter § 80). Die Praxisrelevanz der strafbaren Insolvenzverschleppung hängt – worauf *Verf.* in Rdnrn. 6 und 9 hinweist – zum einen mit der Möglichkeit, neben der vorsätzlichen auch die fahrlässige Insolvenzverschleppung zu ahnden und zum anderen mit

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

der gegenüber anderen Delikten leichteren Nachweisbarkeit zusammen. Der dogmatische Reiz, den § 15a InsO auch für das Strafrecht entfaltet, beruht auf der neu geschaffenen Handlungsvariante des „nicht richtig" gestellten Antrags, der *Verf.* ausführliche Überlegungen widmet (Rdnrn.53ff.). Überzeugend votiert *Verf.* zunächst dafür, dass die Tatvariante des „nicht richtigen" Antrags erst Relevanz gewinnt, wenn der Schuldner einen insolvenzrechtlich zulässigen Pflichtantrag gestellt hat (Rdnr. 53). Sodann stellt er sich auf den Standpunkt, dem Merkmal „nicht richtig" nur solche Anträge zu subsumieren, die Falschangaben enthalten, aufgrund derer das Insolvenzgericht in seiner Amtsermittlung behindert wird. So will *Verf.* etwa den Schuldner, der einen Insolvenzantrag stellt und dabei behauptet, ihm drohe die Zahlungsunfähigkeit, obschon seine Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten ist, völlig zu Recht gem. § 15a Abs. 4 Var. 2 InsO bestrafen (Rdnr. 55). – Folgende weitere Punkte verdienen noch besonders hervorgehoben zu werden:

aa) Skeptisch bewertet *Verf.* die Rechtsprechung, wonach ein Insolvenzantrag nach seiner Abweisung mangels Masse nicht erneut gestellt werden muss, falls im Rahmen eines sich an die Abweisung anschließenden Liquidationsverfahrens unbekannte Vermögensgegenstände auftauchen. Der Schutzzweck des § 15a Abs. 4, 5 InsO werde durch diese Spruchpraxis ausgehöhlt (Rdnr. 51).

bb) Unter den Rdnrn. 35 f. erörtert *Verf.* das mit dem MoMiG neu geschaffene Institut der Führungslosigkeit. Danach trifft die Gesellschafter – bzw. die Mitglieder des Aufsichtsrats bei einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft – die gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO strafbewehrte Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO, falls die Gesellschaft über kein Geschäftsleitungsorgan verfügt. Wann sich eine Gesellschaft im Zustand der Führungslosigkeit befindet, ist bis heute nicht umfassend geklärt und besonders für die Konstellationen umstritten, in denen die Gesellschaft nur über einen faktischen Geschäftsleiter verfügt. Nach der zutr. Ansicht des *Verf.* steht das Vorhandensein eines faktischen Geschäftsleiters der Annahme von Führungslosigkeit entgegen (vgl. Rdnr. 35; so auch schon *Brand/Brand*, NZI 2010, 712 [714 f.]). Die Aussage, wonach § 15a Abs. 3 InsO u.a. deshalb misslungen sei, weil er die EU-Auslandsgesellschaften nicht erfasse, trifft in dieser Pauschalität hingegen nicht zu, gibt es doch Stimmen im Schrifttum, die es interpretativ für möglich halten, auch den Gesellschaftern einer EU-Auslandsgesellschaft im Falle von Führungslosigkeit gem. § 15a Abs. 3 InsO die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO aufzubürden (so etwa *Haas*, in: Blersch/Goetsch/Hass (Hrsg.), Berliner Kommentar Insolvenzrecht, [41. Lfg./Mai 2012], § 15a Rdnr. 35; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Hrsg.), GmbHG, 7. Aufl. [2012], Vorbem. z. § 64 Rdnr. 65).

d) Unter § 81 handelt *Verf.* allgemeine Grundlagen des Bankrotttatbestandes ab. Neben Ausführungen zu den tauglichen Tätern sowie zum Verständnis der objektiven Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB (Rdnrn. 65 ff.) nimmt er auch zu den Voraussetzungen Stellung, die vorliegen müssen, um bspw. einem Organwalter die Gemeinschuldnerposition des von ihm vertretenen Verbands gem. § 14 Abs. 1 StGB zuzurechnen (Rdnrn. 53 ff.). Ausführlich listet *Verf.* zunächst die Argumente auf, die gegen die früher von der Rspr. verfochtene Interessentheorie sprechen. Allerdings trifft der Vorwurf der Inkonsequenz (vgl. Rdnr. 56) jedenfalls insofern nicht zu, als die Rspr. im Kontext der Buchführungs- und Bilanzdelikte nicht stets eine Ausnahme von ihrer Interessentheorie machte, sondern diese durchaus auch hier gelegentlich anwandte (vgl. *BGH* wistra 1982, 148 [149] sowie *BGH* wistra 2000, 136 [137]). Im Anschluss hieran erörtert *Verf.* sodann, wohin die Rspr. bei der Interpretation der Partikel „als" geht, nachdem sie die Interessentheorie verabschiedet hat (Rdnrn. 61 ff.). Dabei bleibt leider unerwähnt, dass dem *BGH* in seiner jüngsten Entscheidung zum Thema nicht jede rechtsgeschäftliche Schädigungshandlung, die der potentielle Zurechnungsadressat im Namen der Gesellschaft vornimmt, genügt, um den Zurechnungsmechanismus des § 14 StGB zu aktivieren, sondern nur solche, die die Gesellschaft wirksam rechtsgeschäftlich binden (*BGH*St 57, 229 [237 f.] = NJW 2012, 2366 [2368 f.] m. Anm. *Brand* und *Wessing*, EWiR 2012, 609 = ZWH 2012, 357 ff. m. Anm. *Kudlich*).

e) Einen eigenen Abschnitt (§ 82) widmet *Verf.* der Frage, welche strafrechtlichen Konsequenzen die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen haben kann. Vor Inkrafttreten des MoMiG herrschte die Ansicht vor, dass der Geschäftsführer, der im Stadium der Gesellschaftskrise sog. eigenkapitalersetzende Darlehen an die Gesellschafter zurückzahlte sich entweder wegen Untreue oder Bankrotts strafbar machte (vgl. etwa Rdnrn. 13 ff.). Nachdem der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen eigenkapitalersetzenden und „normalen" Gesellschafterdarlehen im Zuge der MoMiG-Reform aufgegeben und nunmehr sämtli-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

che Gesellschafterdarlehen, egal wann der Gesellschafter sie der Gesellschaft gewährt hat, einem Nachrang in der Insolvenz unterworfen hat (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), herrscht Streit um die insolvenzstrafrechtlichen Folgen, die ein Geschäftsleiter gewärtigen muss, der trotz anhaltender Gesellschaftskrise ein solches Darlehen zurückführt. *Verf.* plädiert dafür, den Geschäftsleiter, der etwa bei bevorstehender Insolvenzreife ein Gesellschafterdarlehen zurückführt, wegen Untreue bzw. wegen Bankrotts zu bestrafen (Rdnr. 24).

f) Es ließe sich noch viel mehr zu der umfassenden Kommentierung des Insolvenzstrafrechts durch *Hans Richter* sagen – das würde aber den Rahmen sprengen. Fest steht jedenfalls, dass dem *Verf.* eine übersichtliche, die aktuellen Problemlagen aufgreifende und zudem tiefgehende Darstellung dieser schwierigen Materie gelungen ist. Der „Müller-Gugenberger" sollte deshalb auf dem Schreibtisch eines im Insolvenzstrafrecht Tätigen nicht fehlen!

2. Uhlenbruck/Hirte/Vallender (Hrsg.), Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, Verlag Franz Vahlen, 259,00 €, ISBN 978-3-8006-4664-7.

Es entspricht mittlerweile guter Tradition dieser Literaturübersicht neben insolvenzstrafrechtlichen auch originär insolvenzrechtliche Werke vorzustellen, benötigt doch der Insolvenzstrafrechtler, will er seiner Tätigkeit angemessen nachkommen, auch vertiefte insolvenzrechtliche Kenntnisse. Im Berichtszeitraum ist die Neuauflage *des* Standardwerks zum Insolvenzrecht erschienen, das auch Juristen, die sich mit dem Insolvenzrecht kaum oder überhaupt nicht beschäftigen, ein Begriff sein dürfte: der „Uhlenbruck". Im Mittelpunkt der nachfolgenden Besprechung werden die Kommentierungen der §§ 15a, 97 InsO stehen, die für den Insolvenzstrafrechtler naturgemäß von besonderem Interesse sind.

a) Wie schon in der Vorauflage kommentiert den für das Insolvenzstrafrecht besonders relevanten § 15a InsO *Heribert Hirte*. Bekanntlich hat der Gesetzgeber mit dem MoMiG die zuvor über das gesamte Gesellschaftsrecht verstreuten Insolvenzantragspflichten bis auf wenige Ausnahmen, wie die Antragspflicht des Vereinsvorstands gem. § 42 BGB und die Anzeigepflicht bei Kreditinstituten (vgl. § 46b KWG), in einer Vorschrift, nämlich dem § 15a InsO, vereinigt. Mit der Wahl der Insolvenzordnung als neuem Standort der Insolvenzantragspflicht verfolgte der MoMiG-Gesetzgeber v.a. das Ziel, auch die Geschäftsleiter der EU-Auslandsgesellschaften dieser Pflicht zu unterwerfen. Ob ihm dies gelungen, ob also § 15a InsO international-privatrechtlich als eine insolvenzrechtliche Vorschrift zu qualifizieren ist, darüber herrscht keine Einigkeit und daran sind jüngst erst wieder verstärkt Zweifel aufgekommen, nachdem der Gesetzgeber den § 15a Abs. 6 InsO geschaffen hat, der eine Bereichsausnahme von der Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO für Vereinsvorstände vorsieht (vgl. auch Rdnr. 3). Die Zweifel an der Erfassung der EU-Auslandsgesellschaften durch § 15a InsO vergrößern sich noch, blickt man auf den Wortlaut des § 15a Abs. 3 InsO, der die Konstellationen der sog. Führungslosigkeit regelt, dabei aber nur Rechtsträger inländischer Provenienz nennt (vgl. Rdnr. 61). Keine Auswirkungen auf die Führungslosigkeit soll nach Ansicht des *Verf.* die Existenz eines faktischen Geschäftsführers haben (Rdnr.62). Unter den Rdnrn. 64 ff. widmet sich *Verf.* dem nunmehr in § 15a Abs. 4, 5 InsO enthaltenen Straftatbestand. Völlig zu Recht stellt er sich dabei auf den Standpunkt, dass es das Analogieverbot verbietet, den Geschäftsführer einer Vor-GmbH, der seiner Antragspflicht analog § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO nicht fristgerecht nachkommt (Rdnr. 2), gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO zu bestrafen (Rdnr. 64). Für mit dem Analogieverbot ebenfalls unvereinbar hält *Verf.* die von der Rspr. geteilte h.M., auch den faktischen Geschäftsführer, der es unterlässt, seiner Antragspflicht nachzukommen, gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO zu bestrafen (Rdnr. 64). Keine näheren Ausführungen finden sich leider zu der die Praxis derzeit besonders beschäftigenden Frage, was genau man unter einem „nicht richtigen" Insolvenzantrag i.S.v. § 15a Abs. 4 Var. 2 InsO zu verstehen hat.

b) Die Kommentierung der strafprozessual interessanten, im Rahmen der Verteidigerstrategie aber gleichwohl ein Schattendasein fristenden Vorschrift des § 97 InsO hat in der vierzehnten Auflage des „Uhlenbruck" *Helmut Zipperer* übernommen. Gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 InsO ist der Insolvenzschuldner verpflichtet, einem dort näher bezeichneten Adressatenkreis über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu erteilen. Diese Auskunftserteilungspflicht bezieht sich gem. § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO ausdrücklich auch auf solche Tatsachen, deren Offenbarung geeignet ist, den Insolvenzschuldner oder einen Angehörigen der Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit auszusetzen. Als Reaktion auf den sog. „Gemeinschuldner-Beschluss", in dem das *BVerfG* den konkursrechtlichen Vorläufer des § 97 Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO, den § 100 KO a.F., für verfas-

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

sungskonform erklärt, gleichzeitig aber ausgesprochen hat, dass die selbstbelastenden Auskünfte des Schuldners in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen, hat der Gesetzgeber das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO geschaffen (zur Entwicklung s. Rdnr. 8). Inhalt und Reichweite dieses Verwendungsverbots sind bis heute nicht abschließend geklärt, was nicht zuletzt damit zusammen hängt, dass die Rspr. bislang kaum die Gelegenheit erhalten hat, über die Auslegung dieser Vorschrift zu entscheiden (zu diesem Befund s. *Weyand*, ZInsO 2015, 1948 [1949]). Nachdem *Verf.* umfassend und kenntnisreich zunächst den Kreis der Auskunftsberechtigten und der Auskunftsverpflichteten näher konkretisiert (Rdnrn. 4 ff.), erörtert er die Gegenstände der Auskunftspflicht (Rdnr. 7), bevor er sich dem strafprozessualen Verwendungsverbot zuwendet (Rdnrn. 9 ff.). Weitgehend Konsens herrscht immerhin insofern, als § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ein – strafprozessual untypisches – Verwertungsverbot mit Fernwirkung statuiert. Begründet wird diese Fernwirkung v.a. mit dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, der nicht von verwerten, sondern von verwenden spricht. An dieser Begründung meldet *Verf.* Zweifel an, verhalten sich ihm zufolge doch die Verben „verwerten" und „verwenden" synonym zueinander (Rdnr. 10). Die These vom synonymen Bedeutungsgehalt der beiden Verben überzeugt jedoch weder mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte – der Gesetzgeber sprach zunächst von „verwerten", bevor er zu „verwenden" wechselte – noch in Anbetracht der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Kontext von Verwertungsverboten keinesfalls diese beiden Verben undifferenziert nebeneinander gebraucht. Hingegen moniert *Verf.* völlig zu Recht die – v.a. bei den Strafverfolgungsbehörden anzutreffende – Ansicht, wonach nur erzwungene, nicht aber freiwillige Schuldnerauskünfte dem Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO unterfielen (Rdnr. 10, 13). Im Einklang mit der ganz h.M. vertritt *Verf.* die Ansicht, dass Geschäftsbücher und Aufzeichnungen, die der Schuldner aufgrund gesetzlicher Verpflichtung geführt hat (vgl. §§ 238 ff. HGB), nicht dem Verwendungsverbot unterfallen (Rdnr. 13), während freiwillig geführte Aufzeichnungen – und insofern weicht er vom Standpunkt der h.M. ab – § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO erfasst (Rdnr. 13).

c) Resümierend erweist sich der „Uhlenbruck" aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht – anderes zu beurteilen überstiege die Kompetenz des *Rezensenten* – als ein von hochkarätigen Autoren verfasstes, höchst kenntnisreiches und die dem Insolvenzstrafrechtler begegnenden insolvenzrechtlichen Fragestellungen zumeist souverän beantwortendes Werk! Wer also insolvenzrechtliche Vorfragen eines insolvenzstrafrechtlichen Sachverhalts umfassend klären muss, dem sei der Gebrauch dieses Werks unbedingt empfohlen!

Verfassungsrecht/Strafrecht

Rechtsanwalt Andreas Arno Glauch, Bautzen

Bijan Moini: Staatliche Warnungen vor entlassenen Straftätern. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer umstrittenen Präventivmaßnahme.

Schriften zum öffentlichen Recht

Band 1247, Duncker &Humblot, Berlin 2013, 253 Seiten, 69,90 €

Moini setzt sich in seiner von *Prof. Hans-Jürgen Papier* betreuten Dissertation an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit dem Problem der staatlichen Warnung vor Straftätern auseinander, die ihre Strafe vollständig verbüßt haben und nun in die Freiheit entlassen werden.

Untersucht wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit staatlicher Warnungen. Dabei wird auch die US-amerikanische Rechtsordnung zum Vergleich dargestellt, die durch unterschiedliche Meinungen im US-Supreme Court gekennzeichnet ist. Insbesondere in Folge der Entscheidungen des EGMR NJW 2010, 2495 ff. und des BVerfG NJW 2011, 1931 ff. zur Sicherungsverwahrung waren einige über lange Zeit inhaftierte Personen kurzfristig und ohne entsprechende Vorbereitung aus der Unterbringung entlassen worden. Durch Behörden

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

und Politiker war vor den Entlassenen gewarnt worden. Diverse Journalisten lauerten ihnen dann vor den Wohnungen auf. Teilweise kam es zu regelmäßigen Protesten und Demonstrationen der Bewohner in der Nachbarschaft. Die Entlassenen wurden so faktisch von einer Bleibe zur nächsten gejagt. In diesem Zusammenhang ist der Hintergrund der Untersuchung von *Moini* zu sehen.

Zunächst werden die allgemeinen Formen staatlicher Informationstätigkeit dargestellt, die zum Beispiel im Rahmen von Kampagnen betreffend Drogen oder AIDS/HIV erfolgen. Einen Schritt über eine solche (allgemeine) Aufklärung hinaus geht dann die staatliche Empfehlung. Mit der staatlichen Warnung wiederum erhöht sich die Intensität einer Empfehlung, die aufgrund ihres nun vorliegenden konkreten Bezugs zu einem Rechtssubjekt auch rechtlichen Anforderungen entsprechen muss. Dabei standen lange Zeit Warnungen vor Gefahren durch Verbraucherprodukte, insbesondere im Bereich der Lebensmittel, im Vordergrund der Betrachtungen. Dazu gibt es zahlreiche Entscheidungen (z. B. OLG Stuttgart NJW 1990, 2690 ff. - Birkel -). Eine andere Fallgruppe sind staatliche Warnungen vor Glaubensgemeinschaften, wobei regelmäßig die in Art. 4 Abs. 1 GG garantierte Glaubensfreiheit betroffen ist (BVerfG NJW 1989, 3269 ff. – Transzendentale Mediation -; BVerfG NVwZ-RR 2002, 801 ff. – Osho -).

Systematisch und zutreffend sucht *Moini* nach einer einfach gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für derartige staatliche Eingriffe. Dabei geht er vom Vorliegen des Gesetzesvorbehalts aus. Er stellt den vom BVerfG geprägten Begriff der „Grundrechtsbeeinträchtigung" dar, der sich vom klassischen Eingriff dadurch unterscheide, dass er sich nur faktisch-mittelbar statt regelnd und unmittelbar auswirke.

In formeller Hinsicht ist für *Moini* die Zuständigkeit der konkreten Behörden für die ins Auge gefasste Warnung ebenso problematisch, wie die unter Verfahrensgesichtspunkten notwendiger Weise vorzunehmende vorherige Anhörung des Betroffenen.

In materieller Hinsicht ist für ihn stets zumindest das Vorliegen einer Gefahr erforderlich, wobei dem Staat die Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts obliege. Dabei müssen die in der Warnung behaupteten Tatsachen zutreffend sein und es dürfen ihr keine sachfremden Erwägungen zugrunde gelegt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müsse beachtet werden.

Im Weiteren stellt *Moini* den entlassenen Straftäter als Träger von Rechten dar, welche auch durch Maßregeln der Besserung und Sicherung wie der Führungsaufsicht gem. §§ 68 ff. StGB beschränkt werden können. Dabei komme den individuellen Gefährlichkeitsprognosen eine besondere Rolle zu. Der Gesetzgeber habe mit dem Maßregelrecht die von entlassenen Straftätern möglicherweise ausgehenden Gefahren geregelt. Durch die Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, den Anspruch auf Resozialisierung sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sieht *Moini* das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Zulässigkeit staatlicher Warnungen als gegeben an. Durch das Strafurteil sei zwar auch die „innere" Ehre des Straftäters betroffen. Dieser Ansehensverlust sei allerdings durch die Verbüßung der Strafe zumindest teilweise wieder rückgängig gemacht worden. Deshalb sei die Warnung auch als Eingriff in das Recht auf Achtung und Schutz der persönlichen Ehre aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG einzustufen.

Daneben könne die Warnung – wegen der in Betracht kommenden Übergriffe - auch als Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gesehen werden. Dafür bedürfe es letztlich jedoch einer Zurechnung von Verletzungshandlungen Privater, die jedenfalls bei vorsätzlichen Straftaten im Ergebnis nicht als gegeben angesehen werden.

Hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz kommt *Moini* zu dem Schluss, dass auf Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der Bund zuständig ist, soweit es sich um eine Strafe oder Maßregel handelt. Nur wenn dies nicht der Fall sei, verbliebe es nach dem Grundsatz des Art. 70 Abs. 1 GG bei der Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG komme bei der Prüfung der materiellen Zulässigkeit eine erhebliche Bedeutung zu, wobei die „Prangerstrafe" als entsprechender Verstoß und Eingriff in den Kern einer Persönlichkeit und der Menschenwürde anzusehen sei. Soweit eine „anprangernde Wirkung" dazu in Abgrenzung gebracht wird, bleiben die zu ziehenden Schlussfolgerungen im Unklaren. Eine „Rund-um-die-Uhr-Überwachung" sei

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **compliancedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

jedenfalls im Hinblick auf die Erschwerung sozialer Kontakte ein erheblicher Grundrechtseingriff.

Ein staatliches Warnsystem muss nach Ansicht Moinis dem Gebot der Erforderlichkeit entsprechen. Soweit Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht die „objektive Sicherheit" ebenso gut erhöhen könnten, fehle es an einer Erforderlichkeit staatlicher Warnungen. Gehe eine Gefährdung nur für einen bestimmbaren Personenkreis aus, müsse sich die Warnung auf diesen Personenkreis beschränken. Der Adressatenkreis sei eng zu ziehen, wobei sogenannte passive Warnungen zu bevorzugen seien. Diese sollen nur bei Interesse oder auf Antrag abgerufen werden können. Die unberechtigte Weitergabe derartiger Warnungen solle unter Strafe gestellt werden.

Mit vorliegender Arbeit durchdringt *Moini* die Problematik und gibt der Praxis von Behörden, Gerichten und Rechtsanwälten Hinweise auf Erwägungen, die im Einzelfall anzustellen sind. Dabei werden die betroffenen Grundrechte der entlassenen Straftäter systematisch dargestellt und in ihren Verhältnis zum Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit gewertet.

Am Ende seiner Untersuchung unterbreitet *Moini* Vorschläge für ein verfassungsrechtliches zulässiges staatliches Warnsystem. Dabei bringt er zum Ausdruck, dass dafür insbesondere die Tätergruppe der Sexualstraftäter in Betracht komme. Von diesen gehe eine Bedrohung bedeutsamer Individualrechtsgüter aus. Er begründet die Effektivität solcher Warnungen mit der Behauptung, dass sich entsprechende Opfer mehrheitlich im sozialen Nahbereich des Sexualstraftäters befinden. Deshalb sei hier der Adressatenkreis für staatliche Warnungen noch am ehesten identifizierbar. Dabei sieht er ein im Vereinigten Königreich geschaffene Modell als Vorbild an. Es solle ein „passiver Ansatz" gewählt werden, der Informationen nur auf Anfrage und nach Prüfung der Angemessenheit übermittle. Zur Beurteilung der Gefährlichkeit biete sich ein Rückgriff auf die zur Sicherungsverwahrung und Führungsaufsicht entwickelten Grundsätze an. In dem Geltungsbereich des Grundgesetzes müsse ein Warnsystem nicht wie im Vereinigten Königreich auf Sexualstraftäter begrenzt werden, die wegen Kindesmissbrauch verurteilt worden sind. *Moini* weist zutreffend darauf hin, dass in einem solchen Warnsystem wegen des Gebotes der Angemessenheit jegliche Form der staatlichen Warnung vor ihrer Übermittlung zwingend der richterlichen Zustimmung bedürfe. In einem diesbezüglichen Verfahren solle der Betroffene auch angehört werden.

Im Rahmen des Einzelfalles sei stets die Erforderlichkeit einer Warnung zu prüfen, insbesondere ob ein gleich wirksames, aber milderes Mittel zur Verfügung stehe. Dabei kommen insbesondere Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht in Betracht. Dazu gehöre auch bestimmte Tätigkeiten zu untersagen und von der Möglichkeit einer „elektronischen Fußfessel" gem. § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB zum Zwecke der Aufenthaltsüberwachung Gebrauch zu machen. Dabei bleibt die grundsätzliche Problematik der „elektronischen Fußfessel" in der Betrachtung allerdings ausgespart.

Mit konkreten Überlegungen zu einem Richtervorbehalt betreffend staatlicher Warnungen hätte die im Übrigen überzeugende Untersuchung noch weiter abgerundet werden können.

Bijan Moini gebührt das Verdienst, die zu Grunde liegende verfassungsrechtliche Problematik in ihren vielfältigen Konstellationen sorgfältig aufgearbeitet zu haben. Für den nachsorgenden Strafverteidiger, der seinen Mandanten auch nach der Entlassung aus der Strafhaft vertritt, ist das Werk lesenswert. Er kann mit den dort dargestellten Systematisierungen und Einzelabwägungen bei den Behörden seinem Mandanten nachteilige Entscheidungen vermeiden. Letztlich dürfte die Untersuchung auch zivilrechtlich von Bedeutung sein, wenn Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend zu machen sind.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Einladung

WisteV-wistra-Neujahrstagung 2016

Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht

15. und 16. Januar 2016 in Frankfurt am Main

Hotel The Westin Grand, Konrad-Adenauer-Straße 7, 60313 Frankfurt, Tel. 069 2981-0

Freitag, 15. Januar 2016

14:45 – 15:00

Begrüßung der Teilnehmer und Einführung in die Tagung
RA Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim

15:00 – 18:00

Themenblock 1:

Das Sonderdelikt im System des Wirtschaftsstrafrechts

- Das Sonderdelikt im Wirtschaftsstrafrecht: Phänomen, Funktion und Funktionswandel – ein Überblick
  RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke, Hannover
- Zur Frage der Legitimität des Sonderdelikts im Wirtschaftsstrafrecht
  Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam
- Personifizierte Unternehmensdelinquenz: Die Anwendung der §§ 13, 14, 25 ff. StGB auf Manager als Unternehmensstrafrecht de lege lata
  Prof. Dr. Lothar Kuhlen, Mannheim

18:00 – 20:00

Abendessen

20:00 – 21:30

Dialog zu den Ergebnissen der Expertenkommission zur Reform der StPO

Teilnehmer: *RiBGH Dr. Norbert Mutzbauer, Karlsruhe*
RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin

Moderation: *Prof. Dr. Joachim Jahn, Berlin/Frankfurt*

Samstag, 16. Januar 2016

09:30 – 13:00

Themenblock 2:

Gefahrgeneigte Rollen in der freien Wirtschaft

- Arbeitgeberstrafrecht
  RA Dr. Oliver Kraft, Mönchengladbach
- Arztstrafrecht
  RA Dr. Michael Tsambikakis, Köln
- Beraterstrafrecht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer
  RA Hans-Peter Huber, Berlin

13:00 – 14:00

Mittagsbuffet

14:00 – 17:00

Themenblock 3:

Amtsträgerstrafbarkeit

- Entwicklung des Begriffs des Amtsträgers
  Prof. Dr. Bernd Heinrich, Tübingen
- Neuere Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht (inkl. Vergleich zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr)
  Prof. Dr. Klaus Bernsmann, Bochum
- Auslandskorruption
  MD Dr. Matthias Korte, Berlin

17:00 – 17:30

Zusammenfassung der Tagung
Dr. Markus Rübenstahl, Köln

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Anmeldung

WisteV-wistra-Neujahrstagung 2016

Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht

15. und 16. Januar 2016 in Frankfurt am Main

Hotel The Westin Grand, Konrad-Adenauer-Straße 7, 60313 Frankfurt, Tel. 069 2981-0

Der Tagungsbeitrag beträgt 430,- €.

Eine Teilnahmebescheinigung zur Anerkennung nach § 15 FAO wird erteilt.

Für die Teilnehmer der Tagung ist im **Hotel The Westin Grand**, Konrad-Adenauer-Straße 7, 60313 Frankfurt am Main, Tel.: 069/2981-0, ein **Zimmerkontingent zu Sonderkonditionen** (bei Übernachtung 15./16.1.2016 EZ 149,- €, DZ 169,- € inkl. Frühstücksbuffett und Nutzung des Wellness-Bereichs) auf Abruf reserviert. Die Zimmerreservierung bitten wir unter dem Stichwort „WisteV-wistra-Neujahrstagung 2016" bis zum 25.12.2015 selbst unter Tel.-Nr. 069/2981-750, Fax 069/2981-811 oder E-Mail reservation.frankfurt@westin.com vorzunehmen.

Die Buchung wird auch bei Anreise nach 18:00 Uhr aufrechterhalten. Bei Nichtanreise oder Stornierung nach 16:00 Uhr werden dem Gast 90 % des Zimmerpreises in Rechnung gestellt.

Anmeldung

bitte an Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV), Hochstraße 54, 60313 Frankfurt am Main, Fax: 069/3640486-10, E-Mail: geschäftsstelle@wistev.de.

Stornierung

Wenn Sie verhindert sind, informieren Sie uns bitte bis spätestens 10 Tage vor Beginn der Veranstaltung. In diesem Fall berechnen wir eine Bearbeitungsgebühr von 18,- €. Sollte uns Ihre Absage bis fünf Tage vor Beginn der Veranstaltung erreichen, ist die Hälfte der Tagungsgebühren zu zahlen. Sie zahlen die volle Tagungsgebühr, wenn uns Ihre Stornierung erst nach den genannten Fristen erreicht.

Ich nehme an der Neujahrstagung teil.

Angaben des Teilnehmers

Name/Vorname

Kanzlei/Firma

PLZ/Ort

Straße, Hausnummer

Telefon

Fax

E-Mail

Datum, Unterschrift

Bitte faxen an: 0 69/3640486-10

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de