

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

## Redaktion:

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

## Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

## Ständige Mitarbeiter:

Dr. Henner Apfel  
LOStA Folker Bittmann  
Dr. Matthias Brockhaus  
Dr. Matthias Dann  
Mag. iur. Katrin Ehrbar  
Friedrich Frank  
Dr. Hans-Joachim Gerst  
Dr. Tine Schauenburg  
Laura Görtz  
Antje Klötzer-Assion  
Dr. Ulrich Leimenstoll  
Norman Lenger  
Prof. Dr. Nina Nestler  
Dr. Patrick Teubner  
Dr. Christian Wagemann  
OSTA Raimund Weyand

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

## Aus dem Inhalt:

### *Aufsätze und Kurzbeiträge*

LOStA Prof. Dr. Georg-Friedrich Gütge, Schleswig

**In letzter Instanz: Das Strafrecht vor dem  
Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR** 68

Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf

**Die Prozessbeobachtung im Strafverfahren -  
Leitfaden für die anwaltliche Praxis** 75

### *Entscheidungskommentare*

Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen; Rechtsanwalt Dr. Sebastian Maiß,  
Düsseldorf

**Strafrechtliche Untreuerisiken wegen der Nicht-Geltend-  
machung zivilrechtlicher (Schadens-) Ersatzansprüche bei  
Bestehen einer „Schmiergeldabrede“** 82

Rechtsanwältin Dr. Laura Görtz, Frankfurt a.M.

**BGH: Implementierung und Optimierung eines Compliance-  
Management-Systems kann Geldbuße  
nach § 30 OWiG mindern** 88

### *Internationales*

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA, und  
Rechtsanwaltsanwärtlerin Mag. Katharina Satish, alle Wien

**Länderbericht Österreich** 96

## Editorial

**Wij – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., zweite Ausgabe 2018**

Liebe Leser der Wij,

„Let’s keep in touch!“ lautet die in den vergangenen Wochen wohl am meisten per E-Mail versandte Textzeile. Anlass ist das Inkrafttreten des neuen Datenschutzrechts unter dem Regelungsregime der Datenschutzgrundverordnung. Das macht Newsletter-Versender – zumeist übrigens Rechtsanwaltskanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – offenbar nervös: Wohl rein vorsichtshalber werden alle Newsletter-Abonnenten per E-Mail darum gebeten, ihr Abo zu bestätigen. Damit wollen die Versender sicherstellen, dass die Einwilligung in die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Empfänger erfolgt und ausreichend dokumentiert wird. Die hohen Bußgelder, die zukünftig für Verstöße fällig werden, scheinen das Bestreben um die Datenschutz-Compliance zu katalysieren.

Vielleicht ist das auch nötig: Denn viele „Let’s keep in touch“-E-Mails, die ich erhalte, kommen von Absendern, deren Newsletter ich – da bin ich mir ganz sicher – niemals angefordert und die ich zuvor auch niemals erhalten habe. Da fragt sich, wie meine E-Mail-Adresse in den Verteiler für die Kontaktwunsch-Nachrichten landen konnte. Datenschutzverstoß: check. Wettbewerbsverstoß: check.

Immerhin haben die freundlichen E-Mails einen ganz praktischen Vorteil: Sie sind willkommene Gelegenheit, das Newsletter-Dickicht zu lichten. Denn wem ich nicht antworte, der sendet mir auch keine E-Mails mehr, die mein Postfach verstopfen.

Dachte ich. Denn letzte Woche erhielt ich die freundliche Erinnerung eines Newsletter-Versenders. Ich hatte auf seine „Let’s keep in touch“-E-Mail versäumt, positiv zu antworten. Man wünsche sich aber doch sehr, in Kontakt zu bleiben, und bittet um „Opt In“.

Vielleicht lasse ich mich von einer zweiten Erinnerungsmail überzeugen. Spätestens von einer dritten. Das Bemühen um Datenschutz muss schließlich goutiert werden.

Eine interessante Lektüre der vorliegenden Ausgabe der Wij wünscht

Ihr

Dr. André-M. Szesny, LL.M.

## Inhaltsverzeichnis

### Impressum

**Herausgeber:** Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.

Vertreten durch LOStA Folker Bittmann, Rosemarie Helwig, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.

Kontakt: info@wi-j.de

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

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

**Webmaster/Layout:** Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

**Ständige Mitarbeiter:** Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Schauenburg, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Prof. Dr. Nina Nestler, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann, OStA Raimund Weyand.

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

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

**Erscheinungsweise:** Vierteljährlich, elektronisch.

**Bezugspreis:** Kostenlos.

**Newsletter:** Anmeldung zum Newsletterbezug unter [newsletter@wi-j.de](mailto: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**

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	68
LOStA Prof. Dr. Georg-Friedrich Guntge, Schleswig	
In letzter Instanz: Das Strafrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR	68
Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf	
Die Prozessbeobachtung im Strafverfahren - Leitfaden für die anwaltliche Praxis	75
Entscheidungskommentare	82
Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen; Rechtsanwalt Dr. Sebastian Maiß, Düsseldorf	
Strafrechtliche Untreuerisiken wegen der Nicht-Geltendmachung zivilrechtlicher (Schadens-) Ersatzansprüche bei Bestehen einer „Schmiergeldabrede“	82
Rechtsanwältin Dr. Laura Görtz, Frankfurt a.M.	
BGH: Implementierung und Optimierung eines Compliance-Management-Systems kann Geldbuße nach § 30 OWiG mindern	88
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert	
Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	93
Internationales	96
Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA, und Rechtsanwaltsanwärtin Mag. Katharina Satish, alle Wien	
Länderbericht Österreich	96
Rezensionen	102
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Reßlau	
Löwer, Steffen: Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise – Eine Analyse der Rolle des Strafrechts vor und zu Zeiten der Krise anhand der zentralen Norm des § 266 StGB	102
Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln	
Marcus Loose: Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB	103
Rechtsanwalt Dr. Lukas Ritzenhoff, Berlin	
Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis: Internal Investigations, Ermittlungen in Unternehmen, 2. Auflage 2016	106

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Strafprozessrecht

---

LOStA Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge, Schleswig

# In letzter Instanz: Das Strafrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR<sup>1</sup>

Mein Vortrag behandelt das Strafverfahren in „letzter Instanz“, wobei dieser Titel in jeglicher Hinsicht irreführend ist, denn keines der Gerichte, die ich behandeln möchte - der EuGH, der EGMR und das BVerfG - sind Instanzgerichte. Jedenfalls EGMR und BVerfG stehen zwar sozusagen am Ende der strafverfahrensrechtlichen „Nahrungskette“. Sie befinden sich dabei aber außerhalb des eigentlichen Instanzenzuges. Zu ihnen gelangt der Strafverfahren nicht aufgrund eingelegter Rechtsmittel, sondern aufgrund außerordentlicher Rechtsbehelfe, der Individualbeschwerde und der Verfassungsbeschwerde. Der EuGH wiederum urteilt - anders als die beiden anderen Gerichte - gar nicht über strafgerichtliche Entscheidungen, sondern begleitet nationale Verfahren bei ihrer Entstehung durch eine Befassung mit der Sache seitens der nationalen Justiz. Insoweit ist er ein Verfahrenshelfer, nicht aber ein Verfahrensbeurteiler. Gemeinsam ist EuGH, EGMR und BVerfG allerdings, dass sie allesamt „Endentscheider“ sind, ihre Judikate ihrerseits keiner Kontrolle unterliegen, wobei dies bezüglich des BVerfG nur mit Einschränkung gilt, denn dessen Entscheidungen werden jedenfalls inzidenter im Verfahren vor dem EGMR einer Kontrolle unterzogen, da dieser Gerichtshof - teils sehr zum Missfallen der Karlsruher Richter - das BVerfG als Teil des nationalen Rechtsweges begreift. Doch dazu später mehr.

## I. EuGH

Beginnen möchte ich, auch wenn der Vortragstitel es anders formuliert, mit dem EuGH, weil er von allen drei Gerichten für uns Strafrechtler bislang die geringste Rolle spielt. Kurz möchte ich Ihnen vorstellen, über welche Fragen der EuGH eigentlich befindet, was er zu entscheiden hat.

Gemäß Art. 258 und 259 AEUV ist der EuGH zuständig für Vertragsverletzungsklagen. Dabei prüft er, ob die Mitgliedstaaten ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen nachgekommen sind. Kläger ist entweder die Kommission oder ein Mitgliedstaat. Beklagter ist ebenfalls ein Mitgliedstaat, wobei das Prinzip der Organverantwortlichkeit gilt. Das Handeln einer nationalen Behörde oder eines nationalen Gerichts ist dem Mitgliedstaat zuzurechnen. Auf dem Gebiet des Strafrechts ist ein Vertragsverletzungsverfahren denkbar, wenn ein Mitgliedstaat es unterlassen hat, die unionsrechtlichen vorgeschriebenen Sanktionsgesetze zum Schutz der Rechtsgüter und Interessen der Union zu erlassen. Anlass für die Erhebung der Klage kann aber auch eine nicht im Einklang mit Unionsrecht stehende Auslegung oder Anwendung von innerstaatlichen strafrechtlichen Normen sein. Hierzu ein Beispiel: Wie Sie alle wissen, schützt der deutsche Betrugstatbestand grundsätzlich auch den Unwissenden oder harscher ausgedrückt: Auch den explizit „Dummen“ oder „Uneinsichtigen“. Sie alle kennen die juristischen Schulfälle, bei deren Lektüre man sich fragt, wie „um Gottes Willen kann man auf diesen Schwindel hereinfallen?“ Prägnantes und anschauliches Beispiel ist der Sachverhalt aus BGHSt 34, 199:

Der Angeklagte organisierte den Vertrieb für Verjüngungs- und Abmagerungsmittel sowie für "Haarverdicker" und "Nichtraucherpillen". Wie er wusste, waren sämtliche Produkte ebenso wirkungslos wie harmlos. Er verkaufte sie zu Preisen zwischen 46,50 DM bis 76 DM "ohne jedes Risiko" per Nachnahme zuzüglich Versandkosten mit "Rückgaberecht innerhalb von 14 Tagen mit voller Geldzurückgarantie". Auf Grund von Erfahrungen war er von einem Reklamationsanteil von höchstens 10 % aller Bestellungen ausgegangen. Tatsächlich wurde

---

<sup>1</sup> Vortrag, gehalten am 20.01.2018 auf WisteV-wistra-Neujahstagung. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

dieser Prozentsatz lediglich bei den "Schlank-Pillen" fast erreicht und lag im Übrigen niedriger. Zur Erledigung der Reklamationen sowie für die von Januar bis Oktober 1984 aufgegebenen Werbeanzeigen für etwa 600.000 DM wurde ihm von seinen Hinterleuten stets ausreichend Geld zur Verfügung gestellt. Laut Anklage kam es zu 255 Bestellungen. Mit der Werbung wurden durch die gezielte Auswahl der Werbeträger vor allem Hausfrauen und Arbeitnehmer mit einem Haushaltseinkommen um 2.000 DM angesprochen. Den Produkten wurden, wie der Angeklagte wusste, Eigenschaften und Wirkungen zugeschrieben, die sie nicht hatten. Er glaubte zunächst selbst nicht daran, dass jemand darauf hereinfallen würde. So sollte das "Hollywood-Lifting-Bad", angeblich aus "taufrischem Frischzellenextrakt", im Blitztempo von nur zwölf Bädern wieder schlank, straff und jung formen, und zwar "mit 100 %iger Figurgarantie". Verblüfft und zufrieden hätten Testpersonen festgestellt, "dass sie um herrliche zehn, fünfzehn oder mehr Jahre verjüngt" und zur Figur eines Filmstars geliftet worden seien. Mit dem angeblich von einem Schweizer Schönheitschirurgen erfundenen Mittel "Frischzellen-Formel Zellaplast 100" könne man schon nach der ersten Anwendung von nur zehn Minuten "mindestens fünf Jahre jünger" werden, nach vollständiger Behandlung "so jung wie vor 25 Jahren". Beim Einnehmen der "Schlank-Pille M-E-D 300" müsse man sogar reichlich essen, "damit die ungeheure Fettabschmelzkraft mit genügend Nahrung ausgeglichen" werde. Der "Haarverdicker- Doppelhaar" verdopple das Haar binnen zehn Minuten, auch Schuppen, Flechten, fettiges oder zu trockenes Haar würde mit 100 %iger Garantie beseitigt. In dieser Art wurde für sämtliche Produkte geworben. Die Käufer solcher Waren werden nach deutschem Recht vor unredlichem Verhalten ihrer Geschäftspartner durch das Strafrecht grundsätzlich geschützt. Deshalb vermochte der BGH der Wertung des Landgerichts, das einen Irrtum der Besteller bezweifelte, nicht beizutreten.

Das europäische Recht hat jedoch eine völlig andere Vorstellung vom sich im Warenverkehr bewegenden Homo Oeconomicus. Dieser ist ein aufgeschlossener, orientierter und informierter Teilnehmer am Geschäftsverkehr, ein informierter Durchschnittsverbraucher. So formuliert es jedenfalls Art. 5 der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Folge ist, dass klar zu durchschauende Unwahrheiten und Übertreibungen nicht die Qualität einer betrugsrelevanten Täuschungshandlung annehmen können. Europäisches Recht kollidiert insoweit mit deutschem Strafrecht, und es stellt sich die Frage, ob nicht jedenfalls dann, wenn ein Sachverhalt mit europäischem Bezug vorliegt, etwa wenn es um einen im europäischen Raum grenzübergreifenden Warenbetrug geht, auf den vom Europarecht vorgegebenen Täuschungshorizont des Verfügenden als einem informierten Verbraucher abgestellt werden muss.

Weiterhin befasst sich der EuGH gemäß Art. 263 und 264 AEUV mit Nichtigkeitsklagen. Mitgliedstaaten, der Rat der Europäischen Union, die Kommission und das Parlament können die Erklärung der Nichtigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft oder von Teilen von diesen beantragen. Dasselbe Recht steht natürlichen und juristischen Personen bezüglich solcher Rechtsakte zu, durch die sie unmittelbar und individuell betroffen sind. Da es ein europäisches Strafrecht nur rudimentär gibt - es existieren zwar Normen, die es der EU gestatten, zur Durchsetzung europäischer Zielrichtlinien die erforderlichen Regelungen zu treffen, wozu im Einzelfall auch Strafnormen gehören könnten; von diesen Normen ist in strafrechtlicher Hinsicht aber noch nicht Gebrauch gemacht worden -, besitzt diese Möglichkeit, den EuGH anzurufen, noch keine praktische strafrechtliche Bedeutung.

Gleiches gilt für die Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV. Die Untätigkeitsklage ist ein Unterfall der Vertragsverletzungsklage aus Art. 258, 259 AEUV. Fassen Unionsorgane vertragswidrig keinen Beschluss, können andere Unionsorgane oder Mitgliedstaaten, zum Teil aber auch natürliche oder juristische Personen, den Gerichtshof anrufen, um die Unrechtmäßigkeit des Untätigbleibens feststellen zu lassen.

Mehr und mehr Bedeutung in der juristischen Praxis gewinnt demgegenüber ein anderer Rechtsbehelf, mit dem man sich an den EuGH wenden kann. Es ist dies das so genannte Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV. Gemäß Art. 267 AEUV entscheidet der Gerichtshof auf Vorlage nationaler Gerichte im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge, dem so genannten Primärrecht, oder die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union - Sekundärrecht. Gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV sind nationale Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, die also am Ende des nationalen Instanzenzuges stehen, zur Anrufung des EuGH sogar verpflichtet. In Kürze gesagt: Das Vorabentscheidungsverfahren dient dazu, die Vereinbarkeit nationaler

Rechtsanwendung mit dem europäischen Recht sicherzustellen. Und insoweit kann auch das Strafrecht, mithin auch das deutsche Strafrecht, auf den Prüfstein in Luxemburg gelegt werden.

Zwei Beispiele, in denen nationales Strafrecht im Hinblick auf seine Konformität mit europäischen Rechtsvorgaben überprüft wurde, möchte ich nun kurz vorstellen.

Der erste Fall betrifft die Republik Italien (NJW 2018, 217). Das italienische Strafrecht kennt eine Vorschrift, nach der bei einer Unterbrechung der Verjährungsfrist diese nicht von neuem zu laufen beginnt, sondern sich ihre Dauer lediglich um ein Viertel ihrer Gesamtdauer verlängert. Diese Vorschrift hat der EuGH grundsätzlich für unvereinbar mit Art. 325 AEUV erachtet. Nach Abs. 1 dieses Artikels müssen die Mitgliedstaaten gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete Straftaten so abschreckend bekämpfen, dass hierdurch ein effektiver Schutz gewährleistet ist. Abs. 2 des § 325 Abs. 2 AEUV fordert zudem, dass die Maßnahmen zum Schutz der finanziellen Interessen der Union nicht hinter den Maßnahmen zurückstehen dürfen, die der Mitgliedstaat zur Bekämpfung von Angriffen auf seine eigenen finanziellen Interessen bereithält. Insofern fordert der EuGH von den italienischen Gerichten grundsätzlich, die Verjährungsvorschriften, die aus seiner Sicht die Abschreckungswirkung der Straftatbestände einschränken, unberücksichtigt zu lassen. Eine Ausnahme hat er allein unter dem Gesichtspunkt der verbotenen Rückwirkung zugelassen. Insofern hätten die italienischen Gerichte zu klären, ob die Vorschriften über die Verjährung dem materiellen oder dem formellen Strafrecht angehören. Sollte ersteres der Fall sein, könnte ihre Nichtberücksichtigung gegen das auch im europäischen Recht verankerte Rückwirkungsverbot – Art. 49 GRC – verstoßen.

Das zweite Beispiel, das ich vorstellen möchte, ist brandaktuell und betrifft den Auslieferungsverkehr innerhalb der EU aufgrund des sog. Europäischen Haftbefehls (NJW 2018, 686). Das OLG Bremen hatte dem EuGH im Juli 2015 die Frage unterbreitet, ob die Auslieferung eines Verfolgten gestattet werden könne, wenn zwar im ersuchenden Staat grundsätzlich die Gefahr einer menschenunwürdigen Unterbringung in der Haft drohe, dieser Staat aber Zusicherungen, die auf eine menschenwürdige Behandlung abzielten, abgebe. Der EuGH verneinte diese Frage mit Blick auf Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, der in seinem Wortlaut mit Art. 3 EMRK identisch ist und bestimmt, dass niemand der Folter oder der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf. Wie Art. 3 EMRK – so der EuGH – sei auch Art. 4 der Grundrechtecharta ein nicht einschränkbares, also ein absolutes Recht. Zwar fordere der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl grundsätzlich von einem ersuchten Staat die Auslieferung eines Verfolgten. Da Art. 4 der Charta jedoch absolut wirke, könne er im Ergebnis einer Auslieferung entgegenstehen. Die Pflicht, auszuliefern und zum anderen die Pflicht, die Grundrechte zu wahren, müssten dergestalt in Einklang gebracht werden, dass der ersuchte Staat unter Fristsetzung vom ersuchenden Staat konkrete Zusicherungen über die Einhaltung der Individualrechte verlange. Bis zum Eingang der Antwort sei das Auslieferungsverfahren aufzuschieben. Könne die Gefahr einer unmenschlichen Behandlung letztlich nicht ausgeschlossen werden, müsse die ersuchte Justiz darüber entscheiden, ob das Übergabeverfahren, also das Verfahren über die Auslieferung, zu beenden sei.

An diese Vorgaben des EuGH glaubte sich nun das OLG Hamburg in einem Auslieferungsfall nach Rumänien zu halten. Es war sich bewusst, dass dem Verfolgten dort maximal ein individueller Raum von 3 m<sup>2</sup> in der Haft zur Verfügung stehen würde. An einer Auslieferung sah es sich gleichwohl nicht gehindert. Der europäische Rechtsraum sei nicht zuletzt durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens geprägt. Es sei allen Mitgliedstaaten zu unterstellen, dass sie die durch Art. 4 Grundrechtecharta und Art. 3 EMRK vorgegebenen Gewährleistungen einhalten würden. Zudem dürfe die zu gewährleistende Funktionsfähigkeit der europäischen Strafrechtspflege im Auslieferungsverkehr nicht aus dem Blick geraten. Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl sehe auf ein entsprechendes Dokument die Auslieferung des Verfolgten zwingend vor.

Gegen die Entscheidung des OLG erhob der Verfolgte die Verfassungsbeschwerde und diese hatte Erfolg. Das Bundesverfassungsgericht hob den Beschluss des OLG wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf. Der Strafsenat hätte – so die Karlsruher Richter – seinen Fall zur Vorabentscheidung dem EuGH vorlegen müssen. Inwieweit der Aspekt der Funktionsfähigkeit oder Funktionstüchtigkeit der europäischen Strafrechtspflege geeignet ist, die Menschenwürde beeinträchtigende Haftbedingungen zu kompensieren, habe der EuGH auf

Vorlage des OLG Bremen oder eines anderen Gerichts noch nicht entschieden. Wegen Art. 267 Abs. 3 AEUV – das OLG ist in Auslieferungsentscheidungen das letztinstanzliche Gericht – war die Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH auch zwingend. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stammt vom 19. Dezember 2017 und hat jedenfalls vorläufig wohl den Auslieferungsverkehr mit Rumänien zum Erliegen gebracht. Ähnliche Schicksale drohen den auslieferungsrechtlichen Beziehungen mit anderen osteuropäischen Staaten, Griechenland aber auch Italien, wo aufgrund von Überbelegungen menschenunwürdige Haftbedingungen vorherrschen können. Eins jedenfalls sollte deutlich geworden sein: Die Bedeutung des EuGH für den Bereich des deutschen Strafrechts darf nicht mehr unterschätzt werden.

## II. Der EGMR

Das Schicksal, in seiner Bedeutung unterschätzt zu werden, teilt der EGMR in Straßburg mit dem Gerichtshof in Luxemburg sicherlich nicht. Die Gewährleistungen der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR sind inzwischen fester Bestandteil unserer Strafrechtsordnung. In ihren Auswirkungen haben die Entscheidungen der Richter aus Straßburg zum Teil weitreichende Folgen gehabt. Man denke nur an das Urteil zum alten Recht der Sicherungsverwahrung, das zu einer Neufassung dieser Maßregel im Gesetz und zu weitreichenden Umgestaltungen der Vollzugsrealität geführt hat oder das Urteil zu § 329 StPO, der in seiner alten Fassung die Verwerfung der strafrechtlichen Berufung ermöglichte, wenn statt des geladenen Angeklagten nur ein zur Verhandlung bereiter Verteidiger erschienen war und dadurch das Recht aus der Konvention, sich durch einen Rechtsbeistand verteidigen zu lassen, verletzt wurde. Es ist inzwischen in das kollektive Bewusstsein der Angehörigen der Strafrechtsjustiz in Deutschland eingesickert, dass die Gewährleistungen der EMRK den gleichen Stellenwert genießen wie die durch die Strafverfahrensordnung vorgegebenen Rechte und Pflichten. Zwar steht die Konvention nicht, wie in anderen Ländern, über dem einfachen Strafverfahrensrecht. Sie beansprucht allerdings denselben Rang und ist deshalb – was auch der BGH betont – mit ihren Gewährleistungen stets zu beachten. Die EMRK soll ein ordnungsgemäßes, rechtsstaatliches und vor allem faires Verfahren bewirken. Wir können den Aspekt des fairen Verfahrens natürlich auch aus unserer Verfassung, nämlich dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG, herleiten. Explizit angesprochen wird das faire Verfahren als allgemeinverbindlicher Verfahrensgrundsatz aber nur in der Konvention. Hier in der Konvention sind seine wahren Wurzeln und weil es letztlich der Deutung des Gerichtshofs unterliegt, was das faire Verfahren ausmacht und wodurch es verletzt wird, ist es die Verfahrensmaxime, über die der EGMR letztlich den meisten Einfluss auf das Strafverfahren der nationalen Rechtsordnungen nimmt. Als Verstoß gegen das faire Verfahren lässt sich so ziemlich alles rügen, was uns in seiner rechtlichen Konsequenz merkwürdig erscheint. Ob die Rüge dann auch tatsächlich Erfolg hat, steht allerdings auf einem anderen Blatt. Ein schönes Beispiel in diesem Zusammenhang ist der Sachverhalt im Individualbeschwerdeverfahren 10152/13. (Zum Verständnis: Die Individualbeschwerde ist ein der Verfassungsbeschwerde ähnlicher Rechtsbehelf. Seine Struktur, wie auch die Struktur der VB, habe ich für Sie den Tagungsunterlagen beigelegt). Der Beschwerdeführer war durch das Amtsgericht wegen Betruges in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt worden. Nach Durchführung der Berufung wurde die Revision des Beschwerdeführers durch das OLG gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen. Bevor die Generalstaatsanwaltschaft ihren diesbezüglichen Antrag angebracht hatte, hatte das OLG seine Auffassung von der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels Staatsanwaltschaft und Beschwerdeführer mitgeteilt, womit es Letzteren wohl dazu bewegen wollte, die Revision zurückzunehmen. Der Beschwerdeführer lehnte daraufhin die Richter des Senats erfolglos wegen Besorgnis der Befangenheit ab. In der Zurückweisung seines Antrags sah er die Verletzung des fairen Verfahrens. Die Individualbeschwerde hatte keinen Erfolg. Zwar stellte der Gerichtshof fest, dass das Verhalten des Revisionsgerichts fragwürdig sein könnte, wenn es in der innerstaatlichen gerichtlichen Praxis unüblich oder gar gesetzlich verboten wäre, die Rechtsauffassung des Gerichts den Parteien zu übermitteln. Dies sei im deutschen Strafrecht aber gerade nicht der Fall. Auch die Art und Weise der Kundgabe der rechtlichen Auffassung stoße auf keine Bedenken. Seine Rechtsauffassung hatte das Gericht erst mitgeteilt, nachdem der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel begründet habe. Mit der Offenlegung seiner Rechtsauffassung sei es dann in einen juristischen Diskurs mit den Verfahrensbeteiligten eingetreten. Der Staatsanwaltschaft habe es freigestanden, sich dieser Rechtsauffassung anzuschließen oder sie aber abzulehnen. Auf eine Parteilichkeit der Richter könne je-

denfalls nicht geschlossen werden, weshalb auch das Verfahren als solches nicht unfair gewesen sei.

Erfolg hatte die Individualbeschwerde eines Beschwerdeführers demgegenüber im Urteil des EGMR vom 27. April 2017 in der Sache 73607/13. Beschwerdeführer war ein Strafverteidiger, dem von der Verlobten seines Mandanten ein Honorarbetrag überwiesen worden war. Die Staatsanwaltschaft vermutete eine inkriminierte Herkunft des Geldes und klärte über die Banken die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers, einen Zeitraum von zwei Jahren umfassend, umgehend auf. Die Ergebnisse dieser Überprüfung wurden in den Ermittlungsakten dokumentiert. Der EGMR sah hierin einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK. Gemäß dieser Regelung hat jede Person ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. Den Eingriff in die Rechtssphäre des Beschwerdeführers erachtete der Gerichtshof als unverhältnismäßig. Der Anlass - vermutete kriminelle Herkunft des Verteidigerhonorars - habe einen derart massiven Eingriff, wie er letztlich vorgenommen wurde, nicht gerechtfertigt.

Interessant ist auch das Urteil des EGMR vom 12. November 2015 zur Reichweite der Unschuldsvermutung (NJW 2016, 3645). Der bereits vorbestrafte Beschwerdeführer hatte ein richterliches Geständnis über eine von ihm begangene Straftat abgelegt, weshalb eine laufende Bewährung widerrufen wurde. Jedoch hatte der Beschwerdeführer zuvor sein Geständnis widerrufen. Aus diesem Grund sah der EGMR im Gegensatz zu den deutschen Gerichten die Unschuldsvermutung als verletzt an. Ohne eine rechtskräftige Aburteilung könnten neue Straftaten den Widerruf einer Bewährung nur dann rechtfertigen, wenn ein glaubhaftes, überprüfbares und zum Zeitpunkt des Widerrufs noch existentes Geständnis abgelegt worden sei.

In den letzten Jahren ist eine Vielzahl strafprozessualer Normen des deutschen Strafrechts einer Überprüfung durch den EGMR unterzogen worden, so etwa auch die Vorschrift des § 251 StPO, die es unter anderem gestattet, die Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung einer Niederschrift über seine frühere Vernehmung zu ersetzen, wenn der Zeuge sich nachhaltig geweigert hat, in der Verhandlung aufzutreten. Der Gerichtshof sieht das faire Verfahren durch eine solche Vorgehensweise nicht als verletzt an. Allerdings fordert er für eine Verwertbarkeit der schriftlichen Aussage, dass diese durch andere Beweismittel auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden kann. Zudem darf die verschriftlichte Aussage nicht das einzige Beweismittel sein, das zur Verurteilung beiträgt. Denn in diesem Zusammenhang ist stets zu berücksichtigen, dass die Schriftform der Aussage es dem Angeklagten unmöglich macht, sein Konfrontationsrecht nach der Konvention auszuüben und Nachfragen an den Belastungszeugen zu stellen (Urteil vom 17. April 2014 - 9154/10 -).

Das angesprochene Konfrontationsrecht des Angeklagten sah der Gerichtshof unter anderem in einem Urteil vom 19. Juli 2012 - 26171/07 - als verletzt an. Dem Beschwerdeführer war vorgeworfen worden, seine Schwester tödlich mit einem Beil angegriffen zu haben. Über den Vorfall sagten die Geschädigte und die Eltern des Beschwerdeführers vor einem Ermittlungsrichter aus. In der Hauptverhandlung verweigerten die Zeugen dann die Aussage. Verurteilt wurde der Beschwerdeführer aufgrund der Vernehmung des Ermittlungsrichters, der vom Inhalt der Zeugenaussagen berichtete. Allein die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen, also eines mittelbaren Zeugen, sah der EGMR noch nicht als Verletzung des Rechtes auf ein faires Verfahren und eine Verletzung des Konfrontationsrechtes an. Zur Annahme einer Konventionswidrigkeit kam er jedoch aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles. Die Staatsanwaltschaft hatte es im Ermittlungsverfahren versäumt, vor der Vernehmung durch den Ermittlungsrichter dem Beschwerdeführer einen Verteidiger beizuordnen. Dadurch hatte dieser während des gesamten Verfahrens nicht die Möglichkeit, ihn belastende Zeugen konfrontativ zu befragen. In seiner Gesamtheit betrachtete der Gerichtshof der Strafverfahren daher als unfair.

Eins sollte damit hinreichend deutlich geworden sein: Über den Grundsatz des fairen Verfahrens hat der EGMR einen weitreichenden Einfluss auf die nationalen Strafrechtsordnungen, auch wenn - was häufig betont wird, wenn das nationale Recht in Konflikt mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs gerät - die Entscheidungen verbindliche Geltung nur zwischen den Parteien des in Straßburg geführten Verfahrens besitzen. Doch bei dieser Argumentation handelt es sich im Endeffekt, um mit Shakespeare zu sprechen, um „viel Lärm um nichts“. Denn die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat der EMRK muss natürlich darauf achten, nicht konventionswidrig zu handeln und muss daher auch Entscheidungen



zur Kenntnis nehmen, beachten und gegebenenfalls sogar legislatorisch umsetzen, an denen sie als Partei gar nicht beteiligt war.

Insoweit mag auch die folgende Entscheidung von Interesse sein, die die Frage der Wahrung öffentlich-rechtlicher Geheimhaltungspflichten anschnidet. Beteiligt an dem Verfahren 2156/10, welches durch Urteil des EGMR vom 25. Juli 2017 endete, waren die Niederlande. Beschwerdeführer war ein Geheimdienstmitarbeiter, gegen den Anklage wegen Landesverrats erhoben worden war. Zu seiner Verteidigung wollte er seiner Geheimhaltungspflicht unterfallende Tatsachen, die in den Strafakten nicht erwähnt waren, mit seinem Verteidiger erörtern. Dies wurde ihm unter Hinweis auf eine dann zwingend in Aussicht stehende, weitere Anklage wegen Landesverrats untersagt. Der EGMR fand für das Vorgehen der niederländischen Behörden deutliche Worte. Zwar seien staatliche Mitarbeiter grundsätzlich beruflichen Geheimhaltungspflichten unterworfen. Diese Geheimhaltungspflichten dürften jedoch kein Hemmschuh für die Durchführung einer effektiven Verteidigung in einem Strafverfahren sein. Der EGMR sah das niederländische Verfahren deshalb als unfair an.

Die Bedeutung, die der Gerichtshof dem Grundsatz des fairen Verfahrens beimisst, zeigt sich auch an einer die Ukraine betreffenden Entscheidung vom 25. Juli 2017 - 2945/16 -. Diese Entscheidung verdeutlicht, dass ein Verfahren auch dann unfair sein kann, wenn die zur Beurteilung durch den Gerichtshof anstehende Verfahrenskonstellation nicht auf einem Verschulden staatlicher Behörden beruht. In dem Fall, über den der EGMR zu befinden hatte, konnte eine Berufung gegen eine strafrechtliche Verurteilung nicht durchgeführt werden, weil sich die Verfahrensakten in einem von der Regierung nicht mehr kontrollierten Gebiet, nämlich einem von der Ukraine abtrünnigen Gebiet in der Ost-Ukraine befanden. Der Gerichtshof gestand den ukrainischen Behörden zu, nicht absichtlich das Strafverfahren vereitelt zu haben. Allerdings vermisste er Anstrengungen, das Berufungsverfahren zu ermöglichen. So monierte er, dass eine angemessene Prüfung der Möglichkeit einer Rekonstruktion der in Verlust geratenen Verfahrensakten nicht in Betracht gezogen worden war.

### III. Das BVerfG

Kommen wir nun zu unserem letzten Protagonisten, dem BVerfG. Warum habe ich dieses an das Ende der Betrachtung gestellt? Ganz einfach aus dem Grund, weil es für uns in der alltäglichen strafjuristischen Arbeit trotz einer Europäisierung unseres Rechtskreises immer noch die größte Bedeutung besitzt. Sein Prüfungsfeld beschränkt sich nicht auf ausgewählte Aspekte des strafrechtlichen Bereichs, wie die Harmonisierung nationaler Normen mit europäischem Recht oder Verfahrensprinzipien. Das BVerfG überprüft den gesamten Bereich des Strafrechts, sowohl das formelle als auch das materielle Recht. Zwei Ihnen natürlich bekannte Entscheidungen möchte ich hierfür als Beispiel nennen. Da ist zum einen die Senatsentscheidung vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 2559/08 u. a. - zum Untreuetatbestand. Mit dieser Entscheidung hat das BVerfG einen jahrzehntelang andauernden Streit über die Bestimmtheit der Strafvorschrift des § 266 StGB beendet, indem es festgestellt hat, dass die Norm grundsätzlich mit Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren ist. Dabei hat der Senat durchaus eingeräumt, dass der Wortlaut des Untreuetatbestandes - mit Verlaub gesagt - doch recht unscharf formuliert ist, wenn man sich allein die Tatbestandsmerkmale der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und des Vermögensnachteils vor Augen führt. An der grundsätzlichen Verfassungsgemäßheit ließ das Gericht jedoch keine Zweifel aufkommen und rekurrierte diesbezüglich auf die vorhandene, die Tatbestandsmerkmale präzisierende Rechtsprechung der Strafgerichte. Dieses Argument ist ein interessantes und - wie ich finde - durchaus anzweifelbares. Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, Strafvorschriften so präzise zu formulieren, dass deren Adressat, der Bürger, erkennen kann, welches Verhalten unter Strafe gestellt ist. In Bezug genommen ist damit der Gesetzeswortlaut, nicht aber dessen juristische Interpretation, die ohnehin allein uns Fachleuten, nicht aber dem Laien bekannt ist. Darüber hinaus darf die Verfassungsgemäßheit einer Norm nicht davon abhängen, dass zu ihr bereits eine gerichtliche Auslegung vorliegt. Dann würde über die Verfassungsgemäßheit nämlich allein der Zeitablauf entscheiden. Verfassungswidrig wäre die Norm, solange sich noch keine gerichtliche Auslegungspraxis entwickelt hat. Verfassungsgemäß wäre sie, wenn eine solche Praxis sich etabliert hätte. Und auf die bloße Interpretationsfähigkeit einer Norm abzustellen, also die Möglichkeit einer Deutung durch die Gerichte, kann auch kein Argument für die Verfassungsgemäßheit einer Strafvorschrift sein, denn dann würde das Bestimmtheitsgebot im Ergebnis leerlaufen, denn die Strafgerichte sind stets dazu aufgerufen, geltendes Recht anzuwenden

und dieses, sofern es Unklarheiten aufweist, zu interpretieren. Das Vorgehen des BVerfG im Fall des § 266 StGB zeigt jedoch exemplarisch den Umgang des Gerichts mit Vorschriften des materiellen, aber - worauf ich in meinem zweiten Fallbeispiel noch eingehen werde - auch des formellen Strafrechts. Das Gericht tut sich grundsätzlich schwer, über einer Strafvorschrift den Stab der Verfassungswidrigkeit zu brechen und dies umso mehr, wenn die Vorschrift aufgrund der Dauer ihres Bestandes bereits eine gewisse „Rechtstradition“ entwickelt hat. Ein eher unrühmliches Beispiel für diese These ist meines Erachtens auch die Entscheidung zum Inzest in § 173 StGB (NJW 2008, 1137). Hier hatte das BVerfG die Chance, seine in einigen früheren Entscheidungen zum Ausdruck gekommene These faktisch zu untermauern, dass Recht, also auch Strafrecht, sich überleben und damit verfassungswidrig werden kann. Leider hat es diese Chance verstreichen lassen und an dem Dinosaurier des § 173 StGB festgehalten. Lesens- und bemerkenswert im Zusammenhang mit dieser Entscheidung ist meines Erachtens allein das Sondervotum des Richters Hassemer zur Verfassungswidrigkeit der Norm.

Nur was ist es eigentlich, was das BVerfG häufig zögern lässt, die Verfassungswidrigkeit einer Strafvorschrift auszusprechen? Ist es eine berechtigte Zurückhaltung, die dem Wunsch entspringt, sich nicht an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen? Ein solches Argument lässt sich natürlich erst mal trefflich hören. Bloß in anderen Rechtsbereichen, denken wir etwa aktuell an das Steuerrecht, hat das Gericht weniger derartige Skrupel. Es mag letztlich etwas damit zu tun haben, das Strafrecht eine besondere Materie ist, die besondere Aufmerksamkeit genießt und besondere Emotionen hervorruft. Seit Jahren schon ist zu beobachten, dass der Gesetzgeber meint, auf bestimmte gesellschaftliche und soziale Phänomene - auch - mit dem Strafrecht reagieren zu müssen und sich damit zum Teil erheblich von der Idee des Strafrechts als *Ultima Ratio* entfernt. Stichwort: „Symbolisches Strafrecht“. Denken wir nur an die Änderung des § 46 StGB. Beweggründe und Ziele des Täters sind - so die Norm - bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dies war seit jeher so. Nun hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass dies besonders auch für rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Motive gilt - eine pure, schon immer in der Praxis geübte Rechtswirklichkeit, womit sich die gesetzliche Neufassung lediglich als deklaratorisch erweist. Ein weiteres Beispiel ist die Vorschrift des § 114 StGB, der tätliche Angriff auf Vollstreckungsbeamte. Auch das dort beschriebene Unrecht war schon vorher strafbar und konnte nicht zuletzt bei Erheblichkeit über eine Vorschrift wie § 224 StGB erfasst werden. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bemüßigt gesehen, hier einen Sondertatbestand zu schaffen. Die Diskussionen um solche Tatbestände werden häufig aufgeregt und emotionsgeladen geführt, und man kann sich vorstellen, dass solche Debatten in der Öffentlichkeit möglicherweise auch die Richter des BVerfG nicht gänzlich unbeeindruckt lassen.

Aber ich will das Gericht nicht nur schelten. Wenn wir zur Entscheidung über die Untreue zurückkehren, können wir durchaus auch positive Ansätze entdecken, wie etwa die Kreation des „Verschleifungsverbots“. Völlig zu Recht hat das BVerfG ausgeführt, dass die Frage des Vermögensnachteils nicht gleichzusetzen ist mit der Frage der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Pflichtverletzung und Vermögensnachteil sind zwei unterschiedliche, voneinander getrennt zu sehende Tatbestandsmerkmale, die nicht in einen Topf geworfen werden dürfen. Zudem darf von einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB auch nur dann ausgegangen werden, wenn sich dieser in Zahlen ausdrücken lässt, weil nur dann eine Aussage über einen Vermögensverlust getroffen werden kann. Diese Ausdeutung des Tatbestandes durch das BVerfG trägt fraglos zu dessen Systematisierung bei, wobei hierzu vorrangig die Strafgerichte berufen gewesen wären. Befasst sich das BVerfG mit einzelnen Tatbestandsmerkmalen einer Strafvorschrift hat man doch eher den Eindruck von einer „Superrevisionsinstanz“, die das Gericht nicht sein will. Aber vielleicht geht es nicht ohne eine solche Revisionsinstanz. Die Autorität des Verfassungsgerichts und seine Stellung in unserem Rechtssystem ermöglichen es ihm jedenfalls, bedeutsame juristische Streitfragen abschließend und allgemeinverbindlich zu entscheiden.

Nun zum zweiten Beispiel: Es ist dies die Entscheidung des Zweiten Senats zur Sachentscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts auf Grundlage des § 354 Abs. 1 Buchst. a StPO vom 14. Juni 2007 - 2 BvR 1447/05 u. a. -. Der Gesetzgeber hatte mit dem Justizmodernisierungsgesetz aus dem Jahre 2004 die Entscheidungskompetenzen der Revisionsgerichte erweitert. Diese können nach der neuen Vorschrift des § 354 Abs. 1 Buchst. a StPO bei einem Fehler im Rechtsfolgenbereich von der Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung absehen, wenn die durch das Tatgericht

verhängte Strafe trotz des Rechtsfehlers angemessen erscheint. Hinter dieser recht harmlosen Formulierung steckt etwas Revolutionäres, nämlich die Zubilligung eigener Strafzumessungstätigkeit des Revisionsgerichts. Damit stellt sich die Vorschrift als Fremdkörper im Revisionsrecht dar. Strafzumessung erfolgt nach Durchführung einer Beweisaufnahme über die Strafzumessungstatsachen. Eine Beweisaufnahme führt das Revisionsgericht aber gar nicht durch. Aufhänger für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 354 Abs. 1 Buchst. a StPO war ein möglicher Verstoß gegen das - auch - in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Recht auf ein faires Verfahren. Das BVerfG hielt es nicht für akzeptabel, dass dem Revisionsgericht bei Anwendung des § 354 Abs. 1 Buchst. a StPO ein möglicherweise nicht mehr aktueller und lediglich vom Tatgericht festgestellter Strafzumessungssachverhalt zur Verfügung steht. Allerdings zog es hieraus nicht die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit der Norm, sondern implantierte in das Revisionsverfahren ein so vom Gesetz nicht vorgesehenes Verfahren über die Anhörung der Verfahrensbeteiligten zum Strafzumessungssachverhalt. Diesen wird Gelegenheit gegeben, sich zur Aktualität und Vollständigkeit der Strafzumessungstatsachen zu äußern. Das BVerfG hat mit eigenen Worten damit den Weg der verfassungskonformen Auslegung gewählt, wobei, da, wie gesagt, das Anhörungsverfahren im Gesetz gar nicht vorgesehen ist, weniger eine Auslegung als eine richterliche Rechtsfortbildung vorliegt. Konsequenter - und das ist keine Frage - wäre es gewesen, die Vorschrift für verfassungswidrig zu erklären. Dass dies nicht geschehen ist, zeigt nur wieder, dass das Gericht im Bereich des Strafrechts geneigt ist, den mit der Einführung einer Strafnorm verbundenen gesetzgeberischen Willen nicht zu korrigieren. Es wäre sehr wünschenswert, wenn es bei Fehlgriffen des Gesetzgebers, die aufgrund seiner Aktivität auf dem Bereich des Strafrechts vermutlich zukünftig nicht weniger werden, diese Zurückhaltung aufgeben würde. Vielleicht könnte dazu beitragen, den Anteil von Strafrechtlern unter den Richterinnen und Richtern zu steigern.

Eines ist dessen ungeachtet klar: Jede nur einigermaßen bedeutsame Novellierung unseres Strafrechts wird früher oder später auf dem Tisch des BVerfG zur Prüfung liegen. Seien wir mit diesem im Endeffekt also nicht allzu ungnädig.

### Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf<sup>1</sup>

## Die Prozessbeobachtung im Strafverfahren - Leitfaden für die anwaltliche Praxis

### I. Einführung

Insbesondere in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren stellt die Beobachtung von parallel laufenden Strafverfahren im gleichen Komplex einen zentralen Punkt bei der Vorbereitung der Verteidigung des eigenen Mandanten, der Vertretung eines Zeugen oder auch der Durchsetzung von Unternehmensinteressen dar. Dies wurde u.a. eindrucksvoll durch einen Bericht der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung (F.A.S.) aus dem Jahr 2016 in das öffentliche Bewusstsein getragen. Die Öffentlichkeit im Strafverfahren gegen ehemalige Vorstände der Porsche AG, die sich seinerzeit wegen des Vorwurfs der Marktmanipulation vor dem Landgericht Stuttgart verantworten mussten, bestand – neben einigen Journalisten – nahezu ausschließlich aus anwaltlichen Prozessbeobachtern.<sup>2</sup>

Längst nicht alle Richter nehmen die Teilnahme von Personen, die sich als Zuhörer im Gerichtssaal eifrig Notizen machen, kommentar- und widerstandslos hin. Mögen sich einige Vorsitzende noch mit der pauschalen Antwort man sei „die Öffentlichkeit“ zufrieden geben, beharren andere darauf zu erfahren, wer genau dem Verfahren folgt – und vor allem in wessen Auftrag er dies tut. Dies führt mitunter zu unklaren Situationen, insbesondere dann

<sup>1</sup> Der Verfasser ist als Rechtsanwalt in der auf Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte mit Standorten in Düsseldorf und Essen tätig.

<sup>2</sup> F.A.S. vom 28.02.2016, S. 25.

wenn es zur Frage der Preisgabe der Identität des Mandanten kommt, die das Gericht oftmals zur Voraussetzung des weiteren Verbleibs in der Hauptverhandlung macht. Diese Erfahrung hat der Verfasser des nachfolgenden Beitrags als Verteidiger eines gesondert Verfolgten unlängst selbst machen müssen, wobei sich die Kammer und die Vertreter der Staatsanwaltschaft auf die – längst überholte – Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 1952<sup>3</sup> beriefen.

## II. Prozessbeobachtung als Verteidiger eines gesondert Verfolgten

Insbesondere in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren kann es vorkommen, dass mehrere Beschuldigte nicht gemeinsam, sondern „*etappenweise*“ angeklagt oder einzelne Verfahrenskomplexe durch die Kammer zu gesonderter Verhandlung abgetrennt werden. Eine solche Situation kann für die Staatsanwaltschaft unter anderem den Vorteil haben, dass sie die in der Hauptverhandlung gewonnenen Erkenntnisse für die weiteren (Ermittlungs-) Verfahren verwenden kann. In einem solchen Verfahren besteht dann – jedenfalls in einem Großteil der Fälle – die Möglichkeit einen gesondert Verurteilten als Zeugen zu vernehmen, ohne dass dieser noch von seinem Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 1 StPO Gebrauch machen kann.<sup>4</sup>

Demzufolge ist es – bereits aus Gründen der Gewährleistung der prozessualen Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft – für eine sach- und interessengerechte Verteidigung von überragender Bedeutung, sich als Verteidiger eines gesondert Verfolgten über den Gang einer parallel laufenden Hauptverhandlung, insbesondere die Einlassungen der Angeklagten und Aussagen der Zeugen sowie das Verhalten der Staatsanwaltschaft umfassend zu informieren.

### 1. Verteidiger eines gesondert Verfolgten als stets zulässige Öffentlichkeit i.S.d. § 169 S. 1 GVG?

Die einem solchen Sachverhalt zugrundeliegenden Rechtsprechung des BGH geht auf eine – tatsächlich immer noch „*aktuelle*“ und von der Rechtsprechung vielzitierte<sup>5</sup>, aber rechtlich inzwischen überholte – Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1952 zurück.<sup>6</sup> In dem damals zu entscheidenden Fall forderte der Vorsitzende einen Zuhörer auf,

*„[...] den Sitzungssaal zu verlassen, weil es nicht angehe, dass er der Verhandlung zuhöre, obwohl gegen ihn ein mit diesem Verfahren zusammenhängendes Verfahren schwebt.“<sup>7</sup>*

Diese Aufforderung wurde durch den BGH nicht beanstandet, wobei die Begründung in der heutigen Zeit erhebliche Zweifel an ihrer fortgesetzten Richtigkeit weckt, sofern hiervon auch der Verteidiger eines gesondert Verfolgten – wie teilweise in der Praxis vertreten – erfasst sein soll. Der BGH führte seinerzeit im Wesentlichen aus:

*„Gegen den Zuhörer schwebte aber wegen derselben Vorgänge, die den Gegenstand dieses Verfahrens bildeten, ein Ermittlungsverfahren [...]. Dieses gegen den Angestellten gerichtete Ermittlungsverfahren war - wie jedes andere Ermittlungsverfahren - nicht öffentlich. Nur die Hauptverhandlung steht unter dem Grundsatz der Öffentlichkeit. Das im Ermittlungsverfahren der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht gilt und nicht einmal die Parteiöffentlichkeit vorgesehen ist, hat seinen Grund in den Zwecken des Ermittlungsverfahrens. In dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren hatte der zum Verlassen des Sitzungssaales aufgeforderte Zuhörer also nicht das Recht, der Vernehmung eines Zeugen oder Mitbeschuldigten zuzuhören. [...] Für den zum Verlassen des Sitzungssaales aufgeforderten Zuhörer bedeutete die Hauptverhandlung nichts anderes als ein Stück des gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahrens, weil in ihr dieselben Tatsachen und Umstände zur Sprache kamen, aus denen gegen ihn der Vorwurf der Hehlerei hergeleitet wurde.“<sup>8</sup>*

Demnach seien nach Auffassung des BGH aus dem Jahre 1952 der Grundsatz der Öffentlichkeit und die Grundsätze des Ermittlungsverfahrens, das größtenteils heimlich erfolge, in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, bei dem der Vorsitzende am Ende

<sup>3</sup> BGHSt 3, 387.

<sup>4</sup> Vgl. BGH NStZ 2010, 463.

<sup>5</sup> So u.a. BGH NStZ 2001, 163 und BGH NJW 2001, 2732.

<sup>6</sup> BGHSt 3, 387.

<sup>7</sup> BGHSt 3, 387.

<sup>8</sup> BGHSt 3, 387 (389).

„[...] die Wahrung der für das Ermittlungsverfahren geltenden Grundsätze für wichtiger halten und ihnen deshalb den Vorzug geben durfte.“<sup>9</sup>

Diese Entscheidung kann jedoch vor dem Hintergrund der Veränderungen, die die Strafprozessordnung und das Strafverfahren als solches seit dem Jahre 1952 erfahren haben, zumindest nicht mehr auf den Verteidiger eines gesondert Verfolgten als Prozessbeobachter übertragen werden. Dazu ist folgendes zu bedenken:

#### a) Anwesenheitsrecht des Verteidigers nach § 168c Abs. 2 StPO

Erst mit dem 1. StVRG von 1974 wurde auch die Vorschrift des § 168c StPO zur Regelung der Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten, von Zeugen und Sachverständigen im vorbereitenden Verfahren in die Strafprozessordnung aufgenommen. Ziel war es insbesondere, die Einhaltung des Grundsatzes der Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem unter dem Aspekt zu gewährleisten, dass ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis nicht herbeigeführt werden soll, ohne dass dem Beschuldigten und seinem Verteidiger zuvor Gelegenheit gegeben wurde, hierauf Einfluss zu nehmen.<sup>10</sup> Die Vorschrift des § 168c Abs. 2 StPO, die bei richterlichen Vernehmungen von Zeugen die Anwesenheit des Verteidigers eines Beschuldigten gestattet, muss angesichts der dargestellten Rechtsprechung des BGH in der Praxis jedoch zu dem Ergebnis führen, dass auch dem Verteidiger eines gesondert Verfolgten die Anwesenheit im Rahmen der Hauptverhandlung des Parallelverfahrens als Zuhörer zu gestatten ist – und zwar unabhängig davon, ob dieser als Zeuge in Betracht kommt oder nicht.

Es trifft zu, wenn der BGH davon ausgeht, dass Teil eines Ermittlungsverfahrens gegen einen gesondert Verfolgten auch eine parallel dazu verlaufende Hauptverhandlung in gleicher Sache ist. Damit sind jedoch neben den geladenen Zeugen auch die dort vernommenen Angeklagten, sofern sie sich denn einlassen, zugleich als Zeugen – und nicht etwa als Mitbeschuldigte – im Ermittlungsverfahren gegen den gesondert Verfolgten zu betrachten, die sich einer (ermittlungs-)richterlichen Vernehmung im Rahmen der Hauptverhandlung stellen.<sup>11</sup> Eines der Hauptargumente gegen den Verbleib des gesondert Verfolgten im Verfahren war damals, dass der gesondert Verfolgte nicht das Recht gehabt habe, in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren der Vernehmung eines Zeugen oder Mitbeschuldigten zuzuhören.<sup>12</sup> Dieses Argument verfängt jedoch seit Einführung des § 168c Abs. 2 StPO im Jahre 1974 nicht mehr, da diese Regelung nunmehr ebendieses Recht – zumindest für den Verteidiger eines Beschuldigten im Ermittlungsverfahren – unbeschränkt vorsieht und dem Gericht kein Ermessen in der Entscheidung über die Zulassung einräumt.<sup>13</sup>

Durch die Teilnahme des Verteidigers eines gesondert Verfolgten an einer parallel laufenden Hauptverhandlung sind auch die Voraussetzungen des § 168c Abs. 3 StPO, der den Ausschluss eines Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Verhandlung vorsieht, wenn dessen Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde, nicht erfüllt. Denn diese Möglichkeit bezieht sich ausschließlich auf die Person des Beschuldigten und dient dem Zweck, eine Beeinflussung von Zeugen durch dessen Anwesenheit zu verhindern.<sup>14</sup> Diese Gefahr besteht jedoch gerade nicht, wenn der Verteidiger eines gesondert Verfolgten – als unabhängiges Organ der Rechtspflege – der Verhandlung beiwohnt.<sup>15</sup>

#### b) Anwesenheitsrecht als Ausfluss von Art. 6 EMRK

Auch Art. 6 EMRK streitet für dieses Ergebnis. Gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) und d) EMRK hat jeder Beschuldigte in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren das Recht, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu haben und dazu auch an der Vernehmung von Zeugen teilzunehmen.<sup>16</sup> Dafür sind ihm alle aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen zu ermöglichen, die einer angemessenen Verteidigung unter Berücksichtigung des Umfangs und Stadiums des Verfahrens und der Komplexität der Sach- und Rechtslage hinreichend Rechnung tragen.

<sup>9</sup> BGHSt 3, 387 (390).

<sup>10</sup> Vgl. Griesbaum in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 168c Rn. 1.

<sup>11</sup> Vgl. BGHSt 3, 386 (389); dazu auch Burhoff, Handbuch für das strafrechtl. Ermittlungsverfahren, Rn. 3072.

<sup>12</sup> BGHSt 3, 386 (389).

<sup>13</sup> Vgl. Griesbaum, a.a.O., § 168c Rn. 4, 6; Schneiders StV 1990, 91 (92).

<sup>14</sup> Vgl. Griesbaum, a.a.O., § 168c Rn. 4, 6.

<sup>15</sup> Vgl. Griesbaum, a.a.O., § 168c Rn. 6.

<sup>16</sup> Valerius in: BeckOK StPO, Art. 6 EMRK Rn. 4, 41.

Hinsichtlich der Heranziehung und Befragung von Zeugen ist es Ziel des Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK, die strafprozessuale „Waffengleichheit“ der Verteidigung in allen Stadien des Strafverfahrens „über im deutschen Strafprozessrecht verankerte Frage- und Anwesenheitsrechte (vgl. § 168c, [...] StPO)“ zu gewährleisten.<sup>17</sup> Hierunter fällt unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführung auch die Möglichkeit zur Beobachtung der Hauptverhandlung in korrespondierenden Parallelverfahren, da diese von der Staatsanwaltschaft im Regelfall auch zur Gewinnung von Informationen und Erkenntnissen für parallel geführte Ermittlungsverfahren genutzt wird und somit nicht ersichtlich ist, wieso sich der anderweitig Verfolgte nicht auf dieselben Erkenntnisquellen stützen können. Eine Einschränkung dieser Grundsätze ist nur in solchen Fällen möglich, in denen die Anwesenheit bei der Zeugenvernehmung gegenläufigen Schutzinteressen, insbesondere dem Opferschutz sowie dem Gebot der Wahrheitsfindung, denen im Einzelfall möglicherweise Vorrang einzuräumen ist, überwiegen.<sup>18</sup>

Ausgehend von dem Gebot der Wahrheitsfindung, könnte eine Prozessbeobachtung durch den Verteidiger eines gesondert Verfolgten daher durch die Kammer allenfalls dann abgelehnt werden, wenn der Mandant zugleich als Zeuge in dem beobachteten Verfahren in Betracht kommt.<sup>19</sup> Mit Blick auf das meist umfassende Auskunftsverweigerungsrecht eines gesondert Verfolgten i.S.d. § 55 Abs. 1 StPO<sup>20</sup>, kann diesem Problem durch dessen Verteidiger jedoch pragmatisch dadurch begegnet werden, dass er für seinen Mandanten erklärt, dieser werde aufgrund seiner besonderen Rolle als gesondert Verfolgter ohnehin nicht in der beobachteten Hauptverhandlung aussagen. In diesem Fall besteht eine Gefährdung der Wahrheitsfindung in Bezug auf den als potentiellen Zeugen in Betracht kommenden gesondert Verfolgten nicht, sodass einer Teilnahme seines Verteidigers an der Hauptverhandlung auch unter diesem Gesichtspunkt keine Bedenken mehr entgegenstehen.

Demnach ist dem Verteidiger eines gesondert Verfolgten grundsätzlich in entsprechender Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO, Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK die Anwesenheit als Zuhörer in einer Hauptverhandlung sowie das Mitschreiben zu gestatten und kann diesem in der Regel selbst dann nicht versagt werden, wenn sein Mandant noch als Zeuge in Betracht kommt.

### III. Prozessbeobachtung als Zeugenbeistand

Auch die Rolle des anwaltlichen Zeugenbeistands als Prozessbeobachter – und damit als Teil der Öffentlichkeit nach § 169 S. 1 GVG – ist bisher nicht eindeutig geklärt. Die Stimmen in der (jüngeren) Rechtsprechung und Literatur sind hinsichtlich dieser Frage weiterhin zweigeteilt. Während die eine Seite die Prozessbeobachtung durch den Zeugenbeistand grundsätzlich ablehnt<sup>21</sup>, führt die andere Seite – insbesondere auch die landgerichtliche Rechtsprechung – gute Gründe dafür ins Feld, die Prozessbeobachtung durch den Zeugenbeistand als stets zulässige Öffentlichkeit i.S.d. § 169 S. 1 GVG grundsätzlich zu gestatten.<sup>22</sup>

Ein Zeuge ist gem. § 58 Abs. 1 StPO grundsätzlich von der Teilnahme an der Verhandlung als Zuhörer auszuschließen, um eine unbefangene und unabhängige Darstellung des Sachverhalts aufgrund eigener Wahrnehmungen zu gewährleisten.<sup>23</sup> Dies gilt jedoch – auch mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen (Punkt B.) – nur insoweit, wie der Zeuge selbst an der Verhandlung als Zuhörer teilnehmen will.<sup>24</sup>

Zwar ist Gesetzgeber bei der Einführung des die Zeugenbeistandschaft regelnden § 68b StPO im Jahre 1998 davon ausgegangen, dass dem Beistand *dieselben Rechte* zukommen, wie dem Zeugen dessen Interessen er wahrzunehmen und Rechte er zu wahren hat.<sup>25</sup> Nach zutreffender Meinung in weiten Teilen der jüngeren Rechtsprechung<sup>26</sup> sowie Literatur<sup>27</sup> führt dies jedoch *nicht* dazu, dass dem Zeugenbeistand auch *dieselben Pflichten* wie dem

<sup>17</sup> Schmitt in: Meyer-Goßner, StPO, 60. Aufl. 2017, Art. 6 MRK Rn. 22 [Hervorhebungen diesseits].

<sup>18</sup> Schmitt, a.a.O., Art. 6 MRK Rn. 22c.

<sup>19</sup> Siehe hierzu Punkt C.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG wistra 2010, 299; BGH NStZ 2010, 463.

<sup>21</sup> Vgl. KG NJW 2015, 3255; BVerfG NJW 1975, 103; widersprüchlich Schmitt, a.a.O., § 68b StPO Rn. 5, § 176 GVG Rn. 9.

<sup>22</sup> Vgl. OVG Berlin, NJW 2002, 313; LG Heilbronn, NStZ 2004, 100 m.Anm. Wagner; zustimmend ebenfalls Maier in: Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl. 2014, § 68b Rn. 16; Püschel in: Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 169 GVG Rn. 14 sowie Wickern in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2008, Bd. 10, § 169 GVG Rn. 37.

<sup>23</sup> Schmitt, a.a.O., § 58 StPO Rn. 2 m.w.N. zur einschlägigen Rechtsprechung; nach der Aussage kann einem Zeugen die Anwesenheit in der Hauptverhandlung jedoch gestattet werden.

<sup>24</sup> Ignor/Bertheau in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2008, Bd. 2, Vor § 48 StPO Rn. 22.

<sup>25</sup> Senge in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 68b Rn. 8.

<sup>26</sup> Vgl. LG Heilbronn, NStZ 2004, 100 (101); OVG Berlin, Strafo 2001, 375; AG Neuss StraFo 1999, 139.

<sup>27</sup> Vgl. u.a. Klengel/Müller, Der anwaltliche Zeugenbeistand im Strafverfahren, NJW 2011, 23; ebenso Wessing/Ahlbrecht, Der Zeugenbeistand, Rn. 40.

von ihm betreuten Zeugen obliegen. Ob ein Zeugenbeistand von der Teilnahme an der gesamten Verhandlung ausgeschlossen werden kann, erscheint daher zweifelhaft, soweit nicht besondere Ausschließungsgründe vorliegen.<sup>28</sup>

Die Aufgabe des anwaltlichen Zeugenbeistands besteht in erster Linie in der sachgerechten Wahrnehmung der berechtigten Interessen des Zeugen, insbesondere mit Blick auf dessen Recht zur Auskunftsverweigerung nach § 55 Abs. 1 StPO.<sup>29</sup> Dieser Aufgabe kann der Zeugenbeistand, insbesondere in komplexen Umfangsverfahren, jedoch nur bedingt gerecht werden, wenn er ausschließlich auf die laienhaften Informationen des Zeugen zurückgreifen kann, der den gesetzgeberischen Überlegungen bei Einführung des § 68b StPO folgend gerade nicht in der Lage ist, die Sach- und Rechtslage eigenständig einer sachgerechten Beurteilung zuzuführen.<sup>30</sup>

Hinzu kommt, dass die Informationsbeschaffung durch Dritte, nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Personen grundsätzlich keinem Verbotstatbestand unterliegt.<sup>31</sup> Dementsprechend käme es reiner Förmerei gleich, wenn dem (mandatierten) Zeugenbeistand das Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung abgesprochen würde, dieser jedoch einen Kollegen befragen oder einen nicht am Verfahren beteiligten Dritten als Zuhörer in die Hauptverhandlung schicken könnte.<sup>32</sup> Zudem ist auch ein als Zeugenbeistand mandatiertes Rechtsanwaltsorgan als unabhängiges Organ der Rechtspflege tätig.<sup>33</sup> Damit ist er ein dem Gericht und der Staatsanwaltschaft gleichgeordnetes Organ in dem Sinne, dass er Teilhaber und nicht etwa Gegner einer funktionsfähigen Strafrechtspflege ist.<sup>34</sup> Bereits aus dieser Stellung folgt, dass grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass die im Rahmen der Prozessbeobachtung erlangten Informationen zur missbräuchlichen Beeinflussung des Zeugen bei seiner späteren Aussage verwendet werden.<sup>35</sup>

Demzufolge kann nur in solchen Fällen, in denen *konkrete* Anhaltspunkte<sup>36</sup> dafür bestehen, dass ein Prozessbeobachter während der Verhandlung angefertigte Aufzeichnungen dazu verwendet, um die Aussage eines im Rahmen der Verhandlung noch zu vernehmenden Zeugen zu beeinflussen<sup>37</sup>, das Mitschreiben durch den Vorsitzenden untersagt und entsprechende Aufzeichnungen beschlagnahmt werden sowie – als ultima ratio – die Person vom Vorsitzenden des Saales verwiesen werden.<sup>38</sup> Versichert der anwaltliche Zeugenbeistand jedoch die Aussagen der anderen Zeugen sowie die Verhandlungsergebnisse nicht unmittelbar an seinen Mandanten weiterzuleiten, besteht aus den o.g. Gründen weder Anlass das weitere Mitschreiben zu untersagen, geschweige denn den Zeugenbeistand von der weiteren Verhandlung auszuschließen<sup>39</sup> soweit entgegenstehende *konkrete* Anhaltspunkte nicht bestehen.

Die von den Kritikern eines Anwesenheitsrechts des Zeugenbeistandes in der Hauptverhandlung bis heute herangezogene Entscheidung des BVerfG<sup>40</sup> aus dem Jahre 1974 vermag hingegen nicht mehr zu überzeugen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, der Änderungen die die Strafprozessordnung – insbesondere durch die gesetzliche Anerkennung des Zeugenbeistandes in § 68b StPO im Jahre 1998<sup>41</sup> und deren Fortentwicklung im Jahre 2009<sup>42</sup> – sowie der Entwicklungen, die das Strafverfahren mit Blick auf Umfang und Komplexität in den vergangenen Jahrzehnten genommen hat. Danach ist es für eine sachgerechte Wahrnehmung der Interessen des vertretenen Zeugen unerlässlich, dem Zeugenbeistand entsprechende Anwesenheitsrechte im Rahmen der Hauptverhandlung einzuräumen.

<sup>28</sup> Schmitt, a.a.O., § 176 GVG Rn. 8-9.

<sup>29</sup> Vgl. u.a. Schmitt, a.a.O., § 68b Rn. 4.

<sup>30</sup> Vgl. Klengel/Müller, NJW 2011, 23.

<sup>31</sup> Dahs, „Informationelle Vorbereitung“ von Zeugenaussagen durch den anwaltlichen Rechtsbeistand, NStZ 2011, 200 (201)

<sup>32</sup> Vgl. LG Heilbronn, NStZ 2004, 100;

<sup>33</sup> § 1 BRAO

<sup>34</sup> Dierlamm in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 29 Rn. 4

<sup>35</sup> Vgl. Dierlamm, a.a.O.

<sup>36</sup> BGH NStZ 1982, 389; Schmitt in: Meyer-Goßner, StPO, 60. Aufl. 2017, § 176 Rn. 9

<sup>37</sup> so auch die Regelung der Nr. 128 Abs. 2 RiStBV

<sup>38</sup> Vgl. BGH, NStZ 1982, 389; OLG Hamm, Beschl. vom 08. August 1989 – 1 Ws 214/89 –, abrufbar über juris; so auch Wickern, a.a.O., § 176 Rn. 19; Schmitt, a.a.O., § 176 GVG Rn. 8-9; a.A.: Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 589

<sup>39</sup> Vgl. Püschel, a.a.O., § 169 GVG Rn. 14; Allgayer in: BeckOK StPO, § 176 GVG Rn. 14

<sup>40</sup> BVerfG NJW 1975, 103

<sup>41</sup> Durch das Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, BGBl. I 820 ff.

<sup>42</sup> Durch Art. 1 Nr. 8 des OpferrechtsreformG vom 29.7.2009, BGBl. 2009, I 2280 ff.

#### IV. Prozessbeobachtung als Unternehmensvertreter

Bei der Prozessbeobachtung für ein Unternehmen (z.B. als Geschädigte<sup>43</sup>), das *nicht* Nebenbeteiligte oder Nebenklägerin in dem Verfahren ist, gibt es grundsätzlich keine rechtlichen Besonderheiten zu beachten. Vielmehr sind die anwaltlichen Vertreter des Unternehmens ohne weiteres als „*allgemeine Öffentlichkeit*“ i.S.v. § 169 S. 1 GVG anzusehen, soweit dem Unternehmen in diesen Fällen keine besondere (straf-)prozessuale Rolle zukommt. Demzufolge besteht grundsätzlich keine Rechtsgrundlage für das allgemeine und anlasslose Untersagen der Anfertigung von Mitschriften oder der Zuhörerschaft als solcher.

Etwas anderes kann mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen<sup>44</sup> allein dann gelten, wenn Mitarbeiter des Unternehmens in dem Verfahren zugleich als Zeugen in Betracht kommen und zu befürchten steht, dass die durch die Beobachtung des Prozesses gewonnenen Informationen dazu verwandt werden sollen, noch nicht vernommene Zeugen aus der Sphäre des Unternehmens über den Verlauf der Verhandlung zu unterrichten. Allerdings reicht auch hier die bloße Vermutung nicht aus, um das Mitschreiben zu untersagen oder den Prozessbeobachter aus dem Saal zu verweisen. Erforderlich sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte, die den Verdacht der Beeinflussung von noch nicht vernommenen Zeugen zu begründen vermögen.<sup>45</sup>

Ist die Nebenbeteiligung eines Unternehmens i.S.d. § 444 StPO, § 88 i.V.m. § 30 OWiG angeordnet worden, so ist der anwaltliche Vertreter des Unternehmens gem. §§ 444 Abs. 2 S. 2, 428 Abs. 1 StPO ohnehin stets zur Hauptverhandlung zu laden. Auch im Falle der Nebenklage steht dem Vertreter des Unternehmens gem. § 397 Abs. 1 S. 1, 2 StPO – sowie dem anwaltlichen Nebenklagevertreter gem. § 397 Abs. 1 S. 1, 2 StPO – ein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung von Gesetzes wegen zu. Und zwar auch dann, wenn der Nebenkläger als Zeuge in Betracht kommt.

#### V. Verhalten des Prozessbeobachters in der Hauptverhandlung

Vor dem Hintergrund der dargestellten Fallgruppen und deren rechtlicher Einordnung stellt sich die Frage, wie man sich als Beobachter in einer Hauptverhandlung strategisch und argumentativ sinnvoll aufstellt. Gerade bei längeren Hauptverhandlungen wird sich – insbesondere nachdem das möglicherweise bestehende mediale Interesse nach den ersten Verhandlungstagen abgeflaut ist – die kontinuierliche Teilnahme eines Prozessbeobachters meist nicht verheimlichen lassen. Eine Möglichkeit unangenehmer Fragen des Gerichts von vornherein aus dem Weg zu gehen ist daher, die Prozessbeobachtung vor Beginn der Hauptverhandlung gegenüber dem Vorsitzenden offen anzukündigen und, sofern die Beobachtung für einen gesondert Verfolgten erfolgt, bereits zu diesem Zeitpunkt eine möglicherweise eingeforderte Erklärung nach § 55 Abs. 1 StPO für den Mandanten abzugeben. Dies kann auch für den Mandanten den Vorteil haben, dass das Gericht auf dessen Ladung als Zeugen verzichtet, wenn es von vornherein weiß, dass sich dieser auf sein (vollumfänglich bestehendes) Auskunftsverweigerungsrecht berufen wird.

Andererseits gibt es auch gute Gründe, die gegen ein solches Vorgehen sprechen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der eigene Mandant eine Offenlegung nicht wünscht oder sich diese aus verfahrenstaktischen Gründen gar verbietet, da man z.B. den Eindruck vermeiden will, man gebe dem Verfahren und den damit im Zusammenhang stehenden Vorwürfen gegen den eigenen Mandanten eine größere Bedeutung, als ihnen tatsächlich zukommt.

In diesen Fällen muss jedoch damit gerechnet werden, dass der Vorsitzende – möglicherweise aufgrund eines Hinweises aus den Reihen der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft – die (meist wenigen) Zuhörer im Saal nach ihrer Identität sowie dem Grund ihrer kontinuierlichen Teilnahme befragt. Es stellt sich dann die Frage, wie mit einer solchen Frage – und mit möglicherweise durch den Vorsitzenden angedrohten Konsequenzen – umzugehen ist.

Ob eine Auskunftspflicht eines Zuhörers hinsichtlich seiner Identität und der Beweggründe der Teilnahme an der Hauptverhandlung gegenüber dem Gericht besteht, ergibt sich aus dem Wortlaut § 176 GVG, der Regelungen über sitzungspolizeiliche Maßnahmen des Vorsitzenden enthält, nicht. Allerdings sehen §§ 177, 178 GVG bestimmte sitzungspolizeiliche

<sup>43</sup> Vgl. *Schmitt*, a.a.O., § 176 GVG Rn. 9

<sup>44</sup> Vgl. hierzu insb. Punkt C.

<sup>45</sup> BGH NSTZ 1982, 389; *Schmitt*, a.a.O., § 176 GVG Rn. 9



Zwangmaßnahmen als ultima ratio zur Durchsetzung der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung vor. Insofern kann argumentiert werden, dass sämtliche „unterhalb dieser Schwelle“ liegenden Maßnahmen, wie z.B. verbale Anordnungen, Nachfragen, Bitten, Hinweise etc. – und damit auch die Frage nach der Identität eines Zuhörers – von § 176 GVG erfasst sind.<sup>46</sup>

Ungeachtet dessen, dass hierin zwar die Rechtfertigung einer beabsichtigten Identitätsfeststellung des Gerichts zum Zwecke des Schutzes der Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung gesehen werden kann, dürfte sich die zwangsweise Durchsetzung des gerichtlichen Auskunftsbegehrens in der Praxis bei Verweigerung der Auskunft durch den Zuhörer schwer gestalten. Denn die zwangsweise Durchsetzung des Auskunftsbegehrens hätte sich auch an den Vorschriften über die sitzungspolizeilichen Zwangsmaßnahmen (§§ 177, 178 GVG) zu orientieren. Danach kann ein Ordnungsgeld gem. § 178 GVG nur in den Fällen ungebührlichen Verhaltens verhängt werden, womit – da dies bei der Weigerung der Preisgabe der Identität (insb. mit Blick auf § 43a Abs. 2 BRAO, § 203 StGB) in der Regel nicht vorliegt – als einzige denkbare Option bei der Verweigerung einer Auskunft gegenüber dem Gericht die Anordnung zur Entfernung aus dem Sitzungssaal gem. § 177 GVG bleibt.

In vielen Fällen wird dem anwaltlichen Prozessbeobachter daher keine andere Möglichkeit bleiben, als es „darauf ankommen“ zu lassen, ob der Vorsitzende bei Weigerung der Preisgabe der Identität tatsächlich eine entsprechende Anordnung zur Entfernung aus dem Sitzungssaal erlässt. Dies gilt für einen Rechtsanwalt – und auch dessen anwaltliche Hilfspersonen, z.B. einen Rechtsreferendar oder wissenschaftlichen Mitarbeiter – insbesondere mit Blick auf die umfassende, strafbewährte Verschwiegenheitspflicht gem. § 43a Abs. 2 BRAO, § 203 StGB, die unabhängig davon gilt, ob der Rechtsanwalt als Verteidiger eines anderweitig Verfolgten, als Zeugenbeistand oder als Unternehmensvertreter die Hauptverhandlung verfolgt. Ohne die ausdrückliche Zustimmung des Mandanten ist dem anwaltlichen Prozessbeobachter – ungeachtet strategischer Überlegungen – die Preisgabe seiner Identität und die seines Mandanten bereits aus rechtlichen Gründen verwehrt. Dieser Umstand sollte dem Gericht auch deutlich kommuniziert werden.

Daneben kann dem Gericht – ungeachtet der Frage, ob man nun Auskunft darüber gibt für wen man die Hauptverhandlung verfolgt – die dargestellte Rechtslage dargelegt und diesem aufgezeigt werden, dass „selbst für den Fall, dass...“ rechtliche Bedenken einer Teilnahme an der Hauptverhandlung als Zuhörer nicht im Wege stehen. Erlässt der Vorsitzende gleichwohl eine entsprechende Anordnung gem. § 177 GVG, läuft er – insbesondere unter Zugrundelegung der dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen der Prozessbeobachtung – in Gefahr einen absoluten Revisionsgrund i.S.d. § 338 Nr. 6 StPO zu schaffen, soweit die Anordnung durch einen Angeklagten gerügt wird. Diese Rüge ist selbst dann möglich, wenn der Angeklagte den Ausschluss des Zuhörers von der Hauptverhandlung selbst gefordert hatte.<sup>47</sup> In vielen Fällen wird sich das Gericht daher wohlmöglich dazu entscheiden, den Zuhörer – trotz seiner Weigerung eine entsprechende Auskunft zu erteilen – im Saal zu belassen. Diese Chance besteht jedoch nur dann, wenn nicht bereits einer meist einer förmlichen Anordnung vorausgehenden nachdrücklich geäußerten „Bitte“ des Vorsitzenden, die zumeist wohl als auch als Aufforderung verstanden werden kann, „freiwillig“ Folge geleistet wird. In diesen Fällen ist eine unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit i.S.d. § 169 S. 1 GVG – mangels rügefähiger Anordnung des Vorsitzenden – nicht gegeben.

Ob es im Einzelfall den Interessen des Mandanten dienlich ist, eine solche Auseinandersetzung „offen im Gerichtssaal“ zu führen, muss gründlich abgewogen und zuvor mit dem Mandanten erörtert werden. Hierbei wird es auch auf die „Art“ der Prozessbeobachtung und das damit verfolgte Ziel ankommen. Kann eine solche Auseinandersetzung einem Zeugen und dessen Glaubwürdigkeit wohlmöglich schaden<sup>48</sup>, wird es sich im Falle der Vertretung eines gesondert Verfolgten, dessen Anklage möglicherweise noch gesondert verhandelt wird, in der Regel bezahlt machen diese Auseinandersetzung zu führen, um die „Waffengleichheit“ mit der Staatsanwaltschaft wieder herzustellen.

In jedem Fall sollte darauf verzichtet werden, das Verfahren durch nicht von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht der § 43 a Abs. 2 BRAO, § 203 StGB umfasste Personen (z.B. von Unternehmensseite oder durch einen vom gesondert Verfolgten selbst beauftragten

<sup>46</sup> Milger, Sitzungsgewalt und Ordnungsmittel in der strafrechtlichen Hauptverhandlung, NStZ 2006, 121

<sup>47</sup> Schmitt, a.a.O., § 338 StPO Rn. 46

<sup>48</sup> Wessing/Ahlbrecht, a.a.O., Rn. 39

Dritten) beobachten zu lassen, soweit die Beobachtung aus strategischen Gründen nicht preisgegeben werden soll.<sup>49</sup> In diesen Fällen besteht die Gefahr, dass der Zuhörer – auf begründeten Antrag der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung – als Zeuge geladen und zu den Hintergründen seiner Teilnahme an der Hauptverhandlung befragt wird. Ein nicht-anwaltlicher Beobachter kann sich dann nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO berufen und die Aussage verweigern, sondern muss dem Gericht umfassend und wahrheitsgemäß Auskunft erteilen.

## VI. Fazit

Im Ergebnis ist dem anwaltlichen Prozessbeobachter grundsätzlich ein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung gegen einen Dritten zuzugestehen – und zwar ungeachtet dessen, ob er als Verteidiger eines gesondert Verfolgten, Zeugenbeistand oder als anwaltlicher Unternehmensvertreter der Verhandlung folgt. Jedenfalls so lange, wie keine begründeten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Prozessbeobachter die Wahrheitsfindung im Rahmen der Hauptverhandlung ernstlich gefährdet wird, besteht weder für das Anfertigen von Mitschriften noch für den Ausschluss ein Anlass.

<sup>49</sup> Vgl. dazu auch *Minoggio*, a.a.O., § 6 Rn. 589

## Entscheidungskommentare

### Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen; Rechtsanwalt Dr. Sebastian Maiß, Düsseldorf

## Strafrechtliche Untreuerisiken wegen der Nicht-Geltendmachung zivilrechtlicher (Schadens-) Ersatzansprüche bei Bestehen einer „Schmiergeldabrede“

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.01.2018 – I ZR 150/15

### I. Problemstellung

Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung vom 18.01.2018 die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast für Unternehmen, die aufgrund einer Schmiergeldabrede unwissend geschädigt worden sind, erleichtert. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen dürfte demnach in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen, die im Hinblick auf die §§ 266, 299 StGB eine strafrechtliche Qualität aufweisen, künftig einfacher werden. Die während oder im Nachgang anhängiger Ermittlungsverfahren in der Praxis häufig anzutreffende Argumentation, die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche beanspruche erhebliche Ressourcen im Unternehmen und sei (zu) zeit- und kostenintensiv, dürfte demnach in den meisten Korruptionsfällen einer kritischen Prüfung nicht (mehr) Stand halten. Unternehmensverantwortliche werden diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Rahmen ihres unternehmerischen (Prognose-) Ermessens (§ 43 GmbH; §§ 76, 93 AktG) berücksichtigen müssen, um zugleich strafrechtlich relevante Untreuerisiken nach § 266 Abs. 1 StGB zu vermeiden. Im Zweifel wird dies dazu führen, dass unter Beachtung des zivilrechtlichen Verjährungseintritts spätestens mit Beendigung des Ermittlungsverfahrens oder den Ergebnissen einer internen Untersuchung zivilrechtliche (Schadens-) Ersatzansprüche geprüft und geltend gemacht werden müssen. Wird das unternehmerische Ermessen insoweit nicht sachgerecht ausgeübt, ist im Lichte der HSH-Nordbank-Entscheidung des 5. Strafsenates des Bundesgerichtshofs vom 12.10.2016 zugleich und zwangsläufig der Untreuestrafatbestand tangiert. Dies ist eine äußerst problematische Entwicklung.

## II. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

1. Die Klägerin handelte mit Möbeln und vertrieb diese über eine Tochtergesellschaft aus Asien. Der Geschäftsführer dieser Tochtergesellschaft der Klägerin erteilte der Beklagten, einem Speditionsunternehmen, in den Jahren 1994 bis 2000 diverse Lieferaufträge. Die Beklagte überwies regelmäßig einen Teil der von der Klägerin an die Beklagte gezahlten Vergütung in einer Größenordnung von (zumindest) ca. 1,8 Mio. Euro an (Briefkasten-) Gesellschaften des Geschäftsführers des Hauptlieferanten.<sup>1</sup>

Die Klägerin machte in dem Zivilprozess geltend, der Geschäftsführer des Hauptlieferanten habe ohne ihr Wissen und ohne ihre Zustimmung mit der Beklagten eine Vereinbarung über eine Erhöhung der eigentlich geschuldeten Frachtvergütung (Nettofrachtrate) um einen bestimmten Aufschlag (Bruttofrachtrate) getroffen. Nach der Zahlung der Bruttofrachtmieten der Klägerin an die Beklagte habe diese den Aufschlag an den Geschäftsführer des Hauptlieferanten ausgekehrt. Dies habe dem alleinigen Zweck gedient, diesen zu motivieren, auch künftig Frachtaufträge mit der Klägerin zu generieren.<sup>2</sup>

2. In den Entscheidungsgründen stellt der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zunächst erneut klar, dass nach § 826 BGB derjenige zum Schadensersatz verpflichtet ist, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Im Einklang mit der ständigen zivilrechtlichen Rechtsprechung stellt der Senat ferner fest, dass korruptive Vereinbarungen für die künftige Bevorzugung bei der Vergabe von Aufträgen, die Angestellte, Bevollmächtigte, Beauftragte und sonstige Vertreter einer Partei heimlich mit einer anderen Vertragspartei treffen, gegen die guten Sitten verstoßen und demnach nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig seien.<sup>3</sup> Überdies seien korruptive Abreden unter den Voraussetzungen des § 299 StGB mit Blick auf § 134 BGB nichtig.<sup>4</sup> Der BGH macht ferner deutlich, dass Schadensersatzansprüche in solchen Fällen nicht nur gegenüber Mitarbeitern und Beauftragten „als unmittelbaren Zahlungsempfängern“, sondern auch gegen den „diese Zahlung tätigenden Geschäftspartner“ bestünden.<sup>5</sup> In den weiteren Ausführungen behandelt der 1. Zivilsenat sodann sehr ausführlich die tatbestandlichen Voraussetzungen von Korruptionsabreden im Sinne des § 299 StGB.<sup>6</sup>

3. Mit der für die Praxis maßgeblichen Frage der Erfolgsaussichten einer solchen zivilgerichtlichen Klage befasst sich der BGH nachfolgend sehr detailliert unter den für die Praxis relevanten prozessualen Aspekten:

Es sei zunächst so, dass – im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung der Zivilsenate – die Klägerin für die Behauptung, die Beklagte habe mit dem Geschäftsführer des Hauptlieferanten eine für sie nachteilige Schmiergeldabrede getroffen, darlegungs- und beweisbelastet sei. Der Kläger trage grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen.<sup>7</sup> Der BGH lässt aber erkennen, dass aufgrund des Heimlichkeitscharakters von Schmiergeldabreden Klagen nach dieser Maßgabe regelmäßig scheitern müssen. Entsprechend soll es (vereinfachend) genügen, wenn (lediglich) „ausreichende Anhaltspunkte“<sup>8</sup> für eine solche Vereinbarung vorgetragen werden. Reicht der Vortrag des Klägers – wie hier – aus, so soll der Beklagte dann die sekundäre Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung tragen, dass eine solche Schmiergeldabrede nicht vorgelegen habe.<sup>9</sup>

Lässt sich der Anspruchsgegner hierzu nicht ein, gilt der Sachvortrag des Klägers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.<sup>10</sup> Aus diesem Wechselspiel zwischen primärer und sekundärer Beweislast folgt, dass ein durch eine Schmiergeldabrede geschädigtes Unternehmen zunächst aus allen ihr zur Verfügung stehenden Informationen Tatsachen vortragen muss, die einen Schadensersatz – sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach – begründen.

Die Begründung einer Schmiergeldabrede gleicht in der Praxis einem „Glasperlenspiel“, in der die zu einer Schmiergeldabrede führenden Indizien aufzureihen sind. Dies ist in der

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 18.01.2018 – I ZR 150/15, BeckRS 2018, 1197, Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 3.

<sup>3</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 23.

<sup>4</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 23.

<sup>5</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 23.

<sup>6</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 24.

<sup>7</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 26 mit Verweis u.a. auf BGH NJW 2000, 2669, 2672; sowie div. weitere zivilrechtliche Rspr. und Lit.

<sup>8</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 26 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2004, 3423, 3425 (bezogen allerdings auf eine gänzlich andere Sachverhaltskonstellation).

<sup>9</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 28 und 30 m.w.N.

<sup>10</sup> BGH BeckRS 2018, 1197, Rn. 30.

Sachverhaltsaufklärung häufig äußerst mühsam, da die an einer Schmiergeldabrede Beteiligten diese in den seltensten Fällen dokumentieren (z.B. durch E-Mails oder Vermerke auf Rechnungen). Gelingt es, entsprechenden Sachverhalt schlüssig vorzutragen, trägt der Anspruchsgegner die sekundäre Darlegungslast für das Nichtvorliegen einer Schmiergeldabrede. Lässt sich die zwischen den Beteiligten getroffene Schmiergeldabrede nach Zeitpunkt und Inhalt nicht näher konkretisieren, müssen die Indizien, die für und gegen ihre Annahme sprechen, in einer lückenlosen Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände abgewogen werden.<sup>11</sup>

Gerade dann, wenn es um möglicherweise strafrechtlich relevantes Verhalten des Anspruchsgegners geht, stellt sich die Frage, ob die Unschuldsvermutung ("nemo-tenetur se ipsum accusare") an der prozessualen Wahrheitspflicht aus § 138 ZPO endet: Muss der Anspruchsgegner sich also auch dann zu dem Sachvortrag des Anspruchstellers (wahrheitsgemäß) einlassen, wenn er sich dadurch (strafrechtlich) selbst belasten würde und kann ein Schweigen zu seinen Lasten gehen?

Diese Frage ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten.<sup>12</sup> Die Zivilgerichte gehen davon aus, dass der Anspruchsgegner im Zivilprozess der Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) unterliegt und um einer ihn betreffenden (sekundären) Beweislast zu genügen, den Sachvortrag des Antragstellers in erheblicher Weise bestreiten muss (§ 138 Abs. 2, 3 ZPO). Sein Schweigerecht bleibt davon unberührt, geht dann aber zu seinen Lasten. Der BGH musste diese Streitfrage hier (leider) nicht entscheiden.

Nichtsdestotrotz führt diese von dem BGH vorgenommene Weiterentwicklung der Darlegungs- und Beweislast in Schadensersatzprozessen wegen Schmiergeldzahlungen zu einer Verbesserung der prozessualen Situation: Gelingt die Darlegung der für einen Schadensersatzanspruch erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen und bestreitet der Anspruchsgegner diese nicht oder nicht ausreichend, gilt der Sachvortrag des Anspruchsinhabers als zugestanden. Dann bedarf es keiner Beweiserhebung über diesen – insoweit unstrittigen – Sachverhalt, der in der Praxis häufig nur schwer zu führen ist.

Diese von dem Bundesgerichtshof aufgestellten prozessualen Grundsätze gelten auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen (ehemalige) Arbeitnehmer im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Ersatzansprüche gegen Arbeitnehmer wegen Schmiergeldzahlungen können im Übrigen nicht nur aus Deliktsrecht nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 299 StGB und § 826 BGB geltend gemacht werden, sondern empfangene Schmiergelder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 667, 681, 687 Abs. 2 BGB durch den Arbeitgeber an ihn herausverlangt werden.<sup>13</sup> Der Vorteil dieses Herausgabeanspruchs ist, dass im Gegensatz zu dem Schadensersatzanspruch der Nachweis eines Schadens nicht zu führen ist.

### III. Schlussfolgerungen aus der strafrechtlichen Perspektive

#### 1. Allgemeine Bemerkungen

Dieses instruktive Urteil des Bundesgerichtshofs wird aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht nur von Zivilrechtlern mit Interesse aufgenommen werden, sondern hat zugleich erhebliche Auswirkungen für die strafrechtliche (Compliance-) Beratung von Unternehmen, die durch eine von Mitarbeitern oder Dritte getroffene Schmiergeldabrede geschädigt worden sind.

So stellt sich mit Abschluss einer internen Untersuchung oder spätestens mit Beendigung des Ermittlungs- beziehungsweise Strafverfahrens schon heute zwangsläufig und regelmäßig die Frage, ob Organmitglieder des Unternehmens (Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer) gehalten oder gar verpflichtet sind, etwaige (Schadens-)Ersatzansprüche zeitnah und substantiell zu prüfen sowie gerichtlich durchzusetzen. Diese Frage wird im Lichte der Entscheidung des 1. Zivilsenates künftig noch drängender.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2014, 323 (allerdings aus strafprozessualer Sicht).

<sup>12</sup> Für eine wahrheitsgemäße Einlassungspflicht: OLG Zweibrücken BeckRS 2009, 10754; LG Karlsruhe BeckRS 2010, 10943; insgesamt und auch zu anderen Auffassungen von *Selle* in: BeckOK-ZPO, § 138 Rn. 29-31.1.

<sup>13</sup> BAG, Urt. v. 26.02.1971, 3 AZR 97/70; LAG München BeckRS 2012, 72251.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Nicht-Geltendmachung begründeter und werthaltiger Ansprüche mit der Folge eines Verjährungseintritts<sup>14</sup> oder die zögerliche Geltendmachung<sup>15</sup> den Straftatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB durch pflichtwidriges Unterlassen erfüllen kann. Dieser Befund ist ausweislich der wenigen Fundstellen in der Literatur und mangels einschlägiger strafgerichtlicher Entscheidungen indes nur sehr allgemein und pauschal gehalten<sup>16</sup> oder bezieht sich auf hier nicht relevante Sonderkonstellationen.<sup>17</sup> Insoweit hilft dies für die hier behandelte Thematik nicht weiter.

Richtigerweise wird sich die (Pflichtwidrigkeits-) Prüfung an allgemeinen gesellschaftsrechtlichen beziehungsweise zivilrechtlichen Vorgaben ausrichten müssen, die die strafrechtliche Risikobewertung unmittelbar beeinflussen. Denn Bestimmung des Umfangs und der Grenzen der (verletzten) Pflichten richten sich in beiden Tatbestandsalternativen des § 266 StGB nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.<sup>18</sup>

## 2. Die zivilrechtliche Ermessensentscheidung am Maßstab der §§ 43, 76, 93 AktG (1. Prüfstufe)

Vorstandsmitglieder unterliegen gesellschaftsrechtlich den in §§ 76, 93 AktG umschriebenen Pflichten.<sup>19</sup> Demnach hat der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, wobei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden ist. Eine Pflichtverletzung liegt allerdings dann nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG, sog. Business Judgement Rule).

Da die Unternehmensverantwortlichen die künftigen (finanziellen) Interessen nur auf Basis ihrer gegenwärtigen Informationen beurteilen können, steht diesen bei ihrer Entscheidung allerdings ein erheblicher Prognose- und Ermessensspielraum zu, wie der Bundesgerichtshof bereits in der grundlegenden Entscheidung „ARAG/Garmenbeck“ befunden hat.<sup>20</sup> Auch wenn sich diese Entscheidung bekanntlich (nur) zum Pflichtenmaßstab von Aufsichtsräten einer Aktiengesellschaft verhält, lassen sich aus der Entscheidung für die hier behandelte Thematik doch wesentliche Grundsätze zur Unternehmensführung ableiten.<sup>21</sup>

So hat die Unternehmensführung aufgrund ihrer eigenverantwortlichen Leitungsfunktion sowie ihrer „Treuhandstellung“<sup>22</sup> zugleich die Pflicht, das Bestehen von (Schadens-) Ersatzansprüchen einer eigenverantwortlichen Prüfung zu unterziehen.<sup>23</sup> Sollte die Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Schadensersatzverpflichtung eines Betroffenen besteht, ist anhand einer „sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse“<sup>24</sup> zu prüfen, ob und inwieweit die gerichtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu einem Schadensausgleich führen kann.<sup>25</sup> Hierbei braucht keine Gewissheit zu bestehen, dass eine Klage tatsächlich zum Erfolg führt.<sup>26</sup>

<sup>14</sup> Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 266 Rn. 157; Böttger in: ders. (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2015, Kap. 3 Rn. 146.

<sup>15</sup> Esser in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 143.

<sup>16</sup> Heger in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 6; Fischer, § 266 Rn. 157; Kindhäuser in: ders./Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 91 mit einer im Ergebnis nicht überzeugenden Differenzierung zwischen Verzicht (dann Untreue) und Verjährenlassen einer Forderung (dann keine Untreue) im Fall des Missbrauchstatbestandes; dagegen auch: Dierlamm in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 138.

<sup>17</sup> BGH NJW 1983, 461 (offen gelassen beim Verjährenlassen einer Forderung eines Mandanten durch einen Rechtsanwalt); vgl. hierzu auch Schönemann in: Leipziger Praxiskommentar/Sonderband Untreue - § 266 StGB, 2017, § 266 Rn. 127 mit Verweis auf RGSt 11, 412, 413 a.E.

<sup>18</sup> Böttger in: Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 3 Rn. 38 ff; instruktiv hierzu mit einem Meinungsstand Schönemann in: Leipziger Kommentar/Sonderband, § 266 Rn. 109 ff; s. auch: BGH NSTZ 2017, 227, 229 f. (HSH-Nordbank) zu §§ 76, 82, 93 AktG (s. auch unten).

<sup>19</sup> Die Grundsätze sind für die Geschäftsführer einer GmbH entsprechend anzuwenden.

<sup>20</sup> BGH NJW 1997, 1926 ff. Nähere (ältere) zivilgerichtliche Entscheidungen zu der Frage, ob eine Pflicht zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft besteht, gibt es nur vereinzelt: So Gloeckner/Racky in: Knieirim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 20 Rn. 21 (Fn. 15) mit Verweis auf KG GmbHR 1959, 257 (zur rechtzeitigen Geltendmachung von Ansprüchen und der Verhinderung eines Verjährungseintrittes bei Geschäftsführern einer GmbH sowie BGH WM 1982, 532 f. zur Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds, der ohne Anhörung des Aufsichtsrates auf eine Forderung der Gesellschaft verzichtet hat).

<sup>21</sup> So auch Gloeckner/Racky in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 21 ff. m.w.N..

<sup>22</sup> So auch Gloeckner/Racky in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 22.

<sup>23</sup> So auch Gloeckner/Racky in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 21.

<sup>24</sup> BGH NJW 1997, 1926.

<sup>25</sup> Näher dazu Gloeckner/Racky, in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 21 ff.

<sup>26</sup> Gloeckner/Racky in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 21.

Gelangt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Gesellschaft durchsetzbare Ansprüche hat, denen keine erheblichen Prozessrisiken entgegenstehen, müssen diese Ansprüche auch verfolgt werden.<sup>27</sup> Hier sind nur in (seltenen) Einzelfällen Ausnahmen denkbar, wenn etwa gewichtige Umstände im Interesse des Unternehmenswohls dagegen sprechen.<sup>28</sup> Gerechtigt kann dies etwa auch dann sein, wenn die Kosten anderenfalls höher wären als der zu erwartende Nutzen oder ein Imageschaden für die Gesellschaft zu befürchten ist.<sup>29</sup>

Nach Maßgabe dieser Grundsätze wird die vorerwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs das Ermessen der Geschäftsleitung weiter einschränken, in korruptionsrelevanten Sachverhalten von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Abstand zu nehmen. Klar dürfte sein, dass nach Bekanntwerden eines korruptionsrelevanten Sachverhaltes zu Lasten des Unternehmens (jedenfalls) eine Prüfpflicht besteht, die unter den abgeschwächten Voraussetzungen des 1. Zivilsenates regelmäßig eine Verpflichtung zur Geltendmachung beinhalten dürfte, wenn und soweit im Rahmen der weiterhin bestehenden primären Darlegungs- und Beweislast eine Indizienkette aufgereiht werden kann, die ausreichende Anhaltspunkte für eine Schmiergeldabrede bietet und hierfür auch geeignete Beweismittel zur Verfügung stehen.

### 3. Strafrechtliche Konsequenzen im Lichte der „HSH-Nordbank“-Rechtsprechung (vermeintlich 2. Prüfstufe).

Dieser Befund hat im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des 5. Strafsenates des Bundesgerichtshofs vom 12.10.2016 („HSH-Nordbank“)<sup>30</sup> unmittelbare Konsequenzen für die strafrechtliche Bewertung. Denn ausweislich dieser Entscheidung soll nunmehr jeder Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der zugleich eine Hauptpflichtverletzung ist, per se eine pflichtwidrige Untreue begründen, mithin eine zusätzliche 2. Prüfung (auf rein strafrechtlicher Ebene) gänzlich entbehrlich machen. So ist der 5. Strafsenat der Auffassung, dass ein zusätzliches (strafrechtsspezifisches) Kriterium einer „*gravierenden*“ Pflichtverletzung (hier) keinen eigenständigen Aussagegehalt (mehr) habe, der über den anerkannten Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen hinausgehe.<sup>31</sup> Vielmehr sei die Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) schon „*Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB*“.<sup>32</sup>

Die Konsequenzen dieser Entscheidung sind für die Prüfung, ob zivilrechtliche Schadensersatzansprüche geltend zu machen sind, erheblich. Originär zivilrechtlich relevanten Vorstandsentscheidungen haftet künftig immer ein etwaiger strafrechtlicher Makel an. Umgekehrt verlagert der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Auslegungsprobleme des Straftatbestandes der Untreue in das Gesellschafts- beziehungsweise Aktienrecht.<sup>33</sup> Letztlich wird damit ein gesellschaftsrechtlicher Verstoß einem strafrechtlichen Verstoß gleichgestellt, die unterschiedlichen Rechtsgebiete verschwimmen.

Bleibt nur noch die Frage nach dem Nachteil: Unstreitig dürfte sein, dass werthaltige Forderungen wie etwa Zahlungsansprüche und sonstige zivilrechtliche (Schadens-) Ersatzansprüche zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören<sup>34</sup> und dass das pflichtwidrige Unterlassen, solche Vermögenspositionen geltend zu machen, in der strafprozessualen Rechtswirklichkeit unter dem Gesichtspunkt der schadensgleichen Vermögensgefährdung geprüft werden dürfte.<sup>35</sup> Entsprechend weiter könnte von Seiten der Ermittlungsbehörden argumentiert werden, dass durch die pflichtwidrige Nicht-Geltendmachung werthaltiger (Schadensersatz-) Ansprüche auch bei einem durch die Schmiergeldabrede bereits (untreuerrelevant und nicht durch Schadensersatzansprüche kompensierbar<sup>36</sup>) geschädigten Unternehmen eine neuerlicher Gefährdungsschaden im Sinne des § 266 StGB durch andere Personen (hier: Vorstandsmitglieder) eintritt.<sup>37</sup>

<sup>27</sup> Gloeckner/Racky in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 21.

<sup>28</sup> Gloeckner/Racky in: Internal Investigations, Kap. 20 Rn. 21.

<sup>29</sup> Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 77.

<sup>30</sup> BGH NStZ 2017, 227 ff. mit Anm. Zimmermann WJ 2018, 25, 28 f.

<sup>31</sup> BGH NStZ 2017, 227, 230 unter Bezugnahme auf BGHSt 50, 331, 336 („Mannesmann“) und BGH NJW 2016, 2585, 2591.

<sup>32</sup> BGH NStZ 2017, 227, 230.

<sup>33</sup> Ottow WJ 2017, 52, 53.

<sup>34</sup> Gaede in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 70 sowie ebd. Esser, § 266 Rn. 165 zum herrschenden rechtlich-wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

<sup>35</sup> Fischer, § 266 Rn. 157; s. auch Kindhäuser in: ders./Neumann/Paeffgen, § 263 Rn. mit Verweis auch auf OLG Celle NJW 1974, 615; s. auch BGH, Urteil v. 12.12.2003, Az.: 3 StR 146/13 Rn. 14.

<sup>36</sup> Fischer, § 266 Rn. 168.

<sup>37</sup> Bittmann NZWist 2014, 129, 135.

Wie all dies mit den erkennbaren Bemühungen des Bundesverfassungsgerichts, die Anwendbarkeit des Untreuestraftatbestandes (generell) zu begrenzen<sup>38</sup> und der ohnehin problematischen Entwicklung der Untreuerechtsprechung hin zum krass ausufernden Case-Law<sup>39</sup> vereinbar sein soll, bleibt äußerst fraglich. Die Problematik verschärft sich weiter, wenn der Bundesgerichtshof erkennbar keinerlei Anstrengungen unternimmt, eine Begrenzung an anderer Stelle (etwa auf der subjektiven Seite<sup>40</sup>) vorzunehmen, die dem Ultima-ratio-Gedanken angemessen wäre.

Bei nüchterner Betrachtung kann allerdings schon das Argument nicht ziehen, dass für das strafrechtsautonome Kriterium der „*gravierenden Pflichtverletzung*“ kein Platz mehr bliebe<sup>41</sup> bzw. ein „*zweiter Evidenzfilter*“ keine (Begrenzungs-) Funktion mehr haben könne.<sup>42</sup> So ist schon dogmatisch nicht nachvollziehbar (von der kriminologischen Notwendigkeit ganz zu schweigen), warum jeder zivilrechtlicher Ermessensfehlgebrauch im Sinne der §§ 43 GmbH, §§ 76, 93 AktG zugleich eine Strafbarkeit begründen soll. Ohne weiteres wäre es möglich, die – grundsätzlich anders gelagerte – strafrechtliche Bewertung etwa (kumulativ) von sachwidrigen Motiven und unter keinen Umständen mehr vertretbaren krassen (Fehl-) Entscheidungen im Einzelfall abhängig zu machen, die unter (bewusster) Verkennung interner Regeln (fehlende Transparenz) ergangen oder nicht ergangen sind.<sup>43</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Die Auswirkungen des HSH-Nordbank-Urteils zeigen sich bei der Nicht-Geltendmachung von (Schadens-) Ersatzansprüchen in voller Schärfe. Das fehlende strafrechtliche Evidenz-Korrektiv führt in der Konsequenz dazu, dass jede im Sinne der §§ 43 GmbH, 76, 93 AktG „falsche“ zivilrechtliche (Nicht-) Entscheidung die Annahme einer strafrechtlichen (Untreue-) Anfangsverdachts per se begründen kann und wird. Das Risiko, dass ein Unternehmensverantwortlicher im Lichte der Entscheidung des 1. Zivilsenates bei im Nachhinein bekannt gewordenen Schmiergeldabreden eine „falsche“ Entscheidung trifft, wenn er auf die Geltendmachung von (Schadens-)Ersatzansprüchen verzichtet, ist signifikant gestiegen. In Verkennung der vereinfachten Anforderungen an die Darlegungslast führt letztlich jede Fehlentscheidung zu zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken. „Untreue passt (eben doch) immer“.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 ff.; 2013, 365 ff.

<sup>39</sup> Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 3 Rn. 8.

<sup>40</sup> Entsprechend der allgemeinen Restriktionsbemühungen auf Vorsatzebene in Fallgruppen, die wie hier eine schadensgleiche Vermögensgefährdung betreffen: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 3 Rn. 84; Esser in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, StGB, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 225 ff.; Fischer, § 266 Rn. 177 ff.

<sup>41</sup> BGH NStZ 2017, 227, 233 mit Anm. Becker mit Verweis auf BGHZ 135, 244, 253 f.; Schünemann in: Leipziger Kommentar / Sonderausgabe, § 266 Rn. 117.

<sup>42</sup> BGH NStZ 2017, 227, 233 mit Anm. Becker mit Verweis auf BGHZ 135, 244, 253 f.; a.A. Ottow, WiJ 2017, 52, 53.

<sup>43</sup> Vgl. etwa den Kriterienkatalog in der Sponsoring-Entscheidung: BGHSt 47, 187, 194 ff; s. auch Zimmermann WiJ 2018, 25, 29, der in diesem Sinne zutreffend für eine strafrechtliche Begrenzung auf „*besonders schwerwiegende aktienrechtliche Pflichtverletzungen*“ plädiert mit dem zusätzlichen Hinweis auf die bereits im Aktienrecht getroffene Begrenzung auf als „grob“ definierte Pflichtenverstöße, s. hierzu auch Ottow WiJ 2017, 52, 58 f.

<sup>44</sup> Ransiek ZStW 116, 2004, 634, 635, näher hierzu Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 3 Rn. 1 ff.

## Compliance

Rechtsanwältin Dr. Laura Görtz, Frankfurt a.M.

# BGH: Implementierung und Optimierung eines Compliance-Management-Systems kann Geldbuße nach § 30 OWiG mindern

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.05.2017 - 1 StR 265/16 = BGH wistra 2017, 390 ff.

**1. Für die Bemessung einer Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG ist von Bedeutung, inwieweit das betroffene Unternehmen seiner Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein „effizientes“ Compliance-Management-System installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt ist.**

**2. Bei der Bemessung der Geldbuße kann zudem eine Rolle spielen, ob das Unternehmen in der Folge des aufgedeckten Normverstößes seine entsprechenden Regelungen optimiert und seine betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.**

(Leitsätze der Verfasserin)

## I. Rechtliche Einordnung der Entscheidung

Der BGH geht in seiner Entscheidung vom 09.05.2017 davon aus, dass dem Unternehmen im konkreten Fall die „Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden“<sup>1</sup>, oblag und es dieser Pflicht nachkommt, indem es „ein effizientes Compliance-Management installiert“<sup>2</sup>. Diese Aussage ist keinesfalls selbstverständlich, denn die Frage, ob eine (mittelbare) Rechtspflicht zu Compliance-Maßnahmen besteht ist auch in der Literatur nicht unumstritten.<sup>3</sup>

### 1. Zivilrechtliche Haftung von Unternehmensverantwortlichen

Den größten Impuls seitens der Rechtsprechung setzte hierzu 2013 das LG München I mit der sog. Siemens/Neubürger-Entscheidung.<sup>4</sup> Das LG München I urteilte, dass Vorstandsmitglieder ein Unternehmen so organisieren und beaufsichtigen müssen, dass keine Gesetzesverstöße begangen werden. Dieser Pflicht genüge ein Vorstand „bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet. Entscheidend für den Umfang im Einzelnen sind dabei Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.“<sup>5</sup> Das LG München I ließ dabei offen, ob sich diese Pflicht aus der allgemeinen Leitungsverantwortung des Vorstands gem. §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG<sup>6</sup> oder aus der Organisationspflicht des § 91 Abs. 2 AktG herleitet.<sup>7</sup> Verletzen Vorstandsmitglieder ihre Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-System, so können sie sich gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG schadensersatzpflichtig machen.

### 2. Ordnungswidrigkeitenrechtliche Bebußung

Neben dieser zivilrechtlichen Komponente können gegen Unternehmensverantwortliche auch Geldbußen wegen einer Verletzung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG verhängen werden, wenn sie Aufsichtsmaßnahmen unterlassen und eine betriebsbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen wird, die durch die „gehörige Aufsicht“ verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.

<sup>1</sup> BGH wistra 2017, 390, 399.

<sup>2</sup> BGH wistra 2017, 390, 399.

<sup>3</sup> Siehe zum Streitstand: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 30 ff.

<sup>4</sup> LG München I NZG 2014, 345 ff.

<sup>5</sup> LG München I NZG 2014, 345, Ls.

<sup>6</sup> So die h.M. Fleischer NZG 2014, 321, 322; Hopt/Roth in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 186; Koch in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 12. Aufl. 2016, § 93 Rn. 12.

<sup>7</sup> LG München I NZG 2014, 345, 346.



Die Verletzung der Aufsichtspflicht ist zugleich der praktisch bedeutsamste Fall einer Pflichtverletzung, die als Anknüpfungspunkt für die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße gem. § 30 OWiG dient.<sup>8</sup> Denn der Täter einer Anknüpfungstat des § 30 OWiG muss eine im Gesetz näher definierte Leitungsperson sein. Betriebsbezogene Gesetzesverstöße werden jedoch oftmals von Mitarbeitern begangen, die – mangels Leitungsposition – nicht in den Kreis der tauglichen Täter des § 30 OWiG einzuordnen sind. Teilweise ist auch der Nachweis einer vermuteten Beteiligung schwer zu führen. § 130 OWiG dient nun als „Transmissionsriemen“<sup>9</sup> zur Schließung dieser „Sanktionslücke“<sup>10</sup>: Bezugstat ist nicht die von dem Mitarbeiter begangene Tat, sondern die Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG des Betriebsinhabers bzw. der gem. § 9 OWiG dem Betriebsinhaber gleichgestellten Vertreter und Organe.

### 3. Zumessung der Unternehmensgeldbuße

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 09.05.2017 als Ausgangspunkt für die Bemessung des Ahndungsteils der Unternehmensgeldbuße auf die Tat der Leitungsperson abgestellt. Dabei bestimme die Schuld der Leitungsperson auch gegenüber dem Unternehmen den Umfang der Vorwerfbarkeit und sei „Grundlage für die Bemessung des Bußgeldes“.<sup>11</sup> Damit stellt der BGH auf eine entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG bei der Zumessung von Geldbußen gegenüber Unternehmen ab. Nach § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG ist Grundlage für die Zumessung der Geldbuße gegenüber natürlichen Personen die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Die entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG auf die Unternehmensgeldbuße entspricht der mittlerweile überwiegenden Meinung in der Literatur.<sup>12</sup>

In der Literatur werden jedoch seit längerem auch „überindividuelle Kriterien“<sup>13</sup>, die sich nicht an der Anknüpfungstat, sondern an dem Unternehmenshandeln orientieren, für die Bemessung von Unternehmensgeldbußen gefordert. Damit sind in der Regel Kriterien zur Beurteilung eines Compliance-Management-Systems gemeint.<sup>14</sup>

In der Begründung der 8. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Erhöhung des Bußgeldhöchstmaßes in § 30 OWiG erklärt, dass ein effektives Compliance-Management-System als unternehmensbezogener Umstand bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden kann. In welchem Maße dies erfolgt, müssten die Behörden und Gerichte im Einzelfall beurteilen.<sup>15</sup> Die Entscheidung des BGH vom 09.05.2017 macht einen ersten Schritt in diese Richtung.

## II. Das Urteil des BGH

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahre 2001 verkaufte ein deutsches Rüstungsunternehmen 24 Panzerhaubitzen an den griechischen Staat. Über eine Beratungsgesellschaft zahlte das Rüstungsunternehmen – als Provisionen verdeckt – Bestechungsgelder an den damaligen griechischen Verteidigungsminister. Der Angeklagte war ein leitender Angestellter des im Verfahren nebenbeteiligten Rüstungsunternehmens. Er gab die Provisionsrechnung der Beratungsgesellschaft in Höhe von ca. EUR 1,6 Mio. zur Zahlung frei. Die Rechnung wurde beglichen und entgegen § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG als Betriebsausgabe steuerlich in Abzug gebracht. Hierdurch entstand dem Rüstungsunternehmen ein nicht gerechtfertigter Steuervorteil. Das LG München I verurteilte den Angeklagten in der Vorinstanz wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung und verhängte gegen das Rüstungsunternehmen eine Geldbuße gem. § 30 OWiG.

Der BGH beschäftigte sich im Revisionsverfahren u.a. mit der Frage, ob Ermittlungen ausländischer Behörden eine Tatentdeckung i. S. d. § 371 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AO darstellen können und somit zum Ausschluss einer strafbefreienden Selbstanzeige führen, was er im konkreten

<sup>8</sup> Achenbach NZWiSt 2012, 321, 323; Eidam wistra 2003, 447, 453; Helmrich wistra 2010, 331, 332; Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 92.

<sup>9</sup> Többens NSTZ 1999, 1, 8.

<sup>10</sup> Achenbach NZWiSt 2012, 321, 323.

<sup>11</sup> BGH wistra 2017, 390, 399.

<sup>12</sup> Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 4. Aufl. 2016, § 30 Rn. 41; Göhler-Gürtler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl. 2017, § 30 Rn. 36a; Lemke/Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz, 2. Aufl. 2008, § 30 Rn. 63; Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 134 m. z. w. N.; Wegner wistra 2000, 361, 362 m. z. w. N.; a.A. Korte NSTZ 2001, 582, 584.

<sup>13</sup> Wegner wistra 2000, 361, 363.

<sup>14</sup> Moosmayer/Gropp-Stadler NZWiSt 2012, 241, 242; Wegner wistra 2000, 361, 368.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 17/11053, S. 21.

Fall bejahte. Auch befasste er sich mit der Frage, ob die Beteiligung an einer Bestechung eine Garantienpflicht für die Erfüllung steuerlicher Pflichten auslösen kann, was er verneinte.

Für die Compliance-Praxis ist das obiter dictum des BGH zur Bemessung der Unternehmensgeldbuße von zentraler Bedeutung: Demnach ist für die Bemessung der Geldbuße von Bedeutung, „inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss [...]. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“

### III. Anmerkungen

#### 1. Zweckmäßigkeit der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung

Ein derartiges Signal aus der Rechtsprechung ist in der Praxis lange erwartet worden. Die Literatur geht schon seit längerem überwiegend davon aus, dass Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung zu berücksichtigen sind.<sup>16</sup> Neben den allgemeinen Zumessungskriterien der Unternehmensgeldbuße aus § 17 OWiG müssten – wie oben bereits angeklungen – auch unternehmensbezogene Kriterien bei der Bemessung der Geldbuße Berücksichtigung finden.<sup>17</sup> So ist eine kriminogene oder erkannt fehlerhafte Unternehmensstruktur bußgelderhöhend zu berücksichtigen, während dem entgegenwirkende, effektive Compliance-Maßnahmen sich mildernd auswirken müssen.<sup>18</sup> Ebenso kann die Häufigkeit gleichartiger Verstöße in dem Unternehmen<sup>19</sup> und die fehlerhafte Auswahl von Unternehmensverantwortlichen<sup>20</sup> eine Rolle spielen.

Ausweislich der Gesetzesbegründung zur Einführung der Unternehmensgeldbuße soll diese verhindern, dass die Vorteile kriminellen Handelns bei dem Unternehmen verbleiben, ohne dass es Sanktionsmöglichkeiten ausgesetzt ist.<sup>21</sup> Die Unternehmensgeldbuße stellt die Bebußung einer überpersonalen Einheit dar. Diese muss sich die Tat des Bezugstäters als eigene zurechnen lassen.<sup>22</sup> So wie das Unternehmen auf wirtschaftlichem Gebiet Vorteile aus dem Handeln der Unternehmensverantwortlichen zieht, muss es auch für etwaige Gefahren haften, die aus der wirtschaftlichen Betätigung entstehen. Das Unternehmen soll nicht besergestellt sein als z. B. ein Einzelunternehmer, dessen unternehmerisches Handeln sich strafrechtlich zurechenbar bewerten lässt.<sup>23</sup>

In präventiver Hinsicht soll demnach verdeutlicht werden, dass nachteilige Folgen von Normverstößen nicht nur – möglicherweise identifizierbare – Personen treffen können, sondern auch das Unternehmen an sich. Die Unternehmensgeldbuße richtet sich gegen die „organisierte Unverantwortlichkeit“.<sup>24</sup> Unternehmen sollen daraus den Schluss ziehen, dass Maßnahmen zu ergreifen sind, die Straftaten und Ordnungswidrigkeiten verhindern. Dieser gesetzgeberische Zweck würde konterkariert, wenn ein Unternehmen, das umfangreiche Compliance-Maßnahmen unternimmt, bei der Bußgeldbemessung mit einem Unternehmen, das keine Compliance-Maßnahmen unternimmt oder Gesetzesverstößen gar Vorschub leistet, gleichgestellt würde.

<sup>16</sup> Immenga/Mestmäcker-Dannecker/Biermann, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 81 GWB Rn. 458; Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 137; Wegner, Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen, Diss. Osnabrück 2000, S. 93.

<sup>17</sup> So Göhler-Gürtler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl. 2017, § 30 Rn. 36a; Wegner, Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen, Diss. Osnabrück 2000, S. 93 m. z. w. N.

<sup>18</sup> Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 137; Wegner, Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen, Diss. Osnabrück 2000, S. 93.

<sup>19</sup> Brender, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Diss. Freiburg 1989, S. 159.

<sup>20</sup> Wegner, Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen, Diss. Osnabrück 2000, S. 93.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 5/1269, S. 59; Wieser, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 131. Aktualisierung, Stand 01. Januar 2014, § 30 Rn. 1.

<sup>22</sup> So zumindest, wenn man der Lehre von der organschaftlichen Verbandstäterschaft folgt, siehe hierzu Rogall in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 8 m. w. N.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 5/1269, S. 59; Ransiek, Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, Habil. Heidelberg 1996, S. 111; Tiedemann NJW 1988, 1169, 1170.

<sup>24</sup> Der vielfach zitierte Begriff, so Joecks in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, Vorb. § 25 Rn. 18 m. z. N., wurde im Deutschen wohl zuerst von Ostermeyer ZRP 1971, 75, 76 genutzt. Dieser entnimmt ihn Charles Wright Mills Werk „The Power Elite“, in dem die These vertreten wird, die amerikanische „Elite“ könne ihre Macht aufgrund eines Systems der „organized irresponsibility“ erhalten.

## 2. Implementierung eines Compliance-Management-Systems

### a) Keine gesetzlichen Vorgaben zur Effektivität eines Compliance-Management-Systems

Der BGH hält in seiner Entscheidung fest, dass ein „effizientes Compliance-Management“, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt ist, zu einer Bußgeldminderung führen kann. Compliance-Maßnahmen bieten somit die Möglichkeit einer „Compliance Defence“. Waren Behörden und Gerichte bereits in der Vergangenheit aufgeschlossen für eine Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung, ist diese Vorgehensweise nun höchstrichterlich bestätigt.

Es drängt sich allerdings die Frage auf, ob bei der Bußgeldbemessung tatsächlich die Effizienz von Compliance-Maßnahmen im Sinne eines möglichst günstigen Kosten-Nutzen-Verhältnisses zwischen den Compliance-Maßnahmen und den erzielten Ergebnissen berücksichtigt werden soll. Naheliegend ist, dass der BGH hier auf die Effektivität der Compliance-Maßnahmen, also die Wirksamkeit zur Zielerreichung, abstellt. Denn es scheint, als wolle er ein Unternehmen belohnen, das wirksame Maßnahmen einführt und nicht ein solches, das weitgehend das Kosten-Nutzen-Verhältnis betrachtet.

Gesetzliche Vorgaben, an denen die Effektivität eines Compliance-Management-Systems gemessen wird, bestehen in Deutschland nicht. Es existieren – abgesehen von einzelnen branchenspezifischen Regelungen wie etwa § 25a KWG – keine Vorgaben, aus welchen Komponenten ein Compliance-Management-System bestehen soll.

### b) Ansätze in anglo-amerikanischen Rechtsordnungen

Eine Orientierungshilfe oder auch ein Vorbild für eine deutsche Regelung könnten die in anglo-amerikanischen Rechtsordnungen niedergelegten Grundsätze bieten. So enthält etwa der UK Bribery Act des Vereinigten Königreiches einen Katalog von Compliance-Maßnahmen, deren Einhaltung zu einer Haftungsbegrenzung führen kann. Der UK Bribery Act sieht vor, dass ein Unternehmen, das über sog. adequate procedures zur Verhinderung von Bestechungstaten verfügt und diese Abläufe nachweisen kann, nicht zur Verantwortung gezogen wird.<sup>25</sup> Als Anhaltspunkte für das Vorhandensein von adequate procedures werden folgende Instrumentarien beschrieben: Analyse der Risiken des Unternehmens, Verpflichtung der Mitarbeiter zu präventiven Maßnahmen im Rahmen von praxistauglichen Richtlinien und Handlungsanweisungen, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Geschäftspartnern, Implementierung und Effektivierung eines Compliance-Programms sowie dessen Überwachung und regelmäßige (externe) Überprüfung.<sup>26</sup>

Auch die Federal Sentencing Guidelines for Organizations des US-amerikanischen Rechts definieren Merkmale eines wirksamen Compliance-Management-Systems, wie z. B. das Bestehen eines Verhaltenskodex, die Überwachung der Implementierung und der Effektivität des Compliance-Systems durch die Unternehmensführung oder auch Compliance-Schulungen von Mitarbeitern.<sup>27</sup> Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, dass auch in Deutschland entsprechende Orientierungspunkte gesetzlich fixiert werden.<sup>28</sup>

### c) IDW Prüfungsstandard 980

Eine Orientierung kann auch der durch das Institut der Wirtschaftsprüfer veröffentlichte Prüfungsstandard 980 bieten. Er dient als Grundlage für die freiwillige Prüfung der Existenz der wesentlichen Elemente eines Compliance-Management-Systems durch Wirtschaftsprüfer. Der Prüfungsstandard basiert auf sieben Grundelementen (Compliance-Kultur, -Ziele, -Programm, -Organisation, -Kommunikation, -Überwachung und -Verbesserung). Eine positive Prüfung des Compliance-Management-Systems kann bei einer Verteidigung gegen eine Unternehmensgeldbuße oder Schadensersatzansprüche hilfreich sein.<sup>29</sup> Die vereinzelt in der Literatur umschriebene pauschale Enthftungswirkung<sup>30</sup> besteht jedoch nicht.<sup>31</sup> Füh-

<sup>25</sup> Scheint NJW-Spezial 2011, 440; Hugger/Röhrich BB 2010, 2643, 2645.

<sup>26</sup> Deister/Geier CCZ 2011, 12, 16 f.; Hugger/Röhrich BB 2010, 2643, 2645 f.; Pörnbacher/Mark NZG 2010, 1372, 1375.

<sup>27</sup> Hopson/Graham Koehler CCZ 2008, 208 ff.

<sup>28</sup> So auch Moosmayer/Gropp-Stadler NZWiSt 2012, 241, 242.

<sup>29</sup> Böttcher NZG 2011, 1054, 1056 f.; Fleischer in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 150a.

<sup>30</sup> Gelhausen/Wermelt CCZ 2010, 2018, 212 f.; in Bezug auf das Ordnungswidrigkeitenrecht: Handel DStR 2017, 1945, 1948 f.

rungspersonen werden sich oder das Unternehmen nicht mit dem pauschalen Verweis auf eine standardisierte Prüfung exkulpieren können. Entscheidend ist vielmehr, wie sie mit rechtlichen Risiken im Einzelfall umgehen.<sup>32</sup> In Bezug auf den Prüfungsstandard 980 wird u.a. kritisiert, dass er nicht alle Risiken abdeckt.<sup>33</sup> Zudem ist fraglich, ob eine Prüfung betriebswirtschaftlicher Abläufe dazu geeignet ist, den Umgang mit rechtlichen Risiken zu evaluieren. Letztendlich besteht für eine pauschale zivilrechtliche oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Enthftung aufgrund einer positiven Prüfung schlicht keinerlei gesetzliche Grundlage.

#### d) Rückschaufehler

##### aa) Veränderung der „best practice“

Problematisch ist, dass Gerichte und Behörden regelmäßig ex ante über die Frage, ob ein effektives Compliance-Management-System bestand, entscheiden werden. Im vorliegenden Fall hat der BGH im Jahre 2017 dem Landgericht München I aufgegeben zu berücksichtigen, ob Ende der 1990er/Anfang der 2000er Jahre ein effektive Compliance-Management-System bei dem Rüstungsunternehmen bestand. Ein Compliance-System also, das vor der großen, öffentlichen Compliance-Diskussion Mitte/Ende der 2000er Jahre bestand. Dies birgt die Gefahr eines Rückschaufehlers.<sup>34</sup> Behörden und Gerichte könnten vom aktuellen Stand der „best practice“ zum Umgang mit Risiken auf mangelnde Compliance-Maßnahmen in der Vergangenheit schließen.

In den kommenden Jahren ist weiterhin mit erheblichen Veränderung der „best practice“ und einer Steigerung der Intensität von Compliance-Maßnahmen zu rechnen. Zum einen wird Legal Tech weiter reifen und sich verstärkt verbreiten. Zum anderen werden gerade kleinere und mittlere Unternehmen Compliance-Management-Systeme einrichten und weiter ausbauen. In beiden Bereichen ist die Compliance-Landschaft bereits heute eine gänzlich andere als vor 5 Jahren. Derartige Aspekte müssen Behörden und Gerichte in Zukunft bei der Bußgeldbemessung berücksichtigen.

##### bb) Veränderung von Risiken

Auch die Risiken, welche Unternehmen bei dem Aufbau ihres Compliance-Management-Systems in den Blick nehmen, verändern sich im Laufe der Zeit. Dies gilt z.B. für Länderrisiken. Hatte sich die Türkei 2012 zu einem nach dem Corruption Perceptions Index von Transparency International „less corrupt“ Land entwickelt, liegt sie heute wieder eindeutig im „more corrupt“ Bereich. Politische Krisen in einem Tätigkeitsgebiet oder einer Nachbarregion können sowohl die tatsächlichen Risiken erheblich verändern, als auch nur zu einer stark veränderten Wahrnehmung von Risiken führen.

Ebenso passen sich die Methoden von Straftätern den bekannten Präventionsmaßnahmen an. Dies gilt etwa für die Methoden zur Geldwäsche, die sich stets neu an dem aktuellen Standard der Geldwäscheprevention und den damit verbundenen Entdeckungsrisiken ausrichten. Ein heute unter Fachleuten allgemein bekannter Weg zur Einschleusung illegaler Mittel in den Wirtschaftskreislauf, muss vor 2 Jahren noch nicht „erfunden“ gewesen sein. Diese Dynamik in der Risikoeinschätzung birgt ebenfalls die Gefahr eines Rückschaufehlers.

Es besteht die Möglichkeit alle Schritte zum Aufbau und zur Erweiterung eines Compliance-Management-Systems von der Risikoanalyse über die Implementierung neuer Prozesse bis hin zur Evaluierung und Überwachung zu dokumentieren. Mit dieser Entwicklungsdokumentation kann später dargelegt werden, dass das Compliance-Management-System immer der aktuellen „best practice“ entsprach.

### 3. Optimierung des Compliance-Management-Systems

Die Entscheidung des BGH bedeutet jedoch nicht nur eine Rückschau auf das Compliance-System in der Vergangenheit, sondern auch, dass Compliance-Maßnahmen als Folge des aufgedeckten Normverstößes zugunsten des Unternehmens bei der Bußgeldbemessung

<sup>31</sup> So auch mit ausführlicher Begründung: *Böttcher NZG 2011, 1054 ff.*; *Fleischer* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 150a; *Rieder/Falge BB 2013, 778 ff.*

<sup>32</sup> *Böttcher NZG 2011, 1054, 1058.*

<sup>33</sup> *Böttcher NZG 2011, 1054, 1057*; vgl. *Horney/Kuhlmann CCZ 2010, 192, 195.*

<sup>34</sup> *Jenne/Martens CCZ 2017, 285, 287.*

berücksichtigt werden können. Dieser Teil des obiter dictums wird in der Literatur teilweise mit der Selbstreinigung nach § 125 GWB verglichen.<sup>35</sup> § 125 GWB sieht jedoch neben der Optimierung von Compliance-Maßnahmen auch einen Schadensausgleich sowie eine interne Ermittlung und Kooperation mit den Behörden vor. So weit ist der BGH in seiner Entscheidung vom 09.05.2017 nicht gegangen. Dennoch wird es regelmäßig erforderlich sein, die Gründe für den Compliance-Verstoß intern zu ermitteln, um das Compliance-Management-System hierauf anzupassen und ggf. rechtliche Schritte gegen die Verantwortlichen einzuleiten.

<sup>35</sup> Jenne/Martens CCZ 2017, 285, 287.

### Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

## Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

### I. Strafprozessrecht

#### 1. Ort der Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände: keine Bringschuld der Ermittlungsbehörden – §§ 94, 95 StPO

Das aufgrund einer strafprozessualen Beschlagnahme entstandene öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis verpflichtet die Strafverfolgungsbehörden nicht, sichergestellte Gegenstände zum jeweils Berechtigten zurückzubringen.

OLG Schleswig, Urteil vom 21.12.2017 – 11 U 68/17, ZInsO 2018, 330.

Die Entscheidung entspricht der bereits seit geraumer Zeit vom BGH vertretenen Meinung; vgl. schon BGH, Urteil vom 03.02.2005 – III ZR 271/04, wistra 2005, 271 mit zust. Anm. Weyand, INF 2005, 250. Krit. zu der Auffassung der Zivilgerichte Rathgeber, FD-StrafR 2018, 400739.

#### 2. Rechtswidrigkeit einer Durchsuchung und Beschlagnahme aufgrund nicht verwendbarer Auskünfte des Schuldners – § 102 StPO; § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

Aus der Regelung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO folgt, dass die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen wie z.B. eine Durchsuchung oder Beschlagnahme nicht auf einen Verdacht gestützt werden kann, der sich auf Auskünfte des Schuldners gründet, die aufgrund des dort geregelten Offenbarungszwangs erlangt wurden. Die gilt auch für Auskünfte, zu denen der Schuldner aufgrund eines gerichtlichen Beschlusses gegenüber einem Sachverständigen verpflichtet worden ist. Für diesen Fall findet insoweit § 97 Abs. 1 InsO analog Anwendung. Unterfallen Angaben des Beschuldigten im Insolvenzverfahren dem Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, so können sie nicht - wie hier geschehen - zur Begründung eines Anfangsverdachts herangezogen werden können.

LG Münster, Beschluss vom 31.08.2017 - 12 Qs-45 Js 916/16-25/17, ZInsO 2017, 2443.

Die Frage des Umfangs des „Insolvenzgeheimnisses“ und die Folgen etwaiger Verletzungen ist unverändert Gegenstand kontroverser Diskussionen, vgl. etwa Diversy, ZInsO 2005, 180; Püschel, FS der AG Strafrecht des DAV, 2009, 759; ders., ZInsO 2016, 262; Laroche, ZInsO 2015, 1469; Weyand, ZInsO 2015, 1948; Haarmeyer, ZInsO 2016, 545. Aus der jüngeren Rechtsprechung s. etwa BGH, Beschluss vom 26.07.2017 - 3 StR 52/17, ZInsO 2017, 2314 sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.06.2016 - III-2 Ws 299/16, ZInsO 2017, 2271.

#### 3. Anforderung an einen Vermögensarrest nach neuem Recht – § 111e StPO

Die Anordnung eines Vermögensarrestes steht auch nach dem seit dem 01.07.2017 geltenden Recht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Strafverfolgungsbehörden. Liegt allerdings ein dringender Verdacht vor, dass es am Ende des Verfahrens zu einer Einziehung von Wertersatz kommt, so soll ein Vermögensarrest angeordnet werden. Ein Arrest ist weiterhin nur zulässig, wenn die Sicherung der Vollstreckung der Einziehung dies erfordert. Ei-

ne Notwendigkeit für die Sicherung der Vollstreckung, dass also die Vollstreckung ohne den Arrest gefährdet sein muss, gibt der Gesetzeswortlaut jedoch nicht her. Stets ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Abwägung des Sicherungsbedürfnisses der Allgemeinheit gegen das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 14 Abs. 1 GG vorzunehmen. Die beiden Sicherungsinstrumente des Vermögensarrests nach der StPO und des steuerlichen Arrests (§ 324 AO) stehen gleichrangig nebeneinander.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.12.2017 – 1 Ws 163/17, NJW 2017, 3731 mit Anm. Gubitz/Molkentin = StRR 2018, 14 mit Anm. Deutscher.

Zu der wohl ersten zum neuen Recht ergangenen obergerichtlichen Entscheidung s. auch Greier, jurisPR-StrafR 25/2017 Anm. 1, sowie ausführlich Bittmann, ZInsO 2018, 370. Zum Verhältnis des § 342 AO zum strafrechtlichen Vermögensarrest vgl. umfassend Wengenroth, PStR 2017, 310 sowie Madauß, NZWiSt 2018, 28.

#### 4. Anfangsverdacht bei anonymer Anzeige - § 152 StPO

Anonyme Anzeigen rechtfertigen regelmäßig keinen Anfangsverdacht. Bei der Abwägung, ob in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung eingegriffen werden darf, ist im Übrigen auch die Unschuldsvermutung sorgfältig zu beachten.

LG Augsburg, Beschluss vom 28.08.2017 – 1 Qs 339/17, NJW-Spezial 2017, 762.

Zu der Entscheidung s. zust. David Püschel, FD-StrafR 2017, 398360.

#### 5. Verschlechterungsverbot bei Vermögensabschöpfung - § 331 StPO, § 73c StGB

§ 73c StGB n.F. findet auf bereits laufende Strafverfahren Anwendung, soweit nicht vor dem 01.07.2017 eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls des Wertersatzes ergangen ist. Das Verbot der *reformatio in peius* erfasst „Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat.“ Hierzu gehört auch die Anordnung der Einziehung von Taterträgen.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 06.11.2017 – 1 OLG 2 Ss 65/17, ZInsO 2018, 728.

#### 6. Akteneinsichtsrecht des Insolvenzverwalters in die Strafsakte des Schuldners - § 475 StPO

Muss der Schuldner dem Insolvenzverwalter mögliche Auskünfte über die gegebenenfalls zu erwartende Schadensersatzansprüche wegen begangener Straftaten erteilen, sind diese Informationen dem Insolvenzverwalter gegenüber von vornherein nicht schutzwürdig. Der Insolvenzverwalter kann daher nach § 475 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StPO für diesen Fall auch vollständige Einsicht in die Strafsakten verlangen.

AG Kiel, Beschluss vom 06.10.2017 – 43 Gs 4159/17, ZInsO 2017, 2450.

## II. Materielles Strafrecht

### 1. Verjährungsunterbrechung gegenüber faktischem Geschäftsführer - §§ 14, 78c StGB

Benennt ein Durchsuchungsbeschluss lediglich den formellen Geschäftsführer, unterbricht er die Verjährung in Bezug auf einen faktischen Geschäftsführer nicht.

BGH, Beschluss vom 26.10.2017 – 1 StR 279/17, ZInsO 2018, 244.

Zu der Entscheidung s. Roth, PStR 2018, 31.

### 2. Prozessbetrug im Insolvenzeröffnungsverfahren; Konkurrenz zum Bankrott - §§ 263, 283 StGB

Der Tatbestand des Bankrotts wird nicht durch den Tatbestand des Betrugs verdrängt oder umgekehrt. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Unrechtsgehalt einer Handlung durch einen von mehreren dem Wortlaut nach anwendbaren Straftatbeständen erschöpfend erfasst wird. Maßgebend für die insoweit vorzunehmende Beurteilung sind die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Während § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB die vollständige Erfassung des pfändbaren

Schuldnervermögens im Interesse der Gläubiger schützt, bezweckt § 263 StGB ausschließlich den Vermögensschutz der einzelnen Vermögensinhaber. Eine Betrugshandlung iSd § 263 StGB kann im Prozessverkehr jeder Art begangen werden, also auch im Eröffnungsverfahren nach den § 11 ff. InsO, da der Insolvenzschuldner gegenüber dem Insolvenzgericht zu wahrheitsgemäßen Auskünften und Angaben verpflichtet ist.

BGH, Beschluss vom 24.08.2017 – 1 StR 625/16, ZInsO 2018, 324.

### 3. Verschweigen von Einkünften in der Wohlverhaltensphase - §§ 266, 283 StGB.

Gibt der Schuldner Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit, die er in der Wohlverhaltenszeit erzielt hat, gegenüber dem Treuhänder nicht an, scheidet eine Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) oder Bankrott (§ 283 StGB) aus.

AG Bremerhaven, Beschluss 14.08.2017 - 21 Ls 770 Js 58028/15, InsBüro 2018, 120

### 4. Kognitionspflicht des Gerichts; Abgrenzung der fahrlässigen zur bedingt vorsätzlichen Insolvenzverschleppung - § 15a InsO; § 264 StPO

Das Gericht muss das von der Anklage umfasste Tatgeschehen – gegebenenfalls unter Erfüllung seiner Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 StPO - bei seiner Urteilsfindung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend prüfen. Bei Anzeichen einer Krise hat der Geschäftsführer einer Gesellschaft die Pflicht, sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen und notfalls unter fachkundiger Prüfung zu entscheiden, ob eine positive Fortbestehungsprognose besteht. Verschafft sich der Geschäftsführer trotz Anzeichen einer Krise keine Informationen über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft weiß er deshalb nicht um deren Überschuldung, kann dies den Tatbestand der – bedingt – vorsätzlichen Insolvenzverschleppung erfüllen.

BGH, Urteil vom 23.08.2017 – 2 StR 456/16, ZInsO 2018, 709.

## III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

Erzwingungshaft nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen - § 96 OWiG

Die Durchführung eines Insolvenz- bzw. Restschuldbefreiungsverfahrens steht der Anordnung von Erzwingungshaft gemäß § 96 Abs. 1 OWiG nicht entgegen. Erzwingungshaft kann auch dann verhängt werden, wenn dem Betroffenen nur unter den Pfändungs- bzw. Haftungsgrenzen der §§ 850 - 852 ZPO, §§ 36, 287 Abs. 2 InsO liegende Einkünfte zur Verfügung stehen.

AG Bamberg, Beschluss vom 14.09.2017 - 23 OWi 708/17, ZInsO 2017, 2701.

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Hölken, jurisPR-InsR 24/2017 Anm. 5.

## IV. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

### 1. Ende der „Bugwellentheorie“ - § 17 Abs. 2 InsO; § 64 S. 1 GmbHG

Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (so genannte Passiva II) einzubeziehen. Anderenfalls würde dem Schuldner ermöglicht, mit neu hinzukommenden Mitteln lediglich Altverbindlichkeiten zu begleichen und damit eine unter Umständen erhebliche Unterdeckung dauerhaft vor sich herzuschieben, die am Ende des Dreiwochenzeitraums sogar noch größer sein könnte als zu Beginn.

BGH, Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16, ZInsO 2018, 381.

Krit. zu der „Bugwellentheorie“ Gehrlein, ZInsO 2018, 354, 361, sowie Bittmann, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 11 Rn. 92 f. S. im Übrigen ablehnend bereits Krauß, ZInsO 2016, 2361. Der 1. Strafsenat hatte die Bugwellenrechtsprechung aus strafrechtlicher Sicht bereits verworfen, vgl. BGH, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, ZInsO 2013, 2107 m. Anm. Richter, NZWiSt 2014, 34. Speziell zu der Entscheidung unter strafrechtlichen Aspekten s. Brand, ZInsO 2018, sowie Richter, ZWH 2018, 124. ZU den zivilrechtlichen Implikationen s. Mylich, ZIP 2018, 514, Münnich, GmbHR 2018, 306, sowie Hölten, jurisPR-InsR 8/2018 Anm. 1.

**2. Versicherung des Geschäftsführers über Nichtvorliegen von Bestellungshindernissen unter Einschluss - § 6 GmbHG**

Bei der Anmeldung der Gesellschaft nach § 8 GmbHG oder einer Änderung in der Person des Geschäftsführers nach § 39 GmbHG muss sich die Versicherung des Geschäftsführers seit dem 12.04.2017 auch auf die neuen Tatbestände des § 265c StGB (Sportwettenbetrug) und des § 265d StGB (Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) beziehen. Einer besonderen Erwähnung des § 265e StGB bedarf es dagegen nicht.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.01.2018, 12 W 126/17, ZInsO 2018, 824. Zu der abzulehnenden Entscheidung s. kritisch Hippeli, jurisPR-HAGesR 2/2018 Anm. 5 sowie Wachter, GmbHR 2018, 311.

## Internationales

### Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA, und Rechtsanwaltsanwärtlerin Mag. Katharina Satish, alle Wien

## Länderbericht Österreich

### I. Aktuelle Judikatur

**1. § 32 Abs 2 StGB (§ 201 StGB; § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO)**

Doppelverwertungsverbot

Die erschwerende Berücksichtigung der Tatbegehung durch den Einsatz aller drei Nötigungsmittel der Vergewaltigung verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, weil bei einem alternativen Mischtatbestand die Erfüllung mehr als nur einer der Alternativen nicht die Strafbarkeit bestimmt.

OGH 5.4.2017, 15 Os 4/17b (LG St. Pölten 20 Hv 7/16t) EvBl 2017/108; AnwBl 2017/142

**2. § 213 Abs 3 StPO (§ 56 Abs 1 und 3 StPO; Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK)**

Kein Einfluss mangelnder Übersetzung der Anklageschrift auf Einspruchsfrist

Einem Beschuldigten, der die Verfahrenssprache nicht spricht oder versteht, ist die Anklage grundsätzlich (zu den möglichen Ausnahmen siehe § 56 Abs 5 StPO) schriftlich zu übersetzen, soweit dies zur Wahrung der Verteidigungsrechte und eines fairen Verfahrens erforderlich ist. In Ansehung der gebotenen sofortigen Zustellung der von der Staatsanwaltschaft in der Staatssprache Deutsch einzubringenden Anklageschrift an den verhafteten Angeklagten differenziert § 213 Abs 3 StPO nicht danach, ob dieser der Gerichtssprache hinreichend mächtig ist oder nicht. Da die Verteidigungsrechte des verhafteten Angeklagten durch die zwingend vorgesehene Zustellung der Anklageschrift auch an seinen Verteidiger geschützt werden, ist in diesem Fall die Zustellung der Anklage in deutscher Sprache (fristauslösend) rechtswirksam.



OGH 5. 4. 2017, 13 Os 17/17d EvBl-LS 20 17/123; AnwBl 2017/143

### 3. § 258 Abs 1 StPO (§ 12 Abs 2, § 252 Abs 1 StPO)

„Vorhalte“ gegenüber Zeugen sind Verlesungen nach § 252 StPO

Wird einer Zeugin ihre im Ermittlungsverfahren getätigte Aussage bei ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung „vorgehalten“, kommt diese in der HV vor, sodass darauf iSd § 258 Abs 1 StPO Rücksicht genommen werden darf.

OGH 5.4.2017, 15 Os 21/17 b EvBl- LS 2017/131; AnwBl 2017/146

### 4. § 53 Abs 1 und 2 FinStrG (§ 33 Abs 5 FinStrG)

Der strafbestimmende Wertbetrag ist eine außerhalb des jeweiligen Tatbestands gelegene reine Rechengröße, auf deren Höhe sich der Vorsatz nicht erstrecken muss. Für die originäre Gerichtszuständigkeit nach § 53 Abs 1 und 2 FinStrG ist daher nicht von Bedeutung, ob der Tätervorsatz einen die Zuständigkeitsgrenze übersteigenden, strafbestimmenden Wertbetrag umfasste; maßgeblich ist vielmehr dessen tatsächliche Höhe. Allerdings entspricht diese nicht in jedem Fall der des Verkürzungsbetrags. Nach § 33 Abs 5 zweiter Satz FinStrG umfasst der strafbestimmende Wertbetrag vielmehr nur jene (hier Abgabebeträge, deren Verkürzung iZm den Unrichtigkeiten bewirkt wurde, auf die sich der Vorsatz des Täters bezieht.

OGH 13.3.2017, 13 Os 94/16x EvBl 2017/90; AnwBl 2017/113

### 5. § 126 Abs 5 StPO (§ 106 Abs 1 StPO; Art 6 MRK)

Einfluss von Beschuldigten auf Sachverständigenbestellung

Der Beschuldigte hat kein subjektives Recht auf Entscheidung über seinen Vorschlag einer besser qualifizierten Person und keinen grundrechtlich abgesicherten Anspruch auf Begründung, weshalb eine solche Person nicht zum Sachverständigen bestellt wurde.

OGH 6.3.2017, 17 Os 19/16x EvBl 2017/91; AnwBl 2017/114

### 6. § 34 Abs 1 Z 2 StGB (§ 35 Abs 9 SMG; Art 6 Abs 2 MRK)

Vorläufiger Rücktritt hindert Unbescholtenheit nicht

Die Rechtsansicht, ein vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft nach § 35 Abs 9 SMG hindere per se die Annahme eines ordentlichen Lebenswandels und demzufolge des besonderen Milderungsgrundes des § 34 Abs 1 Z 2 StGB, ist verfehlt. Damit wird dem Angeklagten nämlich der Sache nach ein gerichtlich strafbares Verhalten ohne gesonderten Schuldnachweis (Art 6 Abs 2 MRK) nachteilig zugerechnet und solcherart beim Ausspruch über die Strafe eine für die Strafbemessung maßgebende entscheidende Tatsache offenbar unrichtig beurteilt.

OGH 5.4.2017, 13 Os 24/17d EvBl-LS 2017/132; AnwBl 2017/147

### 7. § 4 Abs 2 FinStrG (§ 61 StGB)

Günstigkeitsvergleich im Finanzstrafverfahren

Nach § 4 Abs 2 FinStrG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung des Gerichts erster Instanz geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Bei dem anzustellenden Günstigkeitsvergleich ist die jeweilige Rechtslage in ihrer Gesamtauswirkung zu betrachten. Es sind also nicht nur die angedrohten Strafen oder einzelne Sanktionselemente einander gegenüberzustellen, sondern auch alle Bestimmungen über den Entfall, die Einschränkung oder die Erweiterung der Strafbarkeit in den Vergleich einzubeziehen.

OGH 5.4.2017, 13 Os 9/17y EvBl 2017/115; AnwBl 2017/145

### 8. § 192 Abs 1 Z 1 StPO

Einstellung; mehrere Straftaten; Zweckmäßigkeit

§ 192 Abs 1 Z 1 StPO (Einstellung bei mehreren Straftaten) ist Ausfluss des Opportunitätsprinzips. Die Staatsanwaltschaft hat im Rahmen einer Zweckmäßighkeitsabwägung dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung die Prozessökonomie gegenüberzustellen und anhand einer Grobprüfung eine Prognose vorzunehmen, ob mit allfälligen strafrechtlichen Reaktionen auf von einer Anklage umfasste Taten general- und spezialpräventiven Erfordernissen bereits hinreichend entsprochen würde.

OGH 5.4.2017, 13 Os 11/17t; RIS-Justiz RS0131511; ZWF 2017/66

## 9. §§ 12, 153, 302 StGB

Untreue; Machthaber; zivilrechtlich gültige Zustimmung

Gesellschafter einer GmbH sind gegenüber deren Geschäftsführern weisungsbefugt (§ 20 Abs 1 GmbHG). Deren Befugnismissbrauch kann ausgeschlossen sein, wenn die Gesellschafter ihrer (die Gesellschaft schädigenden) Vertretungshandlung wirksam zugestimmt haben. Dafür genügt die bloße Weisung durch einzelne (Minderheits-)Gesellschafter jedenfalls nicht. Ist (wie hier) einzige Gesellschafterin der GmbH eine AG, werden deren Gesellschafterrechte durch ihren Vorstand wahrgenommen. Dessen Weisung (oder Zustimmung) gegenüber den Geschäftsführern (als Repräsentanten sowohl der GmbH als auch der GmbH & Co KG) kann genügen, um einen Befugnismissbrauch (auf Ebene der Tochtergesellschaft[en]) auszuschließen.

Dass (bloß) Kollektivvertretungsbefugte - im Verhältnis zum vertretenen Machtgeber (hier: der Muttergesellschaft) - auch einzeln Untreue begehen können und die (zivilrechtliche) Anfechtbarkeit oder Ungültigkeit einer Rechtshandlung (hier: „Weisung“ des Vorstandsmitglieds) für deren Beurteilung als Untreue bedeutungslos ist, steht dem Erfordernis zivilrechtlicher Gültigkeit für die Wirksamkeit einer von organschaftlichen Vertretern der Muttergesellschaft gegenüber den Organen der Tochtergesellschaft erklärten (somit allenfalls deren Befugnismissbrauch ausschließenden) Zustimmung nicht entgegen.

Der Tatbestand des § 153 StGB ist nur verwirklicht, wenn der Machtgeberin der Vermögensschaden unmittelbar durch die unter Missbrauch der Vertretungsbefugnis gesetzte Handlung des Machthabers - und nicht etwa (erst) durch zusätzliche Handlungen des Vertretenen (Machtgebers) oder eines Dritten - entstanden ist.

OGH 4. 7. 2017, 11 Os 126/16 p; RIS-Justiz RS0J30418; ZWF 2017 / 69

## 10. § 20 StGB; § 442 StPO

Verfall; Betrag

Der Verfall kann auch von Amts wegen ausgesprochen werden. Es besteht keine betragsmäßige Bindung des Gerichts an den Antrag der Staatsanwaltschaft.

OGH 4.7.2017, 14 Os 33/17; RIS-Justiz RS0131562; ZWF 2017/70

## 11. § 165 idF BGBl 2013/116

Geldwäsche; Vortat; Vorsatz

Der auf die deliktische Herkunft des Tatobjekts bezogene Vorsatz kann auf den sachverhältnismäßigen Eindruck reduziert sein, dass der Vermögensbestandteil aus einem Vermögensdelikt herrührt (oder stammt), das eine ein Jahr übersteigende Strafdrohung aufweist. Dabei muss sich der Täter jener Umstände bewusst sein, die aufgrund ihres besonderen Gewichts und ihrer sozialen Bedeutung die Vortat einer strengeren Strafe unterwerfen. Details der Vortat oder deren rechtliche Subsumtion müssen ebenso wenig vom Vorsatz umfasst sein wie die Identität des Vortäters. Tatsächliche Irrtümer über die Tat sind unwesentlich, solange aus dem vorhanden gewesenen Vorstellungsinhalt (rechtlich) ableitbar ist, dass die angenommene Vortat deliktstauglich ist.

OGH 23. 8. 2017, 15 Os 55/17b; RIS-Justiz RS0131622; ZWF 2017 /73

## 12. § 28a FinStrG

Interessenkollision bei Verteidigung des Verbandes

Im Fall des Einschreitens eines Wahlverteidigers besteht bei bewusst eingegangener Interessenkollision auch keine Pflicht des Gerichts, für den belangten Verband eine andere Vertretung zu bewirken (§ 16 Abs 2 VbVG; vgl dazu auch Hilf/Zeder in Höpfel/ Ratz, WK StGB<sup>2</sup>, § 16 VbVG Rz 7 und 10).

OGH 6.9.2017, 130 s 64/17m; ZWF 2017/74

### 13. § 33 FinStrG

Verdeckte Ausschüttung bei Diebstahl des Gesellschafter-Geschäftsführers

Der Diebstahl des Gesellschafter-Geschäftsführers ist aufgrund seiner Organstellung der Gesellschaft zuzurechnen. Aufgrund der Annahme eines Diebstahls ist offenkundig von einem Bereicherungsvorsatz auszugehen und damit jedenfalls auch von einem Wissen und Wollen einer Vorteilszuwendung. Dabei ist es für die Beurteilung der subjektiven Voraussetzung einer verdeckten Ausschüttung zulässig, aus den Umständen des betreffenden Falls auf die Absicht der Vorteilsgewährung zu schließen.

VwGH 1. 6. 2017, Ra 2016/15/0059; ZWF 2017/75

### 14. § 38 FinStrG

Entgelt für Tatbeitrag kein abgabenrechtlicher Vorteil iSd § 38 FinStrG

Vermögensbestandteile, die der unmittelbare Täter und Abgabenschuldner einem Beitrags-täter als Entgelt für seine Tatbeiträge zukommen lässt, bedeuten für sich selbst keinen abgabenrechtlichen Vorteil iSd § 38 FinStrG, auch wenn sie aus seiner Steuerersparnis herrühren.

OGH 6.9.2017 13 Os 5/17k; ZWF 2017/77

### 15. § 427 Abs 1 StPO (§ 281 Abs 1 Z 3 StPO)

Abwesenheitsurteil

Hatte der Angeklagte keine Gelegenheit, zum zeitlich über den schriftlichen Strafantrag hinausgehenden Vorwurf der Verletzung der Unterhaltungspflicht Stellung zu nehmen, ist ein Abwesenheitsurteil unzulässig.

OGH 6. 4. 2017, 12 Os 27/ 17 p, 42/17 v (BG Bregenz 6 U 144/1 5h ) EvBI 2017/ 121; AnwBI 2018/9

### 16. § 115 Abs 1 StGB (Art 10 EMRK)

Maßlose Beleidigung ist keine politische Kritik

Auch gegenüber Politikern sind (Un-)Werturteile ohne (einzelfallbezogen) hinreichendes Tatsachensubstrat, Wertungsexzesse oder formale Ehrenbeleidigungen vom Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nicht gedeckt. Solcherart ist der Persönlichkeitsschutz von Politikern zwar insofern eingeschränkt, als die Grenzen der zulässigen Kritik bei ihnen weiter gezogen sind als bei Privatpersonen, die Grenze ist aber dort zu ziehen, wo unabhängig von den zur Debatte gestellten politischen Verhaltensweisen die persönliche Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht. Auch in einer heftigen politischen Auseinandersetzung vorgebrachte Äußerungen haben daher, gemessen am Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nach Art 10 EMRK, stets einem Minimum an Mäßigung zu entsprechen, insbesondere weil auch das Ansehen eines umstrittenen Politikers den von der EMRK gewährleisteten Schutz genießt.

OGH 5. 4. 2017, 15 Os 128/16 m, 129/16 h EvBI-LS 2017/139; AnwBI 2018/10

### 17. § 153 Abs 1 StGB (§ 5 Abs 3, § 14 Abs 1 zweiter Satz StGB)

Beitrag zur Untreue

Beim Sonderpflichtdelikt der Untreue hängt das Unrecht der Tat von einem „Missbrauch“, also einem vorsätzlichen Fehlgebrauch einer Befugnis durch den Intraneus (den Machthaber) ab. Während dessen Strafbarkeit - in subjektiver Hinsicht - Wissenslichkeit in Ansehung des Befugnisfehlgebrauchs erfordert, muss es ein extraner (hier: Beitrags-) Täter für gewiss

halten, dass der Machthaber die ihm eingeräumte Befugnis zumindest bedingt vorsätzlich missbraucht [gemeint: fehlgebraucht].

OGH 25. 4. 2017, 11 Os 11/17b EvBI 2017/129; AnwBl 2018 /13

## 18. § 228 Abs 1 StPO (§ 229 Abs 4, § 281 Abs 1 Z 3 StPO)

Urteilsverkündung ist Teil der Hauptverhandlung

Der OGH bezieht die auf die Hauptverhandlung zielenden nichtigkeitsbewehrten Verfahrensgarantien auch auf die Urteilsverkündung. Demgemäß ist die zwingende gesonderte Anordnung des § 229 Abs 4 StPO dahin zu verstehen, dass deren Verletzung als Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der „Hauptverhandlung“ zu sehen ist und solcherart Urteilsnichtigkeit nach § 228 Abs 1 StPO zur Folge hat.

OGH 17. 5. 2017, 13 Os 20/17s EvBI-LS 2017/148; AnwBl 2018/15

## II. Prozessabsprachen in Österreich

Die Absprache

Das Phänomen der Absprache hat einige Bezeichnungen, wie zB „Verständigung“, „Deal“ oder „plea bargaining“. Es geht dabei um Vereinbarungen zwischen den Verfahrensbeteiligten, also dem Gericht bzw der Staatsanwaltschaft einerseits und der Verteidigung andererseits.

In Österreich gibt es keine gesetzliche Regelung, die verfahrensbeendende Absprachen explizit für unzulässig erklärt. Tatsächlich finden Urteilsabsprachen in der österreichischen Rechtsordnung überhaupt keine Erwähnung.

Der OGH lehnt Urteilsabsprachen jedenfalls als unzulässig ab, da sie dem Gebot der materiellen Wahrheitsfindung widersprechen. Er hat in seiner Entscheidung vom 24.8.2004<sup>1</sup> der Praxis von Absprachen in Strafverfahren eine eindeutige Absage erteilt und die Beteiligung an Absprachen sogar für strafbar erklärt.

Absprachen verletzen weitere wesentliche Grundsätze der österreichischen Strafprozessordnung, wie das Amtswegigkeitsprinzip, das Legalitätsprinzip, das Prinzip der Öffentlichkeit und Mündlichkeit, sowie jenes der Unschuldsvermutung.

Die österreichische StPO kennt allerdings Instrumente, die einer Absprache ähnlich sind, wie die Diversion (§§ 198 ff StPO), die große Kronzeugenregelung (§ 209a StPO) und das Mandatsverfahren (§ 491 StPO). Alle diese Instrumente bewirken eine starke Verkürzung des Strafverfahrens durch Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und sind, wenn ihre tatbestandsmäßigen Voraussetzungen gegeben sind, zulässig.

Eine explizite Regelung für verfahrensbeendende Absprachen zu schaffen, die die Schuld und Strafe betreffen steht in Österreich schon lange zur Diskussion. Sollte sich der österreichische Gesetzgeber für eine gesetzliche Regelung entscheiden, so gilt es ein Gleichgewicht zu schaffen zwischen allen Verfahrensbeteiligten, das sowohl dem Prinzip der Transparenz und Öffentlichkeit gerecht wird, als auch einer allfälligen Missbrauchsgefahr entgegenwirkt. Um den Verdacht der unzulässigen „Heimlichtuerei“ oder der Kabinettsjustiz zu beseitigen, müssen die Verständigung und besonders das Ergebnis einer Absprache transparent sein, indem die Absprache spätestens in der Hauptverhandlung öffentlich gemacht wird. Weiterhin hat der Angeklagte vom Richter über die Konsequenzen und die Reichweite der Verständigung belehrt zu werden. Der Angeklagte darf niemals zum Abschluss einer Vereinbarung verpflichtet werden und darf nicht benachteiligt werden, falls er eine solche Vereinbarung ablehnt.

Böckemühl/Kier sprechen sich in ihrem „Plädoyer gegen die Kodifizierung einer ‚StPO light‘ in Österreich“ gegen eine gesetzliche Regelung hinsichtlich Prozessabsprachen aus. Der Druck auf den Beschuldigten/Angeklagten könne nämlich nicht nur durch Staatsanwaltschaft und Gericht, sondern auch durch seinen eigenen Verteidiger entstehen. Denn das Erzielen eines guten Deals werde - und daran könne auch das beste Gesetz wenig ändern -

<sup>1</sup> OGH 24.8.2004, 11 Os 77/04 (EvBI 2005/64)

von den persönlichen Beziehungen des Verteidigers mit der Staatsanwaltschaft bzw dem Gericht abhängen<sup>2</sup>.

Befürworter halten dem entgegen, dass gerade der rechtsfreie Raum Platz für solche Schulderschlüsse gebe und es daher sinnvoll wäre, eine gesetzliche Regelung einzuführen, die gleiche Bedingungen für alle Angeklagten schaffen würde und Beziehungen nicht mehr der ausschlaggebende Punkt wären.

Zu bedenken ist, dass es zu einem weiteren Auseinanderklaffen zwischen Geständigen und Nichtgeständigen kommt. Derjenige Angeklagte, der auf der Durchführung eines umfangreichen Beweisverfahrens besteht, könnte weit stärker bestraft werden als derjenige, der sich sofort dem staatsanwaltschaftlichen/richterlichen Druck unterwirft. Damit würde die Strafe des Angeklagten, der seine Unschuld (letztlich erfolglos) unter Beweis stellen möchte, eine ungerechte im Verhältnis zum Dealenden.

Einen weiteren Kritikpunkt sehen Böckemühl/Kier in der „Klassenjustiz“. Bei besonders komplizierten Wirtschaftsstrafverfahren können sich die Angeklagten meist mehrere Verteidiger leisten und so das Verfahren in die Länge ziehen sowie den Milderungsgrund des § 34 Abs 2 2 StPO letztlich „erwirtschaften“. Ihr Geständnis und ihr Beweisverfahrensverzicht ist daher viel wertvoller als bei Angeklagten mit weniger komplizierten Sachverhalten und führt daher zu einer, einer „Klassenjustiz“ nahekommenden, Strafreduktion. Gäbe es folglich für Arme und Reiche keine Möglichkeit des Beweisverfahrensverzichts, sei das Ergebnis weitaus gerechter.<sup>3</sup>

Außerdem ist der Gedanke befremdlich, dass gerade Staatsanwälte und Richter, eben jene Berufsgruppe, die aus ihrem Selbstbildnis heraus das Kontrahieren des Staates mit mutmaßlichen Rechtsbrechern ablehnt, dazu verpflichtet werden sollten.

Dies entspricht auch der Rechtsmeinung des OGH, der sich in einem obiter dictum in der Entscheidung zu 11 Os 77/04 ganz klar gegen Absprachen ausgesprochen hat: *„Derartige ‚Absprache‘ - die sich bereits vom Ansatz her mit den auf eine mögliche Diversion gerichteten, gesetzlich determinierten Verfahrensschritten nicht vergleichen lässt - ist schon wegen des ersichtlichen Verstoßes gegen § 202 erster und zweiter Fall StPO, vor allem aber wegen des eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechtes, namentlich jenem zur - ein Kontrahieren des Gerichtes mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden - Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen und kann die Beteiligten disziplinarer (§ 57 RDG) und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (§ 302 StGB) aussetzen“.*

In einer weiteren Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2010 wiederholt dieser die Unzulässigkeit von Prozessabsprachen und führt ferner aus: *„Eine vom Richter eingehaltene Prozessabsprache dieser Art - die mit dem System des liberalen Strafprozesses auch deshalb nicht vereinbar ist, weil sie sich auch im Fall von Rechtsprechung oder Gesetzgeber verlangter Dokumentation einer Kontrolle entzieht - stellt demnach einen Wiederaufnahmegrund dar (§ 353 Z 1 StPO).“<sup>4</sup>* Der OGH macht in diesem Urteil ua auf die Problematik der Nichteinhaltung von Absprachen durch den Angeklagten aufmerksam: Entscheidet sich der Angeklagte trotz Absprache zwischen Verteidiger und Gericht dagegen ein Geständnis abzulegen, hätte der Angeklagte nämlich kaum Sicherheit und Rechtsschutz. Der OGH stellt klar, dass die Absprache daher einen Wiederaufnahmegrund darstellt, wenn dargetan werden kann, dass eine Verurteilung durch Bestechung oder eine sonstige Straftat einer dritten Person (hier der Vorsitzende) veranlasst worden ist.

*„Die erste und zentralste Voraussetzung zur Abschaffung des Absprachewesens ist somit eine konkret nachvollziehbare Strafbemessung einer - gegenüber der ersten Instanz - inhaltlich kritischen Rechtsmittelinstanz. Bekommen die Verteidiger den Eindruck, dass die Rechtsmittelinstanzen ohnehin sämtliche Strafaussprüche der ersten Instanz „halten“ bzw. maximal im Zuge einer Strafberufung der Staatsanwaltschaft die Strafe hinaufsetzen, so entsteht daraus der Drang, alles in erster Instanz klarzumachen.“<sup>5</sup>*

<sup>2</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 402.

<sup>3</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 412, 413.

<sup>4</sup> 13 Os 1/10m.

<sup>5</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 404.

Wenn also der Verteidiger seinem Mandanten konkret sagen kann, was sein Geständnis in diesem Fall wert sein wird muss er nicht zu einer Verständigung greifen.

Man sieht, es gibt einige Argumente für und gegen eine gesetzliche Implementierung von Prozessabsprachen. Die Diskussion bleibt also spannend.

## Rezensionen

### Eigentums- und Vermögensstrafrecht

---

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Reßlau

## Löwer, Steffen: Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise – Eine Analyse der Rolle des Strafrechts vor und zu Zeiten der Krise anhand der zentralen Norm des § 266 StGB

**Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrecht, Band 306, Berlin 2015, 299 S., 71,90 Euro.**

I. Ein flammendes Plädoyer für ein freiheitliches Strafrecht: Welche Freude! Die Fahne der Orientierung an der Entfaltung des Individuums hochzuhalten ist gerade in den wieder modern werdenden punitiven Zeiten so wichtig, einerlei ob gegen Tendenzen zur Funktionalisierung des Strafrechts wie in der EU und in Deutschland oder gar zwecks Ausschaltung politisch oder ideologisch Andersdenkender wie in einer viel zu großen Anzahl von Staaten auf der Welt. Löwer, ganz Frankfurter Schule, erklärt, warum von abstrakten Gefährdungsdelikten nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden sollte: Kollektive Rechtsgüter seien notwendig sowohl allgemein als auch im Vorfeld von *Verletzungen* rechtlich geschützter Substanz angesiedelt und damit vom Individualschutz weit entfernt. Sie verböten grundrechtlich abstrakt (nicht: erlaubtes, sondern) anerkanntes und geschütztes Handeln auch dort, wo keinem Individuum wirklich Gefahr drohe.

Darüber kann man diskutieren – wissenschaftlich oder politisch-populär. Der von Löwer gespannte Bogen von der Rechtsgeschichte, über die allgemeinen Strafrechtstheorien und das Verständnis des Wirtschaftsstrafrechts bis hin zu den Tiefen der business judgement rule ebenso wie der MaRisk und wieder zurück zur freiheitssichernden Funktion des Strafrechts bleibt über weite Strecken cursorisch, benennt Themen, auch Argumente, vermag aber in seiner Vielfalt Lösungen nicht rechtswissenschaftlich zu begründen. Ob man Löwer folgt oder widerspricht, bleibt daher weitgehend Geschmacksache. Das ist in dem Maße bedauerlich, wie einem die Ergebnisse zusagen. Unstimmigkeiten wie *Parteien* des Strafverfahrens (S. 105) oder die Verknüpfung von öffentlichem Zweck und Pflichtwidrigkeit (S. 144) trotz Betonung des rein vermögensschützenden Zwecks des § 266 StGB (z.B. S. 96 und 100) wären vermeidbar gewesen.

II. Nach eher allgemeinen Ausführungen zum *Strafrecht* nähert sich Löwer seinem Thema mit der Frage, ob es ausreichend *Präventivpotential* aufweist, um Banken und andere Unternehmen vor den Risiken einer Krise zu bewahren. Nach Anführen von Argumenten pro und contra hält er das mittels (bei white-collar-crime: wirksamer) Abschreckung für möglich. Seine Folgefrage lautet, ob eher unbestimmte oder doch vor allem konkrete Strafnormen zu legalem Handeln anleiten würden. Letzteres legte Löwer dem weiteren Fortgang seiner Arbeit zugrunde.

1. Die Zentralnorm des § 266 StGB habe vor dem 23.6.2010 keine ausreichende Bestimmtheit aufgewiesen – und habe damit zum Umfang der Folgen der Krise beigetragen. Seit der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts sei dies nun jedoch anders, so dass

die Führungsetagen jetzt wüßten, was sie dürften und was nicht. Auch das der Präventivwirkung entgegenstehende Verständigungspotential des § 257c StPO stehe diesem Befund nicht entgegen, wohl aber die unzureichende Ausstattung der Justiz.

2. Im Anschluß an diese strukturellen Überlegungen wendet sich *Löwer* dem zentralen Teil seiner Arbeit zu, der Anwendbarkeit des § 266 StGB auf Gefährdungen, denen Geldinstitute und deren Verantwortliche während der Finanzkrise ausgesetzt waren. Dazu schildert er die wesentlichen Sachverhalte (Sachsen LB, Bayern LB, WestLB, IKB, LBBW und HSH Nordbank, auch HRE). Er spiegelt die Ergebnisse dreier umfangreicher Untersuchungen (von *Schünemann*, *Kasiske* und *Bermel*) und gelangt mit ihnen (bei Abweichungen aller im Detail) für Vorstände, Aufsichts- und Verwaltungsräte zur Anwendbarkeit von § 266 StGB auf die jeweiligen Geschehnisse, natürlich nur vorbehaltlich der jeweiligen konkreten Umstände und Rollen der Verantwortlichen, die sich nicht abstrakt, sondern nur anhand der Akten wirklich beurteilen ließen. *Löwers* Ausführungen halten sich dabei auf bekanntem Terrain ohne tiefergehende dogmatische Auseinandersetzungen.

III. Auf der Basis der zukünftig ausreichenden Präventivkraft des § 266 StGB prüfte *Löwer*, ob der Grundsatz, viel helfe viel, auch für das Strafrecht gelte. Das verneint er allgemein unter Darlegung seiner Sympathie für ein freiheitssicherndes Strafrecht. Konkret weist er auf Überlegungen hin, § 283 Abs. 6 StGB, die Strafbarkeitsbedingungen (Zahlungseinstellung, Insolvenzeröffnung oder Abweisung mangels Masse) im Fall der Rettung aus öffentlichen Mitteln für unanwendbar zu erklären. Zudem wendet er sich den neuen Bestimmungen der §§ 54a KWG und 142 VAG zu und lehnt sie als zu unbestimmt bzw. erst von der Exekutive, dem BaFin, kompetenzwidrig bestimmbar und deshalb ab, weil immer zugleich auch § 266 StGB einschlägig wäre. Allerdings gesteht er dem Gesetzgeber zu, auch mittels Strafrechts auf neue freiheitsgefährdende Phänomene reagieren zu dürfen. Es wäre schön gewesen, hätte er die Sinnhaftigkeit der erwogenen Modifikation des § 283 StGB unter seinen Prämissen geprüft.

IV. *Löwers* Fazit lautet:

Strafrecht ja, aber in Maßen.

Weil § 266 StGB seit dem 23.6.2010 auch Banken und andere Unternehmen domestiziert, bedarf es keines Mehr an Strafrecht.

Darüber lässt sich reden. *Löwer* hat den Rahmen einer rechtlichen Beurteilung der Wirtschafts- und Finanzkrise skizziert – ihre detaillierte rechtswissenschaftliche Aufarbeitung steht jedoch weiterhin aus.

### Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, Köln

## Marcus Loose: Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB

**Duncker & Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 275, Berlin 2017; 259 S., 74,90 Euro**

I. Der § 266a StGB spielt nicht nur in der beruflichen Praxis des im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts tätigen Juristen eine gewichtige Rolle, er ist auch Gegenstand einer intensiven rechtswissenschaftlichen Debatte. Obgleich das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen (Abs. 1) und das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen (Abs. 2) zur Sozialversicherung häufig „Hand in Hand“ gehen, wird die im Jahr 2004 eingeführte Regelung des § 266a Abs. 2 StGB im bisherigen Schrifttum allerdings eher „stiefmütterlich“ behandelt. Auch die höchstgerichtliche und obergerichtliche Judikatur hierzu ist bisher recht übersichtlich. Die Arbeit von *Loose* bemüht sich erstmalig um eine monographische Untersuchung und Aufarbeitung der vielfältigen Anwendungsprobleme dieser aus Sicht vieler Kritiker „alles andere als glücklichen“ (so etwa *Rönnau/Kirch-Heim*, *wistra* 2005, 321, 326) Vorschrift.

II. In der Einleitung seines Werkes führt der Autor den Leser in die Thematik ein und zeigt den Gang seiner Untersuchung auf (S. 21 ff.). Er erläutert, dass der Gesetzgeber die neue Regelung des § 266a Abs. 2 StGB strukturell an den § 370 Abs. 1 AO angelehnt habe, der ein über das schlichte Nichtzahlen hinausgehendes Unrechtselement verlange. Das Tatbestandsmerkmal des „Vorenthaltens“ von Beiträgen sei hingegen aus § 266a Abs. 1 StGB übernommen worden – anstatt auf ein „Verkürzen“ im Sinne von § 370 Abs. 1 AO abzustellen. Seine Untersuchung widme sich der Fragestellung, ob die hieraus resultierenden Auslegungs- und Anwendungsprobleme *de lege lata* zu lösen oder nur durch eine Gesetzesreform zu beheben seien.

III. Im ersten Teil der Arbeit (S. 25 - 65) erfolgt zunächst eine Darstellung der Entstehungsgeschichte sowie der gesetzgeberischen Beweggründe für die konkrete Ausgestaltung des § 266a Abs. 2 StGB. Loose beleuchtet die Rechtslage vor der Neufassung der Vorschrift (S. 25 ff.) und den nur lückenhaften Schutz der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung durch § 263 Abs. 1 StGB (S. 27 ff.).

Durch die neu geschaffene gesonderte Strafandrohung für das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen würden diese Lücken teilweise geschlossen, allerdings noch kein umfassender Schutz des Sozialversicherungsaufkommens herbeigeführt (S. 31 ff.). Grund hierfür sei zum einen die Anlehnung an § 370 Abs. 1 AO; das deutsche Strafrecht kenne keine Strafbewehrung der schlichten Nichtbezahlung eigener Verbindlichkeiten, weshalb nur bei Hinzutreten besonderer unrechtsqualifizierender Elemente eine strafrechtliche Ahndung möglich sei (S. 31 - 40). Zudem werde durch die in § 111 Abs. 1 S. 2 SGB IV und § 209 Abs. 1 S. 2 SGB VII verankerte sog. „Putzfrauenklausel“ der Anwendungsbereich des § 266a Abs. 2 StGB eingeschränkt. Wegen der kürzlichen Änderung des Rentenversicherungsrechts sei in den betreffenden Konstellationen aber nunmehr regelmäßig § 266a Abs. 1 StGB anwendbar, so dass bei Verstößen zumindest keine gänzliche Straffreiheit gegeben sei (S. 41 - 54).

Auch durch den Vorrang des § 266a StGB als Spezialtatbestand gegenüber § 263 StGB werde der erreichte umfassendere Schutz des Sozialversicherungsaufkommens nicht in Frage gestellt, da eine Qualifikation im Falle gewerbsmäßigen Handels verzichtbar (S. 58 - 61) und ein Rückgriff auf §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB nicht versagt sei, um auch den bloßen Versuch mit Strafe zu ahnden (S. 55 - 57).

Zum Abschluss des ersten Hauptteils unterbreitet der Autor einen Reformvorschlag für eine alternative Ausgestaltung des § 266a StGB. Eine einheitliche, strukturell an § 370 Abs. 1 AO angelehnte Regelung solle sowohl das betrugsähnliche Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen als auch von Arbeitgeberbeiträgen erfassen. Diese solle durch einen Ordnungswidrigkeitentatbestand ergänzt werden, der das schlichte Nichtabführen von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung erfasst (S. 63 - 65). Das überzeugt nicht nur wegen des Hinweises auf die Rechtslage im Steuerstrafrecht. Beispielsweise zwischen der gezielten Verschleierung illegaler Beschäftigung und der bloßen Nichtabführung oder nicht rechtzeitigen Abführung der Beiträge in der wirtschaftlichen Krise besteht – auch dann, wenn keine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beitragsabführung anzunehmen ist – ein erheblicher qualitativer Unterschied. Strafrecht muss *ultima ratio* bleiben.

IV. Im zweiten Teil des Werkes bietet der Autor einen „Überblick über den Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB“ (S. 66 - 113). Das beinhaltet Ausführungen zur praktischen Bedeutung, zum Schutzgut, zum Deliktcharakter und den Tatbestandsvoraussetzungen.

Auch wenn § 266a Abs. 1 StGB in den Statistiken – nicht zuletzt wegen häufig mangelnder Differenzierung – dominiere, sei die praktische Bedeutung des § 266a Abs. 2 StGB nicht zu unterschätzen, zumal die Vorschrift Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sei (S. 66 - 70).

Die Vorschrift sei dem Schutz des Interesses der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Sozialversicherungsaufkommens und des Vermögens der jeweiligen Sozialversicherungsträger zu dienen bestimmt. Nicht zu den Schutzgütern zu zählen seien dagegen die Vermögensinteressen der Arbeitnehmer, der Schutz des Wettbewerbs und die Interessen von Konkurrenten; insoweit entfalte die Vorschrift allenfalls einen bloßen Schutzreflex (S. 70 - 77).

Hinsichtlich des Deliktcharakters stellt der Autor zunächst die unterschiedlichen in der Literatur vertretenen Auffassungen sowie die (nicht ganz eindeutige) Positionierung des Bundesgerichtshofs in seiner bisherigen Rechtsprechung dar, der zuletzt Abs. 2 Nr. 1 als Erfolgs-



delikt und Abs. 2 Nr. 2 als „echtes Unterlassungsdelikt im Sinne eines schlichten Untätigkeitsdelikts“ angesehen habe. Im Anschluss begründet Loose seine Auffassung, dass beide Alternativen als Erfolgsdelikte zu betrachten seien, weil das „Vorenthalten“ sinnvollerweise nur als Erfolg der jeweiligen Hinterziehungshandlung verstanden werden könne. Nr. 1 sei dabei als Begehungsdelikt anzusehen, Nr. 2 hingegen als Unterlassungsdelikt (S. 77 - 86).

V. Den inhaltlichen Schwerpunkt seiner Arbeit hat der Autor den spezifischen Anwendungsproblemen des § 266a Abs. 2 StGB gewidmet, die im dritten Teil der Monographie abgehandelt werden (S. 114 - 233).

Dabei setzt er sich zunächst vertieft mit der Auslegung des Begriffs des „Vorenthalts“ auseinander. Wegen der abweichenden Tatbestandsstruktur könne die herrschende Auffassung zu § 266a Abs. 1 StGB, die dort von einem schlichten Nichtabführen (als Unterlassen ohne Erfolgskomponente) ausgehe, nicht auf Abs. 2 übertragen werden, der einen konkreten Vorenhaltungserfolg voraussetze. Eine „gespaltene“ Auslegung innerhalb des § 266a StGB könne dadurch vermieden werden, dass man auch Abs. 1 als Erfolgsdelikt anerkenne – was auch in Fällen der Bezahlung der Arbeitnehmeranteile durch Dritte und insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verjährung zu sachgerechten Ergebnissen führe (S. 114 - 126).

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre vertritt Loose, dass zwischen dem Taterfolg des Vorenthalts und der Tathandlung ein Kausalzusammenhang (im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel) erforderlich sei. Hiergegen vorgebrachte Beweis- und Rechtsanwendungsprobleme könnten nicht überzeugen, weil in der Praxis der bloße Einwand, dass die Beiträge auch bei Erfüllung der Erklärungspflichten vorenthalten worden wären, regelmäßig als Schutzbehauptung zurückzuweisen sei. Ein vom Bundesgerichtshof für ausreichend erachteter „funktionaler Zusammenhang“, dessen konkrete Gestalt ohnehin weitgehend offenbleibe, sei angesichts des klaren Wortlauts der Norm („dadurch“) abzulehnen. Über einen Kausalzusammenhang hinausgehende zusätzliche Erfordernisse, die teilweise verlangt würden – wie etwa ein „verfügungsadäquates Verhalten“ der Vollstreckungsbehörde oder ein Abstellen auf den Zeitpunkt der „hypothetischen Vollstreckung“ –, seien ebenfalls abzulehnen (S. 126 - 142).

Im Anschluss setzt der Autor sich mit der Fragestellung auseinander, inwieweit die bei Abs. 1 anerkannten (Ausschluss-)Gründe der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit auch auf eine mögliche Strafbarkeit nach Abs. 2 übertragen werden können. Er vertritt die Auffassung, dass allenfalls die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer ordnungsgemäßen Meldung an die Sozialversicherungsträger den Täter ohne weiteres entlasten könne, weil Tathandlung allein die Meldepflichtverletzung sei. Die Unmöglichkeit der Beitragsabführung im Zeitpunkt der Fälligkeit lasse weder die Tathandlung noch den Taterfolg entfallen; es könne dadurch allerdings an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen beiden fehlen, was (entgegen der h.M.) ebenfalls zum Tatbestandsausschluss führe. Dieser könne auch durch die Grundsätze der *„omissia libera in causa* bzw. *omittendo*“ nicht überwunden werden. Insoweit stehe die unterschiedliche Tatbestandsstruktur *de lege lata* einer einheitlichen Lösung in Bezug auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile entgegen, auch wenn eine solche sachgerecht und wünschenswert erscheine (S. 142 - 164).

Überzeugend lehnt Loose es ab, den Verjährungsbeginn an das Erlöschen der Beitragspflicht zu koppeln. Diese von der herrschenden Meinung zu § 266 Abs. 2 Nr. 2 (wie auch zu Abs. 1) vertretene Position führe nicht nur zu einer nicht zu rechtfertigenden Verjährungsdauer von bis zu 35 Jahren, sondern auch zu Wertungswidersprüchen (im Vergleich zum Steuerstrafrecht) und gravierenden Ungleichbehandlungen von Vertretern juristischer Personen und Einzelunternehmern. Da sowohl § 266a Abs. 2 Nr. 1 als auch Nr. 2 als Erfolgsdelikte einzuordnen seien, beginne die Verjährung mit dem vollständigen Eintreten des Vorenhaltungserfolges im Fälligkeitszeitpunkt zu laufen und trete dementsprechend gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre später ein. Wertungswidersprüche könnten dadurch vermieden werden, dass man (entgegen der derzeitigen h.M.) auch § 266a Abs. 1 StGB als Erfolgsdelikt anerkenne, was auch dort zu sachgerechten Ergebnissen bei der Verjährung führen würde (S. 165 - 189).

Zum Abschluss des Hauptteils seiner Arbeit setzt der Autor sich kritisch mit der Selbstanzeige gemäß § 266 Abs. 6 StGB auseinander. Dieser missglückten Regelung verbleibe – insbesondere wegen der strengen Fristen (auch mit Blick auf frühere Beitragsvorenhaltungen) – *de lege lata* in der Praxis faktisch überhaupt kein Anwendungsbereich im Bereich des Abs. 2. Versuche einer erweiternden Auslegung seien deshalb abzulehnen, weil damit die Grenzen

zulässiger Auslegung gesprengt würden, da der Gesetzgeber bewusst strengere Anforderungen als in § 371 AO geschaffen habe. Die beitragsstrafrechtliche Selbstanzeige bedürfe daher einer gesetzlichen Reform; die bislang in der Literatur hierzu unterbreiteten Vorschläge einer an § 371 AO angelehnten Neuregelung seien aber (mit Blick auf eine regelmäßig verbleibende Strafbarkeit nach Abs. 1) abzulehnen. Loose schlägt auch insoweit – wie bei seinem Reformvorschlag für eine alternative Ausgestaltung des § 266a StGB (erster Teil) – eine Differenzierung vor: In Fällen einer betrugsähnlichen Nicht- oder Fehlinformation der Einzugsstelle biete sich eine an § 371 AO angelehnte Regelung an; in Fällen schlichter Nichtzahlung erscheine es dagegen ausgewogen und sachgerecht, der Nachzahlung der vorenthaltenen Beiträge (Var. 1) oder der Anzeige der Nachzahlungsbereitschaft und Nachzahlung innerhalb einer von der Einzugsstelle bestimmten Frist (Var. 2) eine strafbefreiende Wirkung zuzuerkennen. Eine derartige Regelung diene zum einen fiskalischen Interessen und honoriere zum anderen die Rückkehr des Täters in die Beitragsehrlichkeit. Eine ähnliche Regelung existiere bereits im österreichischen Recht (S. 190 - 230).

VI. Die Arbeit von Loose, der die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zu Beginn des Schlussteils noch einmal kompakt zusammenfasst, schließt eine Lücke in der literarischen Aufarbeitung der Anwendungsprobleme des § 266 Abs. 2 StGB. Das mit dem Dissertationspreis der Alfred Teves-Stiftung ausgezeichnete Werk bietet einen guten, auch für den Praktiker hilfreichen Überblick über den aktuellen Stand der Rechtsprechung sowie der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Sowohl bei der Beurteilung der Rechtslage *de lege lata* als auch den Vorschlägen für eine Neuregelung *de lege ferenda* zeigt sich, dass der Autor nicht nur über fundierte rechtstheoretische Kenntnisse verfügt, sondern auch die Auswirkungen und Probleme in der Anwendungspraxis im Blick hat und diesen mit einem guten Gespür Rechnung trägt. Das Werk bietet zudem – etwa im Bereich der Verjährung oder der Selbstanzeige – vielversprechende Ansätze, um auch bei der Anwendung des § 266 Abs. 1 StGB zu sachgerechteren Ergebnissen zu kommen, als dies bei Zugrundelegung der (bisher) herrschenden Meinung der Fall ist. Es bleibt zu hoffen, dass diese Vorschläge und Anregungen auf fruchtbaren Boden fallen.

### Compliance

---

Rechtsanwalt Dr. Lukas Ritzenhoff, Berlin

## **Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis: Internal Investigations, Ermittlungen in Unternehmen, 2. Auflage 2016**

**C.F. Müller, Heidelberg 2016, 1290 S., 144,99 Euro**

Interne Untersuchungen von Unternehmen (in Abgrenzung zu Ermittlungen, die *per definitionem* staatlichen Stellen vorbehalten sind), haben in den letzten Jahren in Deutschland stetig an Bedeutung gewonnen. Dies gilt zunehmend auch vor einem strafrechtlichen Hintergrund, während sie im Bereich der Kartellrechtsverstöße schon seit Langem gang und gäbe sind. Für Unternehmen und ihre Berater stellen sich in internen Untersuchungen zahlreiche rechtliche und praktische Fragen, die in diesem Standardwerk adressiert werden. Die Autoren geben auf über 1200 Seiten einen Überblick über die relevanten Themen, wobei der Schwerpunkt auf einer rechtlichen Beleuchtung aus deutscher Perspektive liegt.

Einleitend wird die zunehmende Bedeutung interner Untersuchungen thematisiert und ihr Ablauf und Nutzen dargestellt. In den folgenden Kapiteln werden zahlreiche (Rechts-) Bereiche behandelt, welche im Rahmen von internen Untersuchungen typischerweise zu beachten sind. Dabei werden nicht nur strafrechtliche und strafprozessuale Fragen behandelt, welche selbstverständlich häufig relevant sind. Vielmehr werden beispielsweise auch datenschutzrechtliche, versicherungsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Themen behandelt. Durch die Breite der behandelten rechtlichen Themen gibt dieses Werk dem Leser daher einen umfassenden Überblick über die Vielzahl von Rechtsgebieten, die in internen Untersuchungen relevant werden können.

Darüber hinaus wird das Werk beispielsweise durch Kapitel zur Projektorganisation, zu praktischen Herausforderungen im Unternehmen und zur Untersuchung und Beweissicherung

ergänzt. Die Behandlung solcher Verfahrensfragen und -abläufe schärft das Bewusstsein für den immensen organisatorischen Aufwand, den eine Untersuchung mit sich bringt. Neben der rechtlichen Einordnung des untersuchten möglichen Fehlverhaltens müssen in einer professionell aufgesetzten internen Untersuchung laufend die zahlreichen rechtlichen „Leitplanken“ beachtet werden. Einige Beispiele sind ein von vornherein festgelegter Untersuchungsrahmen, klare Regeln für das Reporting an die Mandantin und evtl. Behörden sowie hohe Standards für den Schutz von Mitarbeiterrechten (etwa durch den Einsatz individueller Zeugenbeistände bei Befragungen von Mitarbeitern und die Einbindung des Betriebsrats). Nur eine professionell aufgesetzte Untersuchung, die zur Corporate Governance des betreffenden Unternehmens passt, erfüllt die Anforderungen und Erwartungen der zahlreichen Stakeholder.

In der Praxis sind wegen steigender grenzüberschreitender Aktivitäten von Unternehmen nicht nur die deutsche, sondern häufig auch ausländische Rechtsordnungen und vor allem die Wirkungen im Zusammenspiel verschiedener Rechtsordnungen zu beachten. Das Werk trägt diesem Umstand durch ein Kapitel zu „Ermittlungen und Beweissicherung – mit Auslandsbezug und im Ausland“ Rechnung. Wegen der Fülle möglicher Fallkonstellationen würde eine umfassende Behandlung von Untersuchungen mit Auslandsbezug den Rahmen des Werkes sprengen. Dementsprechend zielt das Kapitel vor allem darauf, dem Leser einen Überblick zu verschaffen und ihn dafür zu sensibilisieren, welche Themen relevant werden können und genauerer Überprüfung bedürfen.

Darüber hinaus wird in einem gesonderten Abschnitt des Werkes auf typische materiell-rechtliche Untersuchungsgegenstände eingegangen. Die Besonderheiten für Korruption, kartellrechtliche und steuerliche Verfehlungen, Produkthaftung, Kapitalmarktstraftaten und andere Bereiche werden detailliert abgehandelt. Die Ausführungen zum materiellen Recht stellen einen guten Einstieg in die Sachmaterie dar, ersetzen aber nicht unbedingt den Blick in andere vertiefende Ausarbeitungen und stellen daher vermutlich kein entscheidendes Kaufargument für dieses Werk dar. Teils wird aber – sinnvollerweise – auch jeweils auf verfahrensrechtliche Besonderheiten innerhalb einer entsprechenden internen Untersuchung eingegangen.

Der im Kontext von internen Untersuchungen häufig diskutierte Sanktionstatbestand des § 30 OWiG wird ausführlich behandelt. Naturgemäß wird in dem Werk nicht auf die sich erst in den letzten Monaten intensivierende Debatte dazu eingegangen, ob die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten ausreichend sind. So einigten sich Union und SPD erst im Februar dieses Jahres im Koalitionsvertrag über eine Neuerung des Sanktionsrechts für Unternehmen. Es ist zu erwarten, dass ein neues Verbandssanktionsrecht eingeführt wird, welches die möglichen Sanktionen für Unternehmen deutlich verschärfen könnte. Daneben ist vorgesehen, dass Ermittlungsbehörden dem Legalitätsprinzip entsprechend zukünftig zum Einschreiten und Ermitteln verpflichtet sind, wenn sie Kenntnis von Gesetzesverstößen erlangen. Aktuell haben die Ermittlungsbehörden hier noch ein weites Aufgreifermessen. Daneben sieht der Koalitionsvertrag vor, gesetzliche Vorgaben für interne Untersuchungen zu schaffen. Aktuell gibt es hier vor allem im Bereich von Durchsuchungen und Beschlagnahmen von Unterlagen durch Ermittlungsbehörden Rechtsunsicherheiten, deren Klärung durch das Bundesverfassungsgericht in einem anhängigen Verfahren noch aussteht.

Bei der Regelung eines Verbandssanktionsrechts besteht ein Risiko, dass der Gesetzgeber die derzeit gängige Praxis nicht in hinreichender Weise berücksichtigt und neue Schwierigkeiten für Unternehmen schafft. Auch erscheint fraglich, ob es dem deutschen Gesetzgeber gelingen wird, das Zusammenspiel mit Auslandssachverhalten angemessen zu erfassen und zu berücksichtigen. Insbesondere bei der Beschlagnahme von Unterlagen und bei der Vernehmung von Zeugen können sich zahlreiche Konflikte mit ausländischen Rechtsordnungen ergeben. Beispielsweise ist die Vertraulichkeit von Kommunikation zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten in den USA (legal privilege) weitreichender geschützt als in Deutschland. Andersherum hilft ein Aussageverweigerungsrecht in Deutschland manchmal nicht viel, wenn parallel ausländische Behörden dieselben Mitarbeiter vernehmen.

Das Werk bietet unabhängig davon eine gute Orientierung und hilft dabei, die interne Untersuchung unter Beachtung der relevanten rechtlichen „Leitplanken“ und praktischen Herausforderungen so aufzusetzen, dass sie zur Zufriedenheit aller Stakeholder durchgeführt wird.