Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Dr. Mayeul Hiéramente
Antje Klötzer-Assion
Hannah Milena Piel
Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder

Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

Ständige Mitarbeiter:

LOStA a.D. Folker Bittmann
Mag. iur. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Ulrich Leimenstoll
Norman Lenger
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
OStA Raimund Weyand

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

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwältin Julia Arbery, Frankfurt a.M.

Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche in der EU –
Erfahrungen aus der Praxis / Combatting Corruption and
Money Laundering in the EU 152

Staatsanwältin Dr. Anna-Elisabeth Krause-Ablaß, Frankfurt a. M.

Korruptions- und Geldwäschebekämpfung aus Sicht der
(Europäischen) Staatsanwaltschaft 155

Stud. iur. Jacob Knieler, Hamburg

Ungelöste Probleme der Einwilligung bei der Untreue
(§ 266 Abs. 1 StGB) zu Lasten von Kapitalgesellschaften 158

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Wagner, Dortmund

Die Dauer der Verfolgungsverjährung bei der
Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 OWiG –
zugleich Anmerkung zum Beschluss des LG Itzehoe vom
29. Juni 2021 – 2 KLs 8/18 (2) 174

Rechtsanwalt Christoph Tute und Wiss. Mit. Lukas Danner, beide Frankfurt a.M.

Kein Ermessen bei der Einziehung im Jugendstrafrecht - Anmerkung
zu BGH, Beschluss vom 20. Januar 2021 – GSSt 2/20 176

Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Ref. iur. Paul Peters, Düsseldorf

Besprechung von OLG Koblenz, Beschluss vom
30. März 2021, Az.: 5 Ws 16/21 183

Editorial

Geldwäsche und Korruption spielen nur eine untergeordnete Rolle in Deutschland - oder? Die Praxis der Ermittlungs- und Finanzbehörden ergibt ein anderes Bild.

Im September 2021 veröffentlichte das BKA das Bundeslagebild Korruption 2020. Danach hat sich die Zahl der polizeilich registrierten Korruptionsstraftaten auf dem erhöhten Vorjahrsniveau stabilisiert. Sie liegt damit nur knapp über dem Durchschnitt der vergangenen fünf Jahre. Auffällig ist aber, dass sich der registrierte Gesamtschaden nahezu verdoppelt hat und die Fallzahlen bei den Straftatbeständen der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) und Bestechung (§ 334 StGB) stark angestiegen sind. Sie befinden sich auf Rekordniveau seit 2016. Ursächlich für diese hohen Zahlen waren umfangreiche Ermittlungsverfahren. Ferner sind die Fallzahlen bei Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§ 299a StGB) derart angestiegen, dass sie den bisherigen Höchststand erreicht haben.

Klar ist: Nur ein Teil der Korruptionsstraftaten wird polizeilich bekannt und das Dunkelfeld ist groß. Neben dem materiellen Schaden untergraben Korruptionsstraftaten das Vertrauen in die Unabhängigkeit des Staates und in die Integrität des Wirtschaftslebens. Umso wichtiger sind u.a. Compliance-Strukturen in Behörden und Unternehmen.

Ergänzt wird das wirtschaftsstrafrechtliche Spektrum zunehmend durch Geldwäsche. In diesem Bereich wird Deutschland seit Jahren eine Spitzenposition zugeschrieben. Bemakeltes Vermögen wird im legalen Wirtschaftsverkehr gewaschen, sodass nicht mehr erkennbar ist, wem die Gelder gehören und woher sie kommen. Durch das am 18. März 2021 in Kraft getretene und umstrittene *Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche* hat das Thema erheblich an Fahrt aufgenommen. Das neue Gesetz betrifft nun einen deutlich vergrößerten Adressatenkreis. Zudem gilt ein sog. All-Crime-Ansatz. Dies bedeutet, dass Tatobjekt einer Geldwäsche jeder Gegenstand sein kann, der ohne jede Bagatellgrenze aus irgendeiner Straftat herrührt. Längst kritisieren Praktiker, dass mehr oder weniger jeder Eierdiebstahl zur Geldwäschestrafbarkeit führen könne. Die Erweiterung der Strafbarkeit wird zu mehr Ermittlungen führen. Angemessene Maßnahmen zur Identifizierung von Geldwäscherisiken sind für jede Kanzlei und jedes Unternehmen unerlässlich geworden. Und zwar umso mehr, wenn es um grenzüberschreitende Tätigkeit in Europa geht und die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa bzw. EPPO) ins Spiel kommt.

Welche Rolle spielt diese neue europäische Behörde bei der Verfolgung von Korruption und Geldwäsche? Wie könnte die Strafverfolgung in diesem Bereich effektiver werden? Mit diesen und weiteren Fragen befasst sich *Dr. Anna-Elisabeth Krause-Ablaß* in ihrem Beitrag „Korruption und Geldwäschebekämpfung aus Sicht der (Europäischen) Staatsanwaltschaft“. Dabei geht sie insbesondere darauf ein, welche Probleme sich bei der Verfolgung von Korruptionsstraftaten und Geldwäsche ergeben. Eine unternehmensbezogene Sichtweise nimmt *Julia Arbery, LL.M.* auf das Thema ein. In ihrem Beitrag „Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche in der EU – Erfahrungen aus der Praxis“ beschreibt sie typische Schwachstellen in Compliance-Strukturen. Vor allem eine nur auf dem Papier existierende Compliance-Struktur helfe nicht weiter. Worauf Unternehmen stattdessen bei einer praktisch gelebten Risikovorsorge achten sollten, erläutert sie in ihrem Beitrag.

Viel Spaß bei der Lektüre!

Rechtsanwältin Leonie Linke, LL.M., Bonn

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.
Vertreten durch Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel, Christian Rosinus, Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.; Dr. Ricarda Schelzke; Dr. Sohre Tschakert
Kontakt: info@wi-j.de
Redaktion: Dr. Mayeul Hiéramente, Antje Klötzer-Assion, Hannah Milena Piel, Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder
Kontakt: redaktion@wi-j.de
Verantwortliche Schriftleitung:
Hannah Milena Piel, Kontakt: redaktion@wi-j.de
Webmaster/Layout: Hannah Milena Piel
Kontakt: webmaster@wi-j.de
Ständige Mitarbeiter: LOStA Folker Bittmann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Dr. André-M. Szesny, LL.M., 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. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.
ISSN: 2193-9950
www.wi-j.de

Impressum

Inhaltsverzeichnis

Editorial	I
Impressum	III
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	152
Rechtsanwältin Julia Arbery, LL.M., Frankfurt a.M. Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche in der EU – Erfahrungen aus der Praxis / Combatting Corruption and Money Laundering in the EU	152
Staatsanwältin Dr. Anna-Elisabeth Krause-Ablaß, Frankfurt a. M. Korruptions- und Geldwäschebekämpfung aus Sicht der (Europäischen) Staatsanwaltschaft	155
Stud. Iur. Jacob H. Knieler, Hamburg Ungelöste Probleme der Einwilligung bei der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) zu Lasten von Kapitalgesellschaften	158
Veranstaltungen und politische Diskussion	169
Wis. Mit. Fynn Wenglarczyk, Frankfurt a.M. Tagungsbericht zur 11. WisteV Herbsttagung am 29. Oktober 2021 „Untreue – gebändigt?“	169
Entscheidungsanmerkungen	174
Rechtsanwalt Dr. Sebastian Wagner, Dortmund Die Dauer der Verfolgungsverjährung bei der Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 OWiG – zugleich Anmerkung zum Beschluss des LG Itzehoe vom 29. Juni 2021 – 2 KLS 8/18 (2)	173
Rechtsanwalt Christoph Tute und Wiss. Mit. Lukas Danner, beide Frankfurt a.M. Kein Ermessen bei der Einziehung im Jugendstrafrecht - Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20. Januar 2021 – GSSt 2/20	176
Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Ref. iur. Paul Peters, Düsseldorf Besprechung von OLG Koblenz, Beschl. V. 30. März 2021, Az.: 5 Ws 16/21	183
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht	190
Rezensionen	199
Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M. Feichtlbauer: Verständigung als Fremdkörper im deutschen Strafprozess? Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des „fair trial“-Grundsatzes	199
Rechtsanwältin Dr. Viktoria Schrader, Dresden Böhm: Die Bedeutung von Vertrauen in der Verteidigungsbeziehung unter besonderer Beachtung der Pflichtverteidigung	201

Aufsätze und Kurzbeiträge

Korruptionsstrafrecht

Rechtsanwältin Julia Arbery, LL.M., Frankfurt a.M.

Der nachfolgende Beitrag wird zweisprachig wiedergegeben, sowohl in deutscher Fassung als auch in einer eigenständigen – und deshalb leicht divergierenden – englischsprachigen Fassung.

Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche in der EU – Erfahrungen aus der Praxis

Aufsichtsbehörden, welche grenzübergreifend tätig sind, treiben die Durchsetzung von Korruptions- und Geldwäschebekämpfungsmaßnahmen weiter voran. Dies führt dazu, dass sich multinationale Unternehmen, auch im deutschsprachigen Raum, zunehmend mit hohen Geldstrafen und negativen Schlagzeilen konfrontiert sehen.

Im Jahr 2020 erließ die U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) eine Reihe von Maßnahmen zum Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), die sich insgesamt auf über 6,4 Milliarden US-Dollar beliefen. Zwei davon waren die bisher größten Entscheidungen dieser Behörde, die sich auf mehr als 5 Milliarden Dollar beliefen. Hinzu kommt, dass in diesem Sommer auch die Europäische Kommission neue Gesetzesvorschläge vorlegte, mit dem Ziel, die Aufdeckung sogenannter "verdächtiger Aktivitäten" zu verbessern und vermeintliche Lücken zu schließen, die die Geldwäsche über Finanzinstitute ermöglichen. Und erst kürzlich hat die britische Financial Conduct Authority (FCA) eine große Privat- und Geschäftsbank wegen unzureichender Geldwäschekontrollen erfolgreich strafrechtlich verfolgt. Hauptvorwurf war hierbei, dass unterlassene Kontrollen dazu führten, dass ein Kunde der Bank über mehrere Jahre hinweg fast 500 Millionen Dollar wusch.

Besonders besorgniserregend für multinationale Unternehmen ist hierbei die Tatsache, dass viele der jüngsten größeren Korruption- und Geldwäscheverfehlungen Unternehmen betreffen, welche Compliance-Regelwerke, -Prozesse und -Ressourcen haben. Das zugrundeliegende Problem geht jedoch einen Schritt weiter und liegt in dem Fehlen von internen Kontrollen oder dem Vorliegen von lediglich schwachen internen Kontrollen und/oder schlecht definierter oder schlecht ausgeführter Richtlinien, die dazu beitragen, einzelne Vorfälle nicht einzudämmen und aufzudecken, ehe diese Vorfälle zu größeren Problemen für die Unternehmen werden. Bei der Bewertung von Compliance-Programmen und der Gestaltung der unterstützenden Richtlinien, Prozesse und internen Kontrollen sollten Unternehmensführung, unternehmensinterne Compliance-Experten und die einbezogenen Anwälte daher stets:

Combatting Corruption and Money Laundering in the EU

As global regulators continue to bear down on cross-border anti-corruption and anti-money laundering enforcement, multinational corporations increasingly find themselves on the receiving end of hefty fines and damaging headlines.

In 2020, the SEC issued a number of Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) enforcement actions, totalling over \$6.4 billion. Two of which were the agency's largest resolutions ever, totalling more than \$5 billion. This summer, the European Commission introduced new legislative proposals to improve the detection of suspicious activities and address gaps that allow for money laundering through financial institutions. And, most recently, the Financial Conduct Authority (FCA) successfully prosecuted a major retail and commercial bank for weak AML controls that led to one client laundering nearly \$500 million over the course of several years.

What is of particular concern for multinational organizations, is that many of the recent larger ABC and AML enforcement cases involved companies with compliance policies, procedures and dedicated resources. The underlying issue is a lack of or weak internal controls, and/or poorly defined or executed policies, to help mitigate and surface isolated incidents before they become larger issues down the line. When evaluating your compliance program and the design of supporting policies, procedures and internal controls, business leaders, compliance professionals and their counsel should:

1. Eine umfassende Risikobewertung der Compliance durchführen

Viele der Unternehmen, die in letzter Zeit unter die Lupe genommen wurden, verfügten zwar auf dem Papier über ein Compliance-Programm, in der Praxis fehlten jedoch die geeigneten Kontrollen, um Fehlverhalten aufzudecken oder ganz zu verhindern.

Eine ganzheitliche und fortlaufende Risikobewertung kann hierbei helfen, die bekannten, versteckten oder neu entstehenden sogenannten Compliance-Hotspots zu identifizieren und für das eigne Unternehmen zu bewerten, ob eingeführte Kontrollen angemessen sind und auch effektiv funktionieren. Während dieser Bewertung sollten Rechts- und Compliance-Fachkräfte die aktuellen Richtlinien und Prozesse genau unter die Lupe nehmen. Sind diese effektiv gestaltet? Werden diese im guten Glauben durch Mitarbeiter und Führungskräfte angewandt?

Nach Abschluss der Prüfung sollten auf der Grundlage der ermittelten Schwachstellen die bestehenden Richtlinien und Prozesse aktualisiert, die internen Kontrollen verstärkt und Schulungen für identifizierte Compliance-Lücken durchgeführt werden.

Diese Durchführung laufender Risikobewertungen hilft den Unternehmen auch dabei, sich nicht zu sehr auf bestehende Kontrollen zu verlassen und die Mitarbeiter zu schulen, um ihr Bewusstsein für die Wirksamkeit der Kontrollen zu entwickeln.

2. Einsatz von Datenanalysen einführen

Unternehmen verfügen über mehr Daten als je zuvor, und die Nutzung dieser Daten ist in vielen Branchen und bei den zuständigen Aufsichtsbehörden nicht mehr nur eine Frage der Zeit, sondern eine grundsätzliche Erwartung. Durch die Nutzung verfügbarer Datensätze können Institutionen potenzielle Anomalien und "problematische" Transaktionen besser erkennen, disparate Daten miteinander verbinden und fragwürdige Muster aufdecken. Da aufgrund der andauernden Pandemie die Belegschaften vielerorts zu einem hybriden Modell übergehen und die persönliche Aufsicht durch Führungskräfte begrenzt bleibt, können Datenanalysen potenzielle Probleme oft auf eine Weise aufdecken, die selbst erfahrene Prüfer nicht können. Sobald Schwachstellen aufgedeckt werden, können strengere Kontrollen eingeführt und eine effektivere Reaktion auf potenzielles Fehlverhalten entwickelt werden.

Durch den erfolgreichen Einsatz von Datenanalysen kann das betriebliche Gesamtbild für Unternehmensführung und Compliance-Verantwortliche genauer dargestellt werden, um so ihre Entscheidungsfindung zu verbessern und strategische Initiativen in allen wichtigen Geschäftsbereichen zu unterstützen - ein Mehrwert, der nicht nur eine solide Compliance, sondern auch eine Umsatzsteigerung bewirken kann.

Wenn es unweigerlich in einem Unternehmen zu Fehlverhalten kommt, führt der Einsatz von Datenanalysen oft zu effizienteren Sachverhaltsaufklärung und Ursachenanalysen, zur Rationalisierung von Datenanfragen und -extraktion, zu vorläufigen Bewertungen und zu detaillierten Analysen und sogenannter "Tests".

1. Conduct a Comprehensive Compliance Risk Assessment

Many of the organizations coming under recent scrutiny had a compliance program on paper but lacked the proper controls in practice to identify misconduct. A holistic and ongoing risk assessment can help identify known, hidden, or emerging compliance hot spots and evaluate if controls are appropriate and operating effectively. Throughout the assessment, legal and compliance professionals should review current policies and procedures with significant scrutiny. Are they well designed? Are they being applied in good faith?

Once the assessment is complete, based on the identified vulnerabilities, update policies and processes, strengthen internal controls, and conduct training for identified compliance gaps.

Performing ongoing risk assessments also helps institutions decrease over-reliance on existing controls and train employees to develop awareness of control effectiveness.

2. Incorporate the Use of Data Analytics

Organizations maintain more data than ever, and the utilization of it is no longer a leg up but a baseline expectation across many industries and relevant regulators. By leveraging available data sets, institutions can better identify potential anomalies and 'problematic' transactions, connect disparate data and uncover patterns. In addition, as the workforce moves to a hybrid model and in-person management oversight remains limited, data analytics can often expose potential issues in ways that even seasoned human auditors cannot. Once vulnerabilities are detected, tighter controls can be created and a more effective response to address potential misconduct can be developed.

The successful use of data analytics can also more accurately present the operational big picture to business leaders and compliance professionals to better inform decision-making and support strategy initiatives across all key business units - a value-add that can drive revenue enhancement, in addition to ensuring robust compliance.

When misconduct inevitably occurs, the use of data analytics often leads to more efficient investigations and root cause analyses, streamlining data requests and extraction, preliminary assessments and detailed analysis and testing. Ultimately, the use of data can help carry out the pragmatic, focused corrective efforts regulators are keen to see.

Letztendlich kann der Einsatz von Daten dazu beitragen, die von den Aufsichtsbehörden gewünschten pragmatischen und gezielten Korrekturmaßnahmen durchzuführen.

3. Missstände aufarbeiten und beheben

Wenn es um ausreichende Abhilfemaßnahmen geht, ist Zeit das A und O. Sobald Fehlverhalten aufgedeckt wird, sollten die Compliance-Verantwortlichen und ihre Berater sofort mit der Behebung beginnen, eine Ursachenanalyse durchführen und gegebenenfalls mit den wichtigsten Interessengruppen, einschließlich Aufsichtsbehörden, Vorstandsmitgliedern, relevanten Abteilungen wie das Personalwesen aber auch den Mitarbeitern, in angemessenem Umfang kommunizieren.

Unternehmen, die erfolgreich umfassende Anstrengungen zur Aufarbeitung und Behebung von Fehlverhalten nachweisen können, werden erheblich geringeren Strafen ausgesetzt werden und möglicherweise sogar eine Verurteilung und eine behördlich angeordnete "Überwachung" in Form eines sogenannten "Compliance Monitor" sogar ganz vermeiden können.

Die Behebung von Fehlverhalten ist ein bewegliches Ziel, zumal die Verursacher immer ausgereifter tätig werden und immer größere Anstrengungen unternehmen, um ihre Tat zu verbergen. Daher sind Unternehmensleiter und Compliance-Experten gut beraten, die zuvor genannten kontinuierlichen Risikobewertungen vorzunehmen und auch immer wieder zu hinterfragen, ob die vorgeschriebenen Richtlinien, Prozesse und internen Kontrollen auch tatsächlich die gewünschte Wirkung haben. Die Integration von Daten in diese Bemühungen hilft, potenzielle Probleme effizienter zu erkennen und auf die sich entwickelnde Risikolandschaft zu reagieren. Aber auch hier können sich Unternehmen und interne Revisionsteams nicht einfach auf oberflächliche Daten oder Informationen von Mitarbeitern an der Front verlassen, die selbst die Komplexität der Transaktionen häufig nicht komplett überblicken können oder verstehen. Stattdessen sollte die Datenanalyse genutzt werden, um risikoreiche Transaktionen auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Und schließlich: Wenn Fehlverhalten dann doch auftaucht, sollte man nicht zögern, sondern sofort Abhilfe schaffen.

Es ist insbesondere angesichts der Tatsache, dass Aufsichtsbehörden auf der ganzen Welt mehr und mehr sich auf die grenzüberschreitende Durchsetzung von Korruptionsbekämpfungsmaßnahmen konzentrieren, wichtig, die Wahrscheinlichkeit für das eigne Unternehmen zu verringern, ins Visier dieser Aufsichtsbehörden zu geraten. Ein effektives Anti-Korruptions/Geldwäsche-Präventionsprogramm, das globale Aktivitäten berücksichtigt, ist hierbei unumgänglich. Um entsprechend solide Programme zu entwickeln und zu implementieren, sollte die Unternehmensführung unterstützt durch Compliance- und Rechts-Experten ihre derzeitigen internen Kontrollen bewerten und feststellen, wo sie verstärkt oder neu erstellt werden müssen, um unlautere Aktivitäten zu erfassen, und die derzeit im Unternehmen verfügbaren Datensätze verstehen und wissen, wie sie zur Erkennung potenzieller Anomalien eingesetzt werden können.

Ultimately, the use of data can help carry out the pragmatic, focused corrective efforts regulators are keen to see.

3. Remediate, Remediate, Remediate

Time is the essence when it comes to sufficient remediation. Once misconduct is identified, compliance teams and their counsel should start remediation immediately, perform a root cause analysis and begin communicating with key stakeholders, including regulators, boardmembers and employees, as appropriate.

Speaking from experience, the organizations that successfully demonstrate comprehensive efforts to remediate misconduct receive substantially reduced penalties and may also avoid criminal charges and a government-imposed monitor all together.

Mitigating misconduct is a moving target, especially as fraudsters become more sophisticated and increasingly go great lengths to keep their efforts hidden. Therefore, business leaders and compliance professionals are wise to conduct continuous risk assessments, and also continuously challenge whether the prescribed policies, procedures and internal controls are having the desired effect. Integrating data into these efforts helps more efficiently identify potential problems and respond to the evolving risk landscape. Here too, however, organizations and internal audit teams cannot simply rely on superficial data or information from front line staff that themselves do not understand the complexity of the transactions. Data analytics should instead be used to help test high-risk transactions for reasonableness. Finally, when misconduct surfaces, do not delay – remediate right away.

With regulators across the globe and world leader's laser focused on cross-border anti-corruption enforcement, multinational corporations are less likely to come under scrutiny if they have an effective ABC/AML program that accounts for their global operations in place. To develop and implement a robust ABC/AML program, business leaders and compliance professionals should evaluate their current internal controls, identifying where they may need to be strengthened or added to account for fraudulent activity, and understand the data sets currently available and how they can be incorporated to help identify potential anomalies. This proactive approach provides the full operations landscape business leaders and decision-makers need to not only mitigate risk before they become larger issues, but to comprehensively respond when an incident occurs.

Korruptionsstrafrecht

Staatsanwältin Dr. Anna-Elisabeth Krause-Ablaß, Frankfurt a. M.

Korruptions- und Geldwäschebekämpfung aus Sicht der (Europäischen) Staatsanwaltschaft

I. Einführung¹

Laut Transparency International² befindet sich Deutschland im internationalen Vergleich auf Platz 9 des Korruptionswahrnehmungsindex 2020³. Damit attestiert Transparency International der Bundesrepublik zwar ein geringeres wahrgenommenes Korruptionsniveau als beispielsweise Frankreich, Österreich oder Großbritannien. In den skandinavischen Ländern, den Niederlanden und der Schweiz solle es aber weniger sichtbare Korruption geben als in Deutschland. Zudem habe Deutschland ein massives Problem mit Geldwäsche und gehe – wiederum Transparency International folgend – nicht ausreichend dagegen vor.⁴ Unterstellt, die Feststellung sei zutreffend: Was sind die Ursachen für die unzureichende Korruptions- und Geldwäschebekämpfung in Deutschland? Dieser Thematik möchte der folgende Beitrag ebenso nachgehen wie den Fragen, welche Rolle die Europäische Staatsanwaltschaft zukünftig bei der Verfolgung von Korruption und Geldwäsche spielen wird und wie die Strafverfolgung in diesem Bereich effektiver werden könnte.

II. Korruptions- und Geldwäschebekämpfung in Deutschland – Status Quo

Korruption löst nach wie vor enorme Schäden für die Volkswirtschaft der Bundesrepublik aus. Allein im Jahr 2020 verursachten korrupt agierende Täter Schäden in Höhe von EUR 81 Mio. durch insgesamt 5.228 polizeilich erfasste Straftaten.⁵ Die Verurteilungen wegen Korruptionsstraftaten sind dagegen stark rückläufig. Der Skandal um *Wirecard*, die durch Datenleaks ans Licht gekommenen systematisiert aufgebauten Laundromaten unter Einbindung deutscher Banken wie auch die Vermittlung von Atemschutzmasken auf liechtensteinische Konten über eine karibische Briefkastengesellschaft haben gezeigt, dass es auch bei der Geldwäschebekämpfung in Deutschland „noch viel Luft nach oben“ gibt.⁶

1. Immer komplexer werdende Ermittlungen

Die Gründe für die unzureichende Aufklärung und Verfolgung von Korruptions- und Geldwäschestraftaten sind vielseitig: Die Täter machen nicht mehr an den Landesgrenzen halt und kommunizieren längst nicht mehr nur über Telefon, sondern über verschlüsselte Medien, die eine Telekommunikationsüberwachung wesentlich erschweren bis unmöglich machen. Der heutige digitale Zahlungsverkehr ermöglicht es den Delinquenten darüber hinaus, bemerkte Zahlungen per Knopfdruck zu verschleiern. Die Aufklärung und Beweisführung bei Wirtschaftsstraftaten erfordert daher einen weitaus größeren Aufwand als in der Vergangenheit. Zudem gibt es bei den als Täter-Täter-Delikte einzustufenden Korruptionsstraftaten wie auch bei der Geldwäsche in der Regel kein geschädigtes „Opfer“, das Strafanzeige erstattet. Die Einleitung von Korruptions- und Geldwäscheverfahren erfolgt damit

¹ Dieser Beitrag basiert auf einer Präsentation der Verfasserin im Rahmen des WisteV-Lunchseminars zu aktuellen Fragen der Korruption und Geldwäsche am 30. September 2021.

² Transparency International Deutschland e. V., www.transparency.de.

³ <https://www.transparency.de/cpi/cpi-2020/cpi-2020-tabellarische-rangliste/>.

⁴ https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/2021/Studie_Geldwa_sche-in-Deutschland_210826.pdf

⁵ BKA-Bundeslagebild Korruption 2020, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Korruption/korruption_node.html.

⁶ https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/2021/Studie_Geldwa_sche-in-Deutschland_210826.pdf.

primär von Amts wegen aufgrund polizeiinterner Kenntnisse oder durch auffällige finanzielle Transaktionen, die im Wege einer Geldwäscheverdachtsanzeige von den Kreditinstituten an die Strafverfolgungsbehörden gemeldet werden. Um der Spur des Geldes nachzugehen, sind Kontoumsätze von diversen Bankinstituten anzufordern und auszuwerten, was bei der Polizei mitunter Monate in Anspruch nimmt oder mit großem finanziellen Aufwand an externe Dienstleister vergeben werden muss.

Im Bereich der Geldwäschebekämpfung kommt hinzu, dass strafprozessuale Maßnahmen nur dann möglich sind, wenn auch ein Anfangsverdacht für eine Vortat besteht. Diesen zu begründen, ist indes besonders schwierig, weil das Wesen der Geldwäsche gerade darin besteht, den Zusammenhang zwischen Transaktion und Vortat zu verschleiern.

2. Angespannte Personalsituation

Diese hohen Anforderungen, die die Strafverfolgung im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts heutzutage mit sich bringt, können nur durch fachlich, personell und technisch entsprechend aufgestellte Ermittlungsbehörden bewältigt werden. Genau hieran fehlt es allerdings. Auf politischer Ebene wird der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität in Deutschland im europäischen Vergleich ein weitaus geringerer Stellenwert eingeräumt. Die Folge dessen ist, dass der Staat nicht genügend Personal bei Polizei und Justiz für diesen Bereich zur Verfügung stellt.

Bei der Kriminalpolizei setzen Beförderungen oftmals eine größtmögliche „Verwendungsbreite“ voraus, die für an Wirtschaftsstrafrecht interessierte Polizeibeamte keinerlei Anreiz bietet, sich längerfristig mit dieser Materie auseinanderzusetzen. Zum anderen fehlt es in den meisten Bundesländern an spezifischen Ausbildungswegen und angemessen besoldeten Einstiegsmöglichkeiten für wirtschaftsstrafrechtlich interessierte Anwärter. Eine Rekrutierung von Spezialisten aus der Privatwirtschaft scheidet in der Regel an den Gehaltsvorstellungen der Bewerber und der mangelnden Flexibilität der Polizei in Bezug auf eine flexible Arbeitszeitgestaltung.

Die angespannte Personalsituation im Bereich der Wirtschaftskriminalität setzt sich in der Justiz fort. Bei den allgemeinjuristisch ausgebildeten Staatsanwälten gilt das Wirtschaftsstrafrecht als komplex, arbeitsintensiv und „trocken“. Gerade Berufsanfänger scheuen umfangreiche Verfahren und mehrmonatige Hauptverhandlungen, da sie anders als z. B. Junganwälte in größeren Kanzleieinheiten keinen Mentor an ihrer Seite haben, dem sie in den Anfangsjahren zuarbeiten und dadurch Routine bei der Verfahrensbearbeitung bekommen. Fachspezifische justizinterne Fortbildungen im Wirtschaftsstrafrecht und Foren zum gegenseitigen überörtlichen Austausch unter Staatsanwälten sind Mangelware, externe Fortbildungen werden von der Justiz nicht finanziert. Zudem prägen häufige Dezernatswechsel den Justizalltag, die es selbst den interessierten Staatsanwälten und Richtern unmöglich machen, sich längerfristig in eine bestimmte Rechtsmaterie einzuarbeiten. Nur selten begleitet ein Staatsanwalt ein jahrelang dauerndes Umfangsverfahren von der Verfahrenseinleitung bis zum Urteil erster Instanz. Stattdessen werden Umfangsverfahren von Dezernent zu Dezernent weiter „vererbt“, was zur Folge hat, dass die Ermittlungen nicht zielgerichtet, sondern schleppend vorangehen. Bei den Gerichten bleiben solche Verfahren wegen der spiegelbildlich gleichen personellen Situation dann wiederum Jahre liegen, bis über die Anklage entschieden wird, sofern nicht die Haft eines Angeschuldigten ein schnelleres Handeln erfordert. Auch viele Richter scheuen die Tätigkeit in einer Wirtschaftsstrafkammer, da ihnen die hierfür nötigen fachspezifischen Kenntnisse fehlen und mehrtätige Hauptverhandlungen samt Vor- und Nachbereitung zusätzlich zur Dezernatsarbeit sehr zeitintensiv sind und eine andere Erledigungsquote bringen als z. B. Betäubungsmittelstrafverfahren.

III. Verbesserung der Strafverfolgung im Bereich der Korruption und Geldwäsche durch die Europäische Staatsanwaltschaft?

Am 01. Juni 2021 hat die Europäische Staatsanwaltschaft („EUStA“) ihre operative Arbeit aufgenommen. Der Druck auf diese neue supranationale Behörde, einen neuen Meilenstein im Bereich der grenzüberschreitenden Ermittlungen und der Strafverfolgung zu setzen, ist groß. Erste Erfolge in Form grenzüberschreitender Durchsuchungen und umfangreichen

Vermögensabschöpfungsmaßnahmen konnten in den wenigen Monaten, die die EUStA tätig ist, allerdings schon eingestrichen werden.⁷ Wenn die Behörde ihre Arbeit in dieser Manier fortsetzt, dürften die Erwartungen auch in Zukunft erfüllt werden. Doch kann die EUStA auch nationale Missstände im Bereich der Korruptions- und Geldwäschebekämpfung beseitigen? Die Antwort heißt: Ja. Nach Art. 22 EUStA-VO⁸ ist die Behörde zuständig für die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten zum Nachteil des EU-Haushalts. Konkretisiert durch die so genannte PIF-Richtlinie⁹ erstreckt sich die Zuständigkeit der EUStA zunächst auf den Subventionsbetrug, sowie auf Straftaten im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe, auf Zollvergehen und den grenzüberschreitenden Umsatzsteuerbetrug, vgl. Art. 3 Abs. 2 PIF-RL. Darüber hinaus ist die EUStA auch zur Verfolgung von Geldwäsche berufen, soweit die Vortat eine PIF-Tat darstellt, ferner für Bestechung und Bestechlichkeit öffentlicher Bediensteter im Zusammenhang mit PIF-Delikten sowie die missbräuchliche Verwendung durch öffentliche Bedienstete, vgl. Art. 4 Abs. 1-3 PIF-RL. Kurzum: Die EUStA verfolgt grundsätzlich jeden Missbrauch, der durch aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen kausal zu einem Vermögensnachteil der Union führt.¹⁰

Hierfür stehen der EUStA bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung effizientere Maßnahmen zur Verfügung als den nationalen Staatsanwaltschaften. Operative Maßnahmen über die Landesgrenzen hinaus sind gemäß Art. 31 EUStA-VO ohne herkömmliche Rechtshilfemaßnahmen möglich. Dank des direkten Kontakts der Delegierten Europäischen Staatsanwälte untereinander können Ermittlungsmaßnahmen in mehreren EUStA-Mitgliedstaaten nunmehr ohne großen zeitlichen Vorlauf geplant und umgesetzt werden, ohne die sonst bei Rechtshilfemaßnahmen stets auftretende Frage, welcher Staatsanwalt von welcher Staatsanwaltschaft zur Ausführung berufen ist.

Dadurch, dass die Delegierten Europäischen Staatsanwälte bundesweit ermittlungs- und anklagebefugt sind, § 143 Abs. 6 GVG, gibt es auch auf nationaler Ebene keine zeitaufwendigen Streitereien über die örtliche Zuständigkeit innerhalb der EUStA. Ein weiterer Vorteil für die Strafverfolgung besteht darin, dass die europäische Strafverfolgungsinstitution als unabhängige Behörde keinen politischen Einflüssen, weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene, unterliegt. Die Delegierten Europäischen Staatsanwälte sind ausschließlich Weisungen der Luxemburger Zentrale unterworfen. Nationale Justizbehörden können hingegen keinen Einfluss auf sie ausüben; diesen gegenüber sind sie auch nicht berichtspflichtig.

IV. Lösungsansätze zur Verbesserung der Strafverfolgung im Bereich der Korruptions- und Geldwäschedelikte

Die vielen Vorzüge dieser neuen supranationalen Einheit sind jedoch ausschließlich auf den Schutz des EU-Haushalts ausgerichtet. Geldwäsche- und Korruptionsstraftaten, die rein nationale Schäden hervorgerufen haben, werden auch zukünftig durch die nationalen Behörden verfolgt. Es ist daher dringend erforderlich, die Polizei und Justiz national im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts personell und fachlich zu verstärken. Der Staat ist insofern gefordert, um nicht ins Hintertreffen zu geraten und die Strafverfolgung im internationalen Vergleich wettbewerbsfähig zu halten. Ohne das Schaffen von Anreizen, im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts bei Polizei und Justiz Fuß zu fassen und dieser Materie treu zu bleiben und externe Fachkräfte zu rekrutieren, wird dieses Ziel indes nicht erreicht werden können. Bei der Anwaltschaft hat das Wirtschaftsstrafrecht nicht zuletzt wegen der immer schärfer

⁷ Vgl. <https://www.eppo.europa.eu/en/news>.

⁸ Verordnung (EU) 2017/1939 des Europäischen Rats vom 12.10.2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, ABl. L 283 S. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:32017R1939>. Zur Umsetzung der Verordnung durch das sog. EUStAG, BGBl I 20002220, 442 Heger ZRP 2020, 115; Beukelmann NJW-Spezial 2020, 376.

⁹ Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198, S. 29, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371>.

¹⁰ *Kulhanek* DRiZ 2020, 442. Art. 22 Abs. 2 EUStA-VO erklärt die EUStA ferner für die Verfolgung krimineller Vereinigungen und zur Verfolgung untrennbar mit PIF-Straftaten begangener Delikte für kompetent, Art. 22 Abs. 3 EUStA-VO. Das deutsche Umsetzungsgesetz, das sog. EUStAG, hat in § 11 Abs. 2 schließlich noch normiert, dass die Verfolgung durch die EUStA nicht auf Individualbeschuldigte beschränkt ist, sondern auch die Verfolgung von Verbänden umfasst. Zum Aufbau und zur Zuständigkeit der EUStA insgesamt *Kulhanek* DRiZ 2020, 442; *Duesberg* NJW 2021, 1027; *Petrasch* CCZ 2021, 126; *Travers/Albers* juris-PR-Compl 4/2021 Anm. 4.

werdenden Anforderungen an eine effektive Compliance in Unternehmen in den letzten Jahren einen wahren Boom ausgelöst. Die Anzahl der Boutiquekanzleien mit dem Fokus auf Wirtschaftsstrafrecht und Complianceberatung wächst stetig und auch die Großkanzleien versuchen zunehmend, in diesem Bereich mitzumischen. Die Polizei und die Justiz müssen deshalb in die Lage versetzt werden, der sich immer weiter spezialisierenden Anwaltschaft im Wirtschaftsstrafrecht auf Augenhöhe begegnen zu können. Der Staat ist daher gefordert, diesen Bereich durch eine angemessene Vergütung und geeignete Fortbildungsmöglichkeiten attraktiver zu machen.

Für eine effektive Strafverfolgung erforderlich ist darüber hinaus eine konsequentere Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der FIU. Denn Wirtschaftsstraftaten werden oftmals durch auffällige Kontentransaktionen aufgespürt, die ein Kreditinstitut mittels einer Geldwäscheverdachtsmeldung an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt. Die FIU ist gemäß § 32 Abs. 2 GwG verpflichtet, diese Meldungen zu überprüfen und im Falle eines Verdachts der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten. Sofern die Meldung in zeitlichem Zusammenhang mit der Transaktion erfolgt, ist die Staatsanwaltschaft noch in der Lage, vermögensabschöpfend tätig zu werden. Geht die Geldwäscheverdachtsmeldung indes – wie derzeit leider häufig – erst mit großem zeitlichen Verzug bei der Strafverfolgungsbehörde ein, ist ein behördliches Zugreifen auf die bemakelten Vermögenswerte nicht mehr möglich, da die Täter findig genug sind, die Vermögenswerte so schnell weiter zu transferieren und zu verschleiern, dass sie dem staatlichen Zugriff entzogen werden. Es bleibt zu hoffen, dass das der FIU neuerdings zur Verfügung stehende Hilfsmittel, das mit Hilfe künstlicher Intelligenz die Masse an eingegangenen Verdachtsmeldungen automatisiert vorbewertet, eine Verbesserung bewirkt. Wünschenswert wäre zudem ein regelmäßiger Austausch zwischen der FIU, den Geldwäscheverpflichteten und den schwerpunktmäßig mit Geldwäschestraftaten befassten Strafverfolgern, um ein gegenseitiges Verständnis für die jeweilige Arbeitsweise und die damit auftretenden Probleme herzustellen. Noch effektiver dürfte allen Föderalismusgedanken zum Trotz allerdings die Errichtung einer auf Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Staatsanwaltschaft mit *bundesweiter* Ermittlungs- und Anklagekompetenz sein. Diese Behörde könnte einerseits als zentraler Ansprechpartner für die BaFin, die FIU und das BKA fungieren und damit langwierige Zuständigkeitsstreitigkeiten vermeiden. Zudem wäre sichergestellt, dass die bei dieser Behörde beschäftigten Dezernenten ausschließlich im Wirtschaftsstrafrecht tätig wären und sich auf diesen Bereich entsprechend spezialisieren würden.

Unternehmensstrafrecht

Stud. iur. Jacob H. Knieler*, Hamburg

Ungelöste Probleme der Einwilligung bei der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) zu Lasten von Kapitalgesellschaften

I. Einleitung

„Das Criminalrecht hat zu thun mit dem natürlichen Menschen, als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen. Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts. Ihr reales Dasein beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird. Ein solche Vertretung aber, ohne eigenes Wollen, kann überall nur im Civilrecht, nie im Criminalrecht, beachtet werden.“¹ *Fried-*

* Preisträger des diesjährigen Aufsatzwettbewerbs der WiJ

¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, 1840, S. 312.

rich Carl von Savigny dürfte von der Befürchtung, dass eines Tages juristische Personen als taugliche Täter einer Straftat angesehen würden, zu diesen Zeilen motiviert worden sein. Man wird *Savigny* freilich kein Unrecht tun, wenn man seine Aussage heranzieht, um auf dogmatische Schwierigkeiten bei der strafrechtlichen Einwilligung in Straftaten zulasten juristischer Personen aufmerksam zu machen. Denn dem geneigten Leser wird nicht verborgen bleiben, dass der Wille, den *Savigny* der juristischen Person abspricht, schon begrifflich im Wort „Einwilligung“ vorausgesetzt wird.

Dieser erste Befund soll Anlass geben, sich mit den dogmatisch reizvollen Einwilligungsfragen bei Straftaten zulasten juristischer Personen zu beschäftigen. Auf diese ist anhand des Tatbestandes der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) einzugehen, wobei der Blick im Wesentlichen auf die GmbH gerichtet werden wird. Zunächst ist die Einwilligungskompetenz der GmbH-Gesellschafter bei vermögensschädigenden Handlungen kurz darzustellen (B.), um sodann auf die Spezialprobleme, die sich bei der Zustimmung von Minderheitsgesellschaftern (C.) und bei einer nur hypothetischen Zustimmung (D.) ergeben, einzugehen.

II. Der Streit um die Einwilligungsbefugnis der GmbH-Gesellschafter

Anerkannt ist, dass GmbH-Gesellschafter grundsätzlich in Vermögensschädigungen einwilligen können; eine solche „Einwilligung“ schließt die Untreue bereits tatbestandlich aus.² In welchem Umfang allerdings ein wirksames Einverständnis in Vermögensschädigungen möglich ist, ist Gegenstand eines heftig geführten Streits. Die Grundpositionen stellen sich wie folgt dar:

Nach der *eingeschränkten Gesellschaftertheorie*³, der nunmehr in ständiger Rechtsprechung auch der BGH folgt⁴, sind die Gesellschafter grundsätzlich dispositionsbefugt und können jeder Vermögensschädigung zustimmen, allerdings nur bis zur Grenze eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30 ff. GmbHG)⁵ oder eines die Existenz der Gesellschaft vernichtenden Eingriffs. Die *strenge Gesellschaftertheorie*⁶ verzichtet auf diese Grenzen und hält eine Zustimmung stets für wirksam.

Das schlagende Argument gegen die eingeschränkte Gesellschaftertheorie ist dasjenige der unzulässigen Rechtsgutsvertauschung.⁷ § 30 Abs. 1 GmbHG schützt Gläubigerinteressen,⁸ die über den allein das Treugebervermögen schützenden⁹ § 266 StGB gerade nicht verteidigt werden sollen. Es wird daher zutreffend befürchtet, dass mit der Übernahme der § 30 ff. GmbHG in den Untreuetatbestand systemwidrig ein „Gläubigerschutzdelikt“¹⁰ geschaffen wird.

Die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH erlaubt nicht, eigene Vermögensinteressen der GmbH statt derjenigen der Gläubiger als geschützt anzusehen und so die Rechtsgutsvertauschung zu kaschieren.¹¹ Auch Gläubigerschutzvorschriften wie etwa § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG entziehen den Gesellschaftern ihre grundsätzliche Dispositionsbefugnis an den Vermö-

² Statt vieler *Fischer* StGB, 68. Auflage 2021, § 266 Rn. 90.

³ LK/Schünemann StGB, Band 9, 12. Auflage 2012, § 266 Rn. 252 f.; Lackner/Kühl/Heger StGB, 29. Auflage 2018, § 266 Rn. 20a; BeckOK/Wittig StGB, 50. Edition (Stand: 01.05.2021), § 266 Rn. 27; NK/Kindhäuser StGB, 5. Auflage 2017, § 266 Rn. 71; AnwK/Escher StGB, 3. Auflage 2020, § 266 Rn. 151; Graf/Jäger/Wittig/Waßner StGB, 2. Auflage 2017, Rn. 150 ff.; *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter, 1990, S. 135 ff.; jetzt auch Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, 5. Auflage 2019, 5. Teil 2. Kap. Rn. 332.

⁴ BGHSt 35, 333; BGHSt 49, 147.

⁵ Zu den Auswirkungen von Verstößen gegen Kapitalerhaltungsvorschriften auf die Einordnung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „grob“ *Knieler* HRRS 2020, 401, 408 f.

⁶ Schönke/Schröder/Perron StGB, 30. Auflage 2019, § 266 Rn. 21b; SK/Hoyer StGB, Band V, 9. Auflage 2019, § 266 Rn. 73; MüKo/Dierlamm StGB, 3. Auflage 2019, § 266 Rn. 155 ff.; *Fischer* StGB § 266 Rn. 99; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier, 4. Auflage 2015, 5. Teil 2. Kap. Rn. 332 ff.; *Rönnau* FS Amelung, S. 247, 264; *ders.* ZStW 2007, 887, 925; *Beulke* FS Eisenberg, S. 245, 257 f.; *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 122 ff.; *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung, 1998, S. 294 f.

⁷ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 158; *Fischer* StGB § 266 Rn. 99; *Rönnau* FS Amelung, S. 247, 260 f.; *Beulke* FS Eisenberg, S. 245, 258; *Schramm*, Untreue und Konsens, S. 122 f.

⁸ *Altmeppen* GmbHG, 10. Auflage 2021, § 30 Rn. 1; im strafrechtlichen Kontext *Rönnau* FS Amelung, S. 247, 261; dies zugestehend Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann 5. Teil 2. Kap. Rn. 332.

⁹ *Knieler* HRRS 2020, 401, 405.

¹⁰ MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 158.

¹¹ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; *Fischer* StGB § 266 Rn. 99; SK/Hoyer StGB § 266 Rn. 68; MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 156; *Rönnau* FS Amelung, S. 247, 260 f.; *Beulke* FS Eisenberg, S. 245, 258.

genswerten der GmbH nicht.¹² Denn den Anteilseignern ist in der Gesellschafterversammlung kraft umfassender Weisungskompetenz (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) eine Art Allzuständigkeit überantwortet; ihnen kommt eine vollumfängliche „Interessendefinitionsmacht“ in Bezug auf die Gesellschaft zu.¹³ Die formal-juristische Vermögensinhaberschaft der GmbH ändert also nichts daran, dass die wirtschaftlichen Eigentümer des Vermögens die Gesellschafter sind.¹⁴

III. Mehrheitsbeschlüsse und die Behandlung von Minderheitsgesellschaftern

Die in der Literatur angestellten Überlegungen stehen zumeist unter der Prämisse, dass im Gesellschafterkreis Einvernehmen über eine Vermögensverfügung der Gesellschaft hergestellt werden kann oder von vornherein nur ein Alleingesellschafter vorhanden ist. Die Problematik der gesellschafterseitigen Einwilligung kann sich aber auch in Fällen stellen, in denen eine Gesellschaftermehrheit eine vermögensschädigende Handlung gegen eine opponierende Minderheit durchsetzt. Zu dieser Dimension der Problematik sollen im Folgenden die vertretenen Ansichten dargestellt werden (I.), bevor eine eigene Ansicht entwickelt wird (II.).

1. Vertretene Ansichten

Der Bundesgerichtshof verhält sich in zwei Judikaten¹⁵ nur vage zu der Problematik; die Kommentarliteratur behandelt das Problem bisher spärlich oder gar nicht. Es darf daher als weitgehend ungelöst bezeichnet werden.

Eine Ansicht lehnt eine Einwilligung durch Mehrheitsbeschluss kategorisch ab, bleibt eine Begründung dafür aber schuldig.¹⁶

Eine weitere Ansicht will zwischen nichtigen und anfechtbaren Gesellschafterbeschlüssen differenzieren. Erstere könnten stets keine tatbestandsausschließende Wirkung entfalten, bei Letzteren käme es darauf an, ob sie erfolgreich angefochten werden.¹⁷

Der BGH hat in Sachen „Kölner Müll II“ festgehalten, dass entweder die Zustimmung aller Gesellschafter oder ein Mehrheitsbeschluss des diese repräsentierenden Gremiums erforderlich sei. Ob ein solcher Gesellschafterbeschluss die Formalien der §§ 47 ff. GmbHG einhalten müsse, wurde explizit offengelassen. Jedenfalls müsse eine „inhaltliche Befassung“ der Minderheitsgesellschaft mit der Sachfrage gewährleistet sein.¹⁸ Diese Formulierung wurde im Schrifttum verschiedentlich zustimmend aufgegriffen, teils ohne die vom BGH offengelassene Frage zu adressieren,¹⁹ während vereinzelt das Erfordernis eines förmlichen Beschlusses nach §§ 47 ff. GmbHG knapp verlangt wird.²⁰ Bereits im „Mannesmann-Verfahren“ hatte der BGH zur Frage eines Mehrheitsbeschlusses²¹ Stellung genommen und eine „Zustimmung aller Anteilseigner (...) oder der diese repräsentierenden Hauptversammlung“²² gefordert. Diese unklare Formulierung wurde überwiegend dahingehend interpretiert, dass die Hauptversammlung nicht einstimmig beschließen muss.²³

¹² Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; Fischer StGB § 266 Rn. 99; Birkholz, Untreuestrafbarkeit, S. 279 ff.

¹³ Rönnau FS Amelung, S. 247, 256 f., 261.

¹⁴ Fischer StGB § 266 Rn. 99; Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21b; K. Schmidt NJW 2001, 3577, 3580, der feststellt, dass es mit einem Eigeninteresse der Gesellschaft „nicht weit her ist“; ähnlich BGHZ 119, 257, 262.

¹⁵ BGHSt 50, 331, 342 f.; 55, 266 Rn. 36.

¹⁶ Fischer StGB § 266 Rn. 95; Krekler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006, S. 315. Die dortigen Verweise (etwa auf BGHSt 55, 266 Rn. 36 und Lackner/Kühl/Kühl StGB, 25. Auflage, § 266 Rn. 20) sind sämtlich unzutreffend.

¹⁷ Vonnemann GmbHR 1988, 329, 333 f.

¹⁸ BGHSt 55, 266 Rn. 36.

¹⁹ MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 155; Lackner/Kühl/Heger StGB § 266 Rn. 20a; AnwK/Esser StGB § 266 Rn. 150; unentschlossen BeckOK/Wittig StGB § 266 Rn. 27.1.

²⁰ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage 2017, Rn. 395; Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21; ausführlicher Brand/Kanzler ZWH 2012, 1 f.; für die mehrgliedrige GmbH zuvor schon Busch, Konzernuntreue, 2004, S. 147 f.; knapp Richter GmbHR 1984, 137, 144; Lichtenwimmer (in: Untreueschutz der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter?, 2008, S. 180) lässt eine form- und fristgerechte Ladung der Minderheitsgesellschaft genügen, damit deren Teilnahme- und Einflussmöglichkeit gesichert wird; unklar LK/Schünemann StGB § 266 Rn. 254.

²¹ Im Fall ging es um eine AG.

²² BGHSt 50, 331, 343.

²³ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 395.

Nach einer vierten Betrachtungsweise sei das Einverständnis materiell zu bestimmen. Es komme nicht darauf an, ob den Formvorschriften der §§ 47 ff. GmbHG Genüge getan ist. Es bedürfe lediglich einer tatsächlichen Willensübereinstimmung bei der erforderlichen Mehrheit der Gesellschafter.²⁴

2. Eigene Position

Es ist somit zu diskutieren, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Mehrheitseinverständnis genügt.

a) Möglichkeit des Einverständnisses durch Gesellschaftermehrheit

Dass ein Mehrheitsbeschluss grundsätzlich tauglich ist, ein tatbestandsausschließendes Einverständnis herbeizuführen, ergibt sich aus dem Gesetz selbst: Im GmbH-Recht gilt das Mehrheitsprinzip, § 47 Abs. 1 GmbHG. Ein Grund, dieses Mehrheitsprinzip nicht auch im Strafrecht anzuwenden, ist nicht ersichtlich.²⁵ Mehr noch: Einem zivilrechtlich wirksamen Gesellschafterbeschluss die Geltung im Strafrecht zu versagen, käme in Konflikt mit dem Grundsatz der Zivilrechtsakzessorietät²⁶ der Untreue. Die Auffassung, welche Mehrheitsbeschlüssen pauschal die strafrechtliche Relevanz versagen will, ist daher abzulehnen.

Entgegenzutreten ist auch der Ansicht, die bei anfechtbaren Beschlüssen die strafrechtlichen Rechtsfolgen davon abhängig machen will, ob der Beschluss auch tatsächlich durch erfolgreiche Anfechtung *ex post* beseitigt wird. Denn indem die Strafbarkeit erst eintritt, wenn der Beschluss angefochten wird, wird nach Tatbegehung ein mit Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB unverträglicher Schwebezustand geschaffen.²⁷ Die Strafbarkeit wäre überdies in das Belieben eines Dritten gestellt, was das StGB jedoch jenseits der Antragsdelikte nicht vorsieht. §§ 266 Abs. 2, 248a StGB sind insoweit als abschließende Regelung zu respektieren.²⁸

b) Voraussetzungen des Einverständnisses

Zu entscheiden ist daher, ob für das tatbestandsausschließende Einverständnis durch eine Gesellschaftermehrheit die bloß faktische, materielle Willensübereinkunft der erforderlichen Mehrheit genügt oder ob ein den §§ 47 ff. GmbHG entsprechender Beschluss von Nöten ist.

aa) Argument der Rechtsgutsvertauschung

Das Kernargument der Vertreter einer materiellen Theorie lautet wie folgt: Die gesellschaftsrechtlichen Formalitätserfordernisse dürften nicht in das Strafrecht übertragen werden, denn diese Minderheitenschutzvorschriften nähmen das Partizipationsinteresse des einzelnen Gesellschafters in den Blick. Die Untreue hingegen schütze das Vermögen der Gesellschaft, weshalb sich die §§ 47 ff. GmbHG nicht mit dem Schutzzweck des § 266 StGB vertrügen. Es wird also erneut ein Argument der Rechtsgutsvertauschung in Stellung gebracht.²⁹ Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen.

bb) Mittelbarer Vermögensschutz durch §§ 47 ff. GmbHG

Der Schutz des Vermögens „der Gesellschaft“ meint, dass letztlich in Wahrheit das wirtschaftliche Vermögen des Gesellschafters als Teil der Gesellschaftergesamtheit geschützt wird. Denn bezweckt ist nicht der Schutz der juristischen Person, sondern der Schutz des wirtschaftlichen Eigentümers, also der Gesellschafter.

²⁴ Schramm, Untreue und Konsens, S. 125; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, 2004, S. 197; Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 71 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB, 5. Auflage 2020, § 266 Rn. 60; Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1071 f.; ähnlich Ransiek FS Kohlmann, S. 207, 216 f.

²⁵ Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1069.

²⁶ Knieler HRRS 2020, 401, 403 m. w. N.

²⁷ Flum, Schädigungen mit Zustimmung, S. 185 f.; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 192 f.

²⁸ Flum, Schädigungen mit Zustimmung, S. 186 Fn. 66 und gleichsinnig Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 193.

²⁹ So bei Flum, Schädigungen mit Zustimmung, S. 106; Schramm, Untreue und Konsens, S. 125; Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 196 f.; Gaede, Medizinstrafrecht, S. 71 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB § 266 Rn. 60; Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1067 f.; differenzierend Busch, Konzernuntreue, S. 147 f.

Diese Vermögensinteressen der (Minderheits-)Gesellschafter werden mittelbar³⁰ über die Vorschriften der §§ 47 ff. GmbHG geschützt.³¹ Zwar ist das vordergründige *Telos* dieser Normen, die Partizipationsinteressen eines jeden einzelnen Gesellschafters zu wahren.³² Doch die gesetzlich verbürgten Partizipationsmöglichkeiten sind kein Selbstzweck. Sie sollen Gelegenheit bieten, Einfluss auf die Vermögensdispositionen der GmbH zu nehmen, denn die Formalisierung von Mehrheitsentscheidungen und das Recht eines jeden Gesellschafters, mit seinen Anliegen gehört zu werden, dienen der „Richtigkeitsgewähr“ dieser Entscheidungen.³³ Die von § 266 StGB geschützte Rechtsposition erschöpft sich nicht in der Bestandserhaltung des Vermögens; sie gewährt vielmehr auch und gerade das Recht, über dieses selbst zu disponieren.³⁴ Genau diese Teilnahme an der gemeinsamen Vermögensdisposition sollen die Minderheitenschutzvorschriften gewährleisten. Nähme man an, Partizipationsgarantien seien eine reine Formsache, die mit tatsächlicher Einflussnahme und realen Vermögensinteressen der schützenswerten Minderheit in keinerlei Zusammenhang stehen, verkümmerte der Minderheitenschutz zu einem bloßen Torso. Dass dies den gesetzgeberischen Vorstellungen nicht entsprechen kann, liegt auf der Hand: Ohne einen effektiven Minderheitenschutz erleidet organschaftliche Herrschaft ein erhebliches Legitimationsdefizit,³⁵ was auch Vertreter der Gegenansicht einräumen müssen.³⁶ Die Formalisierung des Entscheidungsfindungsprozesses ist Grundvoraussetzung für die Bildung eines Organwillens.³⁷ Sein eigenes Vermögen dergestalt in einen Verband einzubringen, dass andere per Mehrheitsbeschluss darüber verfügen können, ist im denktheoretischen Ausgangspunkt zunächst ein bemerkenswerter Vorgang. Dieser erhält erst durch die hohen Anforderungen an Mehrheitsbeschlüsse Legitimität und Dignität: Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz sind „zwei Seiten einer Medaille“. ³⁸ *Wiedemann* hält sogar fest, dass der Minderheitenschutz eine „rechtsethisch notwendige Ergänzung des Mehrheitsprinzips“³⁹ sei.

Es wird daher offenbar: Minderheitenschutz ist keinesfalls „bloßer Formalismus“⁴⁰, sondern *conditio sine qua non* des Mehrheitsprinzips. Er harmoniert auch mit dem Rechtsgut des § 266 StGB, da er die Gelegenheit der Einflussnahme auf vermögensrelevante Maßnahmen sicherstellen will. Unausgesprochen erkennen das auch der BGH und die ihm folgenden Stimmen in der Literatur an:⁴¹ Denn wer fordert, dass die Minderheit zumindest mit einer Sache befasst worden sein müsse, hebt letztlich nur eine abgeschwächte Varianz des Minderheitenschutzes aus der Taufe und speist diese in den Tatbestand der Untreue ein. Zwischen diesem im Gesetzeswortlaut keine Stütze findenden Ansatz und der konsequenten Übertragung der Erfordernisse der §§ 47 ff. GmbHG besteht kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied. Der Reflex, dem Minderheitenschutz auch im Rahmen der Untreue Geltung zu verschaffen, ist begrüßenswert, es spricht allerdings dann auch nichts mehr dagegen, sich strikt an den nach gesetzgeberischer Wertung vorgesehenen Schutzmechanismen der §§ 47 ff. GmbHG auszurichten.

cc) Plausibilitätskontrolle

Es bleibt anzumerken, dass Fälle wie derjenige, den der BGH in Sachen „Kölner Müll II“ zu entscheiden hatte, die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Flankierung der Minderheitenschutzvorschriften zu Tage treten lassen: Im Fall wurden durch den Mehrheitsgesellschafter unter planmäßiger Verschleierung gegenüber dem Minderheitsgesellschafter Vermögensnachteile verursacht. Die materielle Betrachtungsweise könnte Fälle, in denen Vermögen verschwendet wird, ohne dass die Minderheitsgesellschafter davon überhaupt Kenntnis er-

³⁰ Ein mittelbarer Vermögensschutz ist ausreichend für die Beachtlichkeit im Rahmen von § 266 StGB, *Knieler* HRRS 2020, 401, 406 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

³¹ Anders *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 196; dies übernehmend *Saliger* FS Roxin II, S. 1053, 1068.

³² *Altmeppen* GmbHG § 48 Rn. 1; *Scholz/Seibt* GmbHG, 12. Auflage 2020, § 51 Rn. 1.

³³ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, S. 468; dem folgend BGH NJW 1988, 411, 412.

³⁴ Eindringlich BGHSt 52, 323 Rn. 47.

³⁵ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 467.

³⁶ *Saliger* FS Roxin II, S. 1053, 1068.

³⁷ *Busch*, Konzernuntreue, S. 147.

³⁸ *Blath* RNotZ 2017, 218, 219.

³⁹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, 1. Auflage 1980, S. 405.

⁴⁰ So aber *Saliger* FS Roxin II, S. 1053, 1068; **dagegen** *Scholz/Seibt* GmbHG § 51 Rn. 1.

⁴¹ Auch *Saliger* FS Roxin II, S. 1053, 1065 weist darauf hin, dass die Theorie des BGH einem (wenn auch abgeschwächten) formalen Ansatz folgt.

langen, weil die schädigenden Handlungen gezielt vor diesen geheim gehalten werden, nicht nach § 266 StGB bestrafen. Hier scheint aber der Einsatz auch des Strafrechts als *Ultima Ratio* angebracht,⁴² zumal Bagatelverstößen über die Heilungsvorschrift des § 51 Abs. 3 GmbHG und gegebenenfalls über die Heilung durch Rügeverzicht⁴³ begegnet werden kann.⁴⁴

3. Zwischenergebnis

Ein Einverständnis durch eine GmbH-Gesellschaftermehrheit ist auch jenseits der Einstimmigkeit möglich. Voraussetzung hierfür ist allerdings die Beachtung der Minderheitenschutzvorschriften der §§ 47 ff. GmbHG.

IV. Das hypothetische Einverständnis

Für all das bereits Ausgeführte gilt, dass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis schon im Tatzeitpunkt vorliegen muss; eine nachträgliche Genehmigung lässt die Strafbarkeit nicht entfallen.⁴⁵ Dabei genügt ein rein innerlich verbleibendes, natürliches Einverständnis nicht.⁴⁶ Erforderlich ist eine zustimmende Willenserklärung.⁴⁷ Dies lässt in Fällen, in denen dieser Anforderung nicht entsprochen wurde, die Handlungen eines Treuenehmers jedoch vom hypothetischen Willen des Treugebers gedeckt scheinen, die Frage nach einem „hypothetischen Einverständnis“ aufkommen.

1. Zum Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung

Wollte man solch ein hypothetisches Einverständnis auf ein rechtstechnisches Gerüst stellen, so könnte man sich der Dogmatik der im Kontext des Arztrechts entwickelten hypothetischen Einwilligung bedienen. Hierbei handelt es sich um ein umstrittenes Rechtsinstitut, das von der Rechtsprechung geprägt⁴⁸ und im Schrifttum auf Zustimmung⁴⁹, aber auch auf – teils vehemente⁵⁰ – Ablehnung⁵¹ gestoßen ist.

a) Grundgedanke, Rechtsfolge und Kritik

Der Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung betrifft Fälle, in denen keine oder eine (meist aufgrund ungenügender ärztlicher Aufklärung) unwirksame (Patienten-)Einwilligung vorliegt, die der Rechtsgutsinhaber allerdings auch bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage (dann wirksam) abgegeben hätte.⁵² Es wird angenommen, dass die hypothetische Einwilligung den normativen Zurechnungszusammenhang auf Ebene der Rechtswidrigkeit entfallen lässt.⁵³

Das Bedürfnis nach einer hypothetischen Einwilligung wird überwiegend mit der Notwendigkeit einer Kompensation der anspruchsvollen ärztlichen Aufklärungspflichten begründet. Nach der Rechtsprechung stellt nämlich auch ein ärztlicher *lege-artis*-Eingriff einen tatbestandlichen Körperverletzungserfolg dar;⁵⁴ eine Rechtfertigung kommt im Wesentlichen

⁴² Dagegen Saliger FS Roxin II, S. 1053, 1069.

⁴³ Siehe dazu Gehrein/Born/Simon/Teichmann GmbHG, 5. Auflage 2021, § 51 Rn. 23; Scholz/Seibt § 51 GmbHG Rn. 31.

⁴⁴ Dieser muss allerdings vor der Tathandlung erklärt werden, da sonst die Strafbarkeit in das Belieben eines Dritten gestellt wäre, siehe dazu unter III.2.a).

⁴⁵ Statt vieler MüKo/Dierlamm StGB § 266 Rn. 143.

⁴⁶ NK/Kindhäuser StGB § 266 Rn. 67; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 367.

⁴⁷ Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 69.

⁴⁸ BGH NStZ 1996, 34; NStZ-RR 2004, 16; 2007, 340; NStZ 2012, 205; NJW 2013, 1688.

⁴⁹ Kuhlen FS Roxin I, S. 331, 333, 345; ders. FS Müller-Dietz, S. 431, 435; ders. JR 2004, 227 ff.; ders. JZ 2005, 713 ff.; Rönnau JZ 2004, 801, 802; Böcker JZ 2005, 925, 926 ff.; Beulke medstra 2015, 67, 72 ff.; Rosenau FS Maiwald, S. 683, 698, 700; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Rosenau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 53.

⁵⁰ Besonders leidenschaftlich opponieren NK/Paefgen/Zabel StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 168a ff. gegen die hypothetische Einwilligung.

⁵¹ Gaede, Medizinstrafrecht, *passim*; Puppe GA 2003, 764 ff.; Sowada NStZ 2012, 1, 8, 10; Böse ZIS 2016, 495 ff.; Schöнке/Schröder/Sternberg-Lieben StGB § 223 Rn. 40h; Sternberg-Lieben FS Beulke, S. 299, 301 ff.; Saliger FS Beulke, S. 257, 264 ff.; M. Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue, 2018, S. 173 ff., der die Entwicklung freilich für nicht mehr aufhaltbar hält; jetzt auch LK/Rönnau StGB, Band 3, 13. Auflage 2019, Vor. §§ 32 ff. Rn. 231 ff.

⁵² LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 230.

⁵³ Rönnau StV 2011, 753, 756; Kuhlen FS Müller-Dietz, S. 431, 436; in diese Richtung inzwischen auch BGH NJW 2013, 1688, 1689.

⁵⁴ RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHSt 11, 111, 112; 16, 309, 310; 45, 219, 221.

nur durch eine Patienteneinwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung in Betracht. Es geht also darum, eine Überpönalisierung bei kunstgerechten Eingriffen zu verhindern.⁵⁵ Daneben wird betont, dass schon die Einheit der Rechtsordnung gebiete, die hypothetische Einwilligung im Strafrecht anzuerkennen, da strafrechtlich nicht verboten sein könne, was zivilrechtlich erlaubt ist.⁵⁶

Hierbei wird aber übersehen, dass eine vollständige Kongruenz beider Rechtsgebiete gar nicht zu erreichen sein dürfte: Die hypothetische Einwilligung wird im Zivilrecht von sorgsam abschichtenden Darlegungs- und Beweislastregeln flankiert, die zum Teil für den Arzt sehr belastend wirken. Im Strafrecht müsste hingegen der *in-dubio*-Grundsatz Anwendung finden, sodass die strafrechtliche Entlastungswirkung deutlich raumgreifender wäre als die zivilrechtliche.⁵⁷

Außerdem unterläuft die hypothetische Einwilligung den Grundsatz der Unbeachtlichkeit einer nachträglichen Genehmigung,⁵⁸ da durch ein *ex-post*-Rückschlussverfahren⁵⁹ zeitlich nachgelagerte Umstände zur Ermittlung des hypothetischen Willens im Zeitpunkt der Verletzungshandlung herangezogen werden.

Während der (mutmaßlichen) Einwilligung Freiheits- und Autonomiegedanken zugrunde liegen,⁶⁰ erfordert die hypothetische Einwilligung gerade keinen aktuellen Willen des Rechtsgutsinhabers und nimmt vielmehr eine selbstbestimmungsfeindliche normative Fremdzuschreibung vor.⁶¹ Durch die Anwendung der hypothetischen Einwilligung wird außerdem die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung unterlaufen, die gerade den Vorrang des tatsächlichen und geäußerten Willens schützen soll.⁶²

Daher bestehen bereits durchgreifende Bedenken gegen die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung als solche.

2. Anwendbarkeit auf die Untreue

Dennoch stellt sich Frage, ob bei der Untreue ein hypothetisches Einverständnis anzuerkennen ist. Denn zum einen könnte aufgrund der besonderen Interessenslage bei der Untreue das Bedürfnis für eine hypothetische Zustimmung gegeben sein (dazu sogleich). Zum anderen könnte, wenn man sich dem Faktum stellt, dass die ständige Rechtsprechung die hypothetische Einwilligung anerkennt, dann jedenfalls zu fordern sein, die Rechtsfigur konsequenterweise auch auf andere Tatbestände wie die Untreue zu übertragen.⁶³ Ob eine solche Übertragung möglich ist, ist bislang ungeklärt. Das OLG Hamm hat dies in nicht tragenden Erwägungen beiläufig angenommen.⁶⁴ In der Literatur wird die Übertragbarkeit vereinzelt befürwortet⁶⁵, aber überwiegend abgelehnt.⁶⁶ Es ist terminologisch vorzugswürdig, in

⁵⁵ *Beulke medstra* 2015, 67, 72 ff.; diese Motivationslage der Rechtsprechung darstellend *Rönnau JuS* 2014, 882, 883; *Fischer StGB Vor.* § 32 Rn. 4b; *Sternberg-Lieben FS Beulke*, S. 299, 306; kritisch zu dieser *NK/Paeffgen/Zabel StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 168a, die mutmaßen, der BGH wolle sein „schlechtes Gewissen“ für die ansonsten strengen Maßstäbe beim ärztlichen Heileingriff beruhigen.

⁵⁶ *Rosenau FS Maiwald*, S. 683, 698; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Rosenau StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 53; *Beulke medstra* 2015, 67, 73.

⁵⁷ *Sowada NStZ* 2012, 1, 7; *Sternberg-Lieben FS Beulke*, S. 299, 304 f.; *Saliger FS Beulke*, S. 257, 266; *NK/Paeffgen/Zabel StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 168a.

⁵⁸ *Sowada NStZ* 2012, 1, 6; *LK/Rönnau StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 231b; *Saliger FS Beulke*, S. 257, 261; im Untreuekontext *Gaede*, *Medizinstrafrecht*, S. 70 f.; *Anders*, *Untreue zum Nachteil der GmbH*, 2012, S. 116; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB* § 266 Rn. 58; *Dehne-Niemann ZStW* 2019, 363, 399; **dagegen** *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Rosenau StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 53.

⁵⁹ *Saliger FS Beulke*, S. 257, 261; *Anders*, *Untreue zum Nachteil der GmbH*, S. 115.

⁶⁰ *Gaede*, *Medizinstrafrecht*, S. 18 ff.; *Dehne-Niemann ZStW* 2019, 363, 394 f.; *Sowada NStZ* 2012, 1, 7; *Anders*, *Untreue zum Nachteil der GmbH*, 2021, S. 115; *Saliger FS Beulke*, S. 257, 265.

⁶¹ *LK/Rönnau StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 231c; *Gaede*, *Medizinstrafrecht*, S. 18.

⁶² *Gaede*, *Medizinstrafrecht*, S. 18 f.; *Puppe ZIS* 2016, 366, 368 f.; *Böse ZIS* 2016, 495 f.; *Sowada NStZ* 2012, 1, 7; *Saliger FS Beulke*, S. 257, 261; *LK/Rönnau StGB Vor.* §§ 32 ff. Rn. 231c; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben StGB* § 223 Rn. 40h; speziell im Kontext der Übertragbarkeit auf die Untreue *M. Schmidt*, *Hypothetische Einwilligung*, S. 287 ff.; *Anders*, *Untreue zum Nachteil der GmbH*, S. 115 f.; *Dehne-Niemann ZStW* 2019, 363, 394 f.; **dagegen** *Kuhlen FS Müller-Dietz*, S. 431, 442 f.; *ders.* *JZ* 2005, 713 f.; früher auch *Rönnau JZ* 2004, 801, 803.

⁶³ *So Edlbauer/Irrgang JA* 2010, 786, 789.

⁶⁴ *OLG Hamm NStZ-RR* 2012, 374, 375.

⁶⁵ *So zuerst Rönnau StV* 2011, 753, 756; *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier*, 4. Auflage 2015, 5. Teil, 2. Kap. Rn. 211; *Walischewski FS Feigen*, S. 293, 314 ff.; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer StGB*, § 266 Rn. 144a; *Edlbauer/Irrgang JA* 2010, 786, 790; wohl auch *Tsambikakis ZWH* 2012, 458.

⁶⁶ *Gaede*, *Medizinstrafrecht*, S. 70 f.; *Anders*, *Untreue zum Nachteil der GmbH*, S. 115 f.; *Sturm*, *Die hypothetische Einwilligung*, S. 225 ff.; *M. Schmidt*, *Hypothetische Einwilligung*, *passim*, Ergebnis auf S. 372; *Saliger FS Beulke*, S. 257, 267 f.; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger StGB* § 266 Rn. 58; *Schönke/Schröder/Perron StGB* § 266

Anlehnung an die besondere Zustimmungsdogmatik der Untreue von einem hypothetischen Einverständnis statt von einer hypothetischen Einwilligung zu sprechen.⁶⁷

a) Ausgangsüberlegung

Bei unbefangener Betrachtung scheint es zunächst naheliegend, eine Übertragbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue zu befürworten. Ein arztrechtlicher Sonderrechtfertigungsgrund wäre zumindest begründungsbedürftig, und die Verallgemeinerungsfähigkeit der hypothetischen Einwilligung scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, sodass sie auch für andere Erfolgsdelikte gelten könnte.⁶⁸

Das gilt besonders für den Tatbestand der Untreue, weil eine Restriktion aufgrund des weiten Wortlauts vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG geboten ist.⁶⁹ Und auch der Blick auf die Interessenlagen in der Rechtspraxis legt scheinbar das Bedürfnis für eine hypothetische Einwilligung nahe: Vergegenwärtigt man sich beispielsweise⁷⁰ die Gemengelage bei der Bildung einer „schwarzen Kasse“, so fällt auf, dass der Täter nach seiner Vorstellung regelmäßig uneigennützig handeln und das Fortkommen des Unternehmens anstreben wird. Folglich liegt es nahe, dass Gesellschafter im Einzelfall mit einer „schwarzen Kasse“ einverstanden sein könnten.⁷¹ Ein etwaiger Verstoß gegen Antikorruptionsvorschriften steht der Wirksamkeit einer (hypothetischen) Einwilligung nach richtiger Auffassung nicht entgegen, denn damit würde der Schutzzweck des § 266 StGB entstellt.⁷² Doch auch bei konsequenter Anwendung der anerkannten Einwilligungsdogmatik lässt sich eine wirksame Zustimmung nicht konstruieren: Ein formal erteiltes Einverständnis der Gesellschafter wird regelmäßig nicht vorliegen, ein mutmaßliches Einverständnis scheidet unter Subsidiaritätsgesichtspunkten aus.⁷³ Dennoch verbleiben Zweifel, ob bei einer – insoweit folgerichtigen – Verurteilung tatsächlich die Verletzung des Vermögens als einzig geschütztes Rechtsgut der Untreue oder nicht vielmehr die Verletzung der Rechtsgüter, deren Schutz eigentlich den Korruptionsvorschriften überantwortet ist, sanktioniert wird. Nachdenklich stimmen dürfte insofern Deutschlands lobende Erwähnung im Antikorruptions-Arbeitsgruppenbericht der OECD bezüglich „Germany’s pragmatic approach to prosecute and sanction foreign bribery with a range of criminal offences other than the foreign bribery offence“.⁷⁴ Das hypothetische Einverständnis könnte hier Abhilfe schaffen und das Entstehen einer „Superverbotnorm“⁷⁵ verhindern. Die Folgen wären gravierend: Im Arztstrafrecht kann bei entfallendem Erfolgsunrecht auf eine Versuchsstrafbarkeit zurückgegriffen werden. Da die Untreue diese nicht kennt, ließe sich verbleibendes Handlungsunrecht nicht abbilden.⁷⁶

b) Stellungnahme

Um festzustellen, ob sich das Konstrukt der hypothetischen Einwilligung mit den dogmatischen Eigentümlichkeiten der Untreue verträgt, soll sich im Folgenden der Strukturbestandteile der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht vergewissert werden (a), um sodann die Funktionsäquivalente im Untreuetatbestand zu ermitteln (b). Auf dieser Basis soll an-

Rn. 21; aus der Rechtsprechung LG Kleve, Beschl. v. 21.10.2010 – 120 QS 79/10; jetzt auch LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann 5. Teil 2. Kap. Rn. 211.

⁶⁷ Rönnau StV 2011, 753, 756; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 201 Fn. 885.

⁶⁸ Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 365; Fischer StGB Vor. § 32 Rn. 4c f.; dies explizit befürwortend Kuhlen FS Müller-Dietz, S. 431, 444, 451.

⁶⁹ Ausführlich und instruktiv Knieler HRRS 2020, 401 ff.

⁷⁰ Weitere Beispiele für einen denkbaren Anwendungsbereich des hypothetischen Einverständnisses bei der Untreue bei M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 209 ff.

⁷¹ Tsagkaraki, Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen“ als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2013, S. 108; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 222 f.

⁷² Rönnau ZStW 2007, 887, 923 ff.; ders. FS Tiedemann, S. 713, 718 f.; ähnlich Schramm, Untreue und Konsens, S. 143 f.; anders aber BGHSt 50, 331, 342.

⁷³ Rönnau FS Tiedemann, S. 713, 719; Tsagkaraki, Schwarze Kassen, S. 108.

⁷⁴ Antikorruptions-Bericht der Arbeitsgruppe der OECD zu Deutschland vom 17.3.2011, S. 4 (<https://bit.ly/30zRbU0>, zuletzt aufgerufen am 19.09.2021).

⁷⁵ Zu diesem inzwischen etablierten Begriff siehe etwa Knieler HRRS 2020, 401, 406.

⁷⁶ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Dehne-Niemann ZStW 2019, 363, 396; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 276, 279 f.; Anders, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 115; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann 5. Teil 2. Kap. Rn. 211.

schließlich ein Strukturvergleich angestellt werden, um zu untersuchen, ob eine Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreuedogmatik möglich ist (c).

aa) Strukturbestandteile der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht

Im Ausgangspunkt ist jede ärztliche Heilbehandlung eine tatbestandliche Körperverletzung. Die Strafbarkeit entfällt erst durch die Einwilligung des Patienten. Wirksam einwilligen kann der Patient nur, wenn er vollständig über die Heilbehandlung aufgeklärt wurde (vgl. § 630d BGB f.), denn über das ihm Unbekannte kann sich der Patient keinen wirklichen Willen bilden.⁷⁷ Kann nun aber mangels Aufklärung ein wirklicher Wille nicht gebildet werden, wird mittels hypothetischer Einwilligung ein Wille fingiert, sofern davon auszugehen ist, dass der Patient einen entsprechenden tatsächlichen Willen gebildet hätte, wenn er aufgeklärt worden wäre.

Die hypothetische Einwilligung findet nur auf *lege-artis*-Eingriffe Anwendung. Eine präzise Definition findet sich in den Judikaten des BGH nicht. Er hebt nur hervor, dass ein Heileingriff *de lege artis* erfolgte, wenn er nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführt wurde.⁷⁸ Aus dem *Telos* dieser Einschränkung der hypothetischen Einwilligung lässt sich aber unschwer eine präzisere Definition herleiten. Es soll verhindert werden, dass sich der Arzt vom Risiko des Fehlgehens eines Heileingriffes selbst bei schwersten handwerklichen Fehlern mit der Verteidigung, der Patient hätte bei gehöriger Belehrung gewiss eingewilligt, freizeichnen kann.⁷⁹ Die Definition sollte mithin wie folgt lauten: Eine Heilbehandlung erfolgt *de lege artis*, wenn sie zu einer Gesundheitsverbesserung führte oder wenn sie, im Falle eines Fehlschlags, nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft ausgeführt wurde.⁸⁰

bb) Strukturvergleich zur Untreue

Im Folgenden sollen zu den dargestellten dogmatischen Strukturen die entsprechenden Parallelen bei der Untreue aufgezeigt werden.

i) Vergleich zum Willensbildungserfordernis

Während im Arztstrafrecht jede einzelne ärztliche Maßnahme der Einwilligung bedarf, muss der Treunehmer nicht für jede Entscheidung die Zustimmung des Geschäftsherrn einholen.⁸¹ Er verfügt als Vermögensbetreuungspflichtiger notwendigerweise über ein gewisses Maß an Selbstständigkeit.⁸² Dieses Phänomen lässt sich als eine Art antizipierte Zustimmung des Geschäftsherrn beschreiben.⁸³ Er räumt seinem Treunehmer eine Dispositionsbefugnis über ihm zustehende Rechtsgüter ein, die nicht vor jedem Tätigwerden des Treunehmers aktualisiert werden muss und vor dem Hintergrund des Selbstständigkeitserfordernisses und maßstabsbildender Figuren wie etwa der weiten *Business Judgment Rule* (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) stets einen gewissen Umfang aufweist.⁸⁴ Auf einen aktuellen übereinstimmenden Willen des Treugebers zu einer bestimmten Maßnahme kommt es daher gar nicht an, solange sich der Treunehmer innerhalb des Rahmens seiner Vermögensbetreuungspflicht hält. Nur wenn er ihre Grenzen überschreiten will, muss er sich dafür vorher eine Zustimmung des Geschäftsherrn einholen.⁸⁵

ii) Funktionsäquivalent der *lege-artis*-Einschränkung

Der tatbestandliche Erfolg der Körperverletzung findet sein systematisches Äquivalent bei der Untreue im Erfolg des Vermögensnachteils. Im Schrifttum wird zutreffend darauf hin-

⁷⁷ BGHZ 169, 364 Rn. 7; BGHSt 16, 309, 310; BeckOK/*Eschelbach* StGB § 223 Rn. 8; *Spickhoff* NJW 2006, 2075.

⁷⁸ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

⁷⁹ Im Fall war der Patient infolge grober Fehler des Arztes verstorben, sodass „nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden“ konnte, dass der Arzt für die Todesfolge strafrechtlich einzustehen habe, so *Bosch* JA 2008, 70, 71.

⁸⁰ Dadurch wird nicht jeder erfolgreiche Heileingriff legitimiert, denn es bleibt zu prüfen, ob der Patient bei hypothetischer Betrachtung auch in den erfolgreichen Heileingriff eingewilligt hätte. Zu dennoch damit einhergehenden Autonomiebeschränkungen oben schon kritisch unter IV.1.a).

⁸¹ Schönke/Schröder/*Perron* StGB § 266 Rn. 21; *M. Schmidt*, Hypothetische Einwilligung, S. 358 f.; *Sturm*, Die hypothetische Einwilligung, S. 233.

⁸² *Fischer* StGB § 266 Rn. 37 m.w.N.

⁸³ *AnwK/Esser* StGB § 266 Rn. 157.

⁸⁴ *Lackner/Kühl/Heger* StGB § 266 Rn. 9 m.w.N.

⁸⁵ *M. Schmidt*, Hypothetische Einwilligung, S. 358 f.; *AnwK/Esser* StGB § 266 Rn. 157.

gewiesen, dass sich insoweit strukturelle Unterschiede ergeben: Um die Autonomie des Patienten zu schützen, stellt auch eine Verbesserung des Gesundheitszustandes einen tatbestandlichen Erfolg dar, während eine Vermögensmehrung dazu führt, dass die Untreue schon tatbestandlich ausscheidet.⁸⁶

Da die Gesundheitsverbesserung auch den ersten Teil der o.g. Definition der *lege-artis*-Einschränkung ausmacht, lässt sich diese Überlegung hierher übertragen: Der Treuehmer handelt also jedenfalls „*de lege artis*“, wenn er eine Vermögensmehrung herbeiführt. Der zweite Definitionsbestandteil des kunstgerechten Eingriffes ist das Einhalten des Standes der medizinischen Wissenschaft. Dieser determiniert den Rahmen, innerhalb dessen ein Arzt sich redlicherweise bewegen darf. Der Rahmen, innerhalb dessen ein Treuehmer sich redlicherweise bewegen darf, wird durch den Umfang der Vermögensbetreuungspflicht abgesteckt. Funktional entspricht also der Stand der medizinischen Wissenschaft dem Umfang der Vermögensbetreuungspflicht. Während zum Schutz des Patienten mit dem Stand der medizinischen Wissenschaft ein objektives Kriterium aufgebaut wird, um die Argumentation zu verschließen, der Patient hätte in eine nicht kunstgerechte Behandlung eingewilligt, erfolgt die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht subjektiv nach dem Willen des Geschäftsherrn.⁸⁷

cc) Abgleich

Die soeben aufgezeigten Funktionsäquivalente sind nun vergleichend dahingehend zu analysieren, ob eine Übertragung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung möglich ist.

i) Willensbildungserfordernis

In der Literatur wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die hypothetische Einwilligung gerade entwickelt wurde, um ausufernde Aufklärungspflichten zu neutralisieren.⁸⁸ Diesem Befund ist zuzustimmen, er kann aber noch präziser formuliert werden: Die hypothetische Einwilligung wurde entwickelt, weil beim ärztlichen Heileingriff die Besonderheit besteht, dass vor jedem Eingriff eine *tatsächliche Zustimmung* des Patienten gegeben sein muss, welche nur angenommen werden kann, wenn weitreichenden Aufklärungspflichten genügt wird.⁸⁹ Bei dieser Betrachtung wird die systematische Entsprechung im Untreuekontext offenbar: Eine tatsächliche Zustimmung des Treuehmers vor jeder Handlung des Treugebers ist gerade nicht erforderlich. Die Legitimation der hypothetischen Einwilligung, nämlich das mit strengen Aufklärungspflichten versehene Zustimmungserfordernis vor *jedem* Eingriff, ist bei der Untreue, bei der ein Einverständnis *nur* eingeholt werden muss, wenn der Rahmen der Vermögensbetreuungspflicht überdehnt werden soll, also hinfällig.⁹⁰ Das Restriktionserfordernis bei der Untreue besteht aus einem anderen Grund, nämlich wegen des unbestimmten Gesetzeswortlauts.⁹¹ Schon die Grundprämisse der hypothetischen Einwilligung verträgt sich folglich nicht mit der Dogmatik der Untreue.

ii) Lege-artis-Erfordernis

Noch gravierender sind jedoch die Friktionen in Bezug auf die *lege-artis*-Einschränkung der hypothetischen Einwilligung, die man – wollte man die hypothetische Einwilligung mit dem Gleichbehandlungsargument⁹² auf die Untreue übertragen – konsequenterweise übernehmen müsste. Unter Zugrundelegung der o.g. Funktionsäquivalente würde die auf die Untreue übertragene *lege-artis*-Beschränkung nur dann ein wirksames hypothetisches Einverständnis nicht verhindern, wenn entweder eine Vermögensmehrung erzielt wurde oder sich der Treuehmer innerhalb seiner Vermögensbetreuungspflicht bewegt hat. Dann wäre aber in jedem Fall ein Tatbestandsmerkmal des § 266 StGB nicht erfüllt, sodass ohnehin Straflo-

⁸⁶ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Sturm, Die hypothetische Einwilligung, S. 236 f.

⁸⁷ Hierzu M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 348 ff.

⁸⁸ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; Saliger FS Beulke, S. 257, 268; Rosenau FS Maiwald, S. 683, 699; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 359.

⁸⁹ Ebenso Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21.

⁹⁰ M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 359 f.

⁹¹ LK/Rönnau StGB Vor. §§ 32 ff. Rn. 232; M. Schmidt, Hypothetische Einwilligung, S. 367 f.

⁹² Zum Begriff Sturm, Die hypothetische Einwilligung, S. 234. Es wird argumentiert, die hypothetische Einwilligung privilegieren gleichheitswidrig Ärzte, wenn sie auf das Medizinstrafrecht beschränkt bliebe, so etwa Rönnau StV 2011, 753, 756; Walischewski FS Feigen, S. 293, 315; Edbauer/Irrgang, JA 2010, 786, 790.

sigkeit eintritt. Überträgt man die *lege-artis*-Beschränkung daher sinngemäß, hat ein hypothetisches Einverständnis von vornherein keinen Anwendungsbereich.⁹³

Plastisch wird dies, wenn man die Normbefehle ausformuliert: „Du sollst keinen ärztlichen Heileingriff vornehmen, es sei denn, der Patient hätte hypothetisch eingewilligt, sofern du eine Gesundheitsverbesserung herbeiführst oder dich innerhalb des Standes der medizinischen Wissenschaft bewegst.“ So weit, so logisch. Tut man dasselbe hingegen für die Untreue, so ergibt sich Folgendes:

„Du sollst nicht pflichtwidrig einen Vermögensnachteil herbeiführen, es sei denn, der Treugeber hätte hypothetisch eingewilligt, sofern du eine Vermögensmehrung herbeiführst oder dich pflichtgemäß verhältst.“ Dieser Satz ist eine *contradictio in adiecto*.

c) Zwischenergebnis

Der Übertragung der hypothetischen Einwilligung steht schon ihr mit der Dogmatik der Untreue unvereinbare Grundgedanke entgegen. Aufgrund einer sinngemäßen Übertragung der *lege-artis*-Beschränkung hätte sie überdies von vornherein keinen Anwendungsbereich, sie liefe vollständig ins Leere. Sie ist daher abzulehnen.

d) Übertragung des Ergebnisses auf die Ausgangsüberlegung

Die Ablehnung der hypothetischen Einwilligung hat bei den „schwarzen Kassen“ die Konsequenz, dass damit in den meisten Fällen der letzte Ausweg aus der Strafbarkeit wegfallen dürfte. Die Plausibilität des gefundenen Ergebnisses lässt sich anhand dieses Beispiels gut illustrieren: Die eigenmächtige Bildung „schwarzer Kassen“ ist keine geschäftliche Maßnahme, die einem *lege-artis*-Standard genügt, sie führt außerdem zu einem Vermögensnachteil.⁹⁴ Unter Wertungsgesichtspunkten vergleichbare medizinrechtliche Konstellationen könnte die hypothetische Einwilligung nie erfassen; es ist daher nur folgerichtig, auch bei der Untreue zu diesem Ergebnis zu kommen. Dieses deckt sich im Übrigen mit der tatsächlich zu vermutenden Interessenslage: Vielen Gesellschaftern wird die Bildung „schwarzer Kassen“ aufgrund drohender Sanktionen und Imageschäden nicht genehm sein.⁹⁵ Einem Rechtsinstitut, das aufgrund der oben dargestellten Beweisschwierigkeiten einen solchen Willen ggf. unterstellt, ist nicht näher zu treten.

V. Summa

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis durch Mehrheitsbeschluss ist in der GmbH möglich, wenn ein den §§ 47 ff. GmbHG entsprechender Gesellschafterbeschluss herbeigeführt wird.

Das schon grundsätzlich bedenkliche Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung darf aus strukturellen Gründen und mangels Anwendungsbereiches nicht auf die Untreue übertragen werden.

⁹³ Andeutungsweise Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 21, der feststellt, dass ein hypothetisches Einverständnis nur Verhaltensweisen legitimieren könnte, die gerade nicht „kunstgerecht“ erfolgen.

⁹⁴ BGHSt 52, 323 Rn. 42 ff.; 55, 266 Rn. 40 ff.

⁹⁵ Rönnau FS Tiedemann, S. 713, 720.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Allgemeines Wirtschaftsstrafrecht

Wis. Mit. Fynn Wenglarczyk*, Frankfurt a.M.

Tagungsbericht zur 11. WisteV Herbsttagung am 29. Oktober 2021 „Untreue – gebändigt?“

Untreue. Da geht es nicht mehr, wie nach der damaligen Fassung vom 1. Januar 1872, nur um Angehörige heute kaum noch bekannter Berufe – „Feldmesser“, „Wäger“, „Güterleute“ oder „Schauer“. Zwar ist der Untreuetatbestand in seiner aktuellen Fassung (§ 266 Abs. 1 StGB) auch heute noch als Sonderdelikt ausgestaltet. Die Beschränkung auf bestimmte Berufe ist aber entfallen. Als Täter kommt in Betracht, wer eine besondere Verantwortung für die materiellen Güter einer anderen Person, also eine Vermögensbetreuungspflicht innehat. Und so geht es dieser Zeiten auch um Architekten, Betreuer, Compliance-Officer, Geschäftsführer, Hausverwalter, Insolvenzverwalter, öffentliche Bedienstete, wie z.B. (Ober-)Bürgermeister, aber auch um Notare, Sparkassenvorstände, Vertragsärzte, Wirtschaftsprüfer u.v.m.¹ – von A bis W ist eigentlich jeder und jede mit dabei. Der Untreuetatbestand hat sich auch wegen dieser Erweiterung des potentiellen Täterkreises zum Schlüsseldelikt des modernen Wirtschaftsstrafrechts und zur Zentralnorm wirtschaftsstrafrechtlicher Regulierung entwickelt.² Um es mit Worten *Ransieks* auszudrücken: „Untreue passt immer“.³ Das könnte man positiv verstehen, ist so aber wohl nicht gemeint. Denn schon *H. Mayer* wusste: „(...) sofern nicht einer der klassischen Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 vorliegt oder nicht.“⁴ Dass Untreue, dass ein Straftatbestand nämlich irgendwie immer passt, obwohl (oder vielleicht auch gerade weil) niemand weiß, ob § 266 StGB vorliegt oder nicht, ist mit Blick auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der „Strafbarkeit“ (Art. 103 Abs. 2 GG) problematisch. Sogar so problematisch, dass es im Jahr 2010 das BVerfG auf den Plan rief. Mit seinem im 126. Band verewigten Grundsatzbeschluss⁵ bemühte es sich insoweit um eine Eingrenzung des Tatbestandes durch das Verschleifungsgebot als rote Auslegungslinie und die Beschränkung auf Fälle klarer und deutlicher, evidenter Pflichtverletzung. Nur unter diesen Vorzeichen konnte das *Gericht* den Tatbestand insgesamt (noch) für verfassungsgemäß erklären.

Was hat sich seitdem in der Strafjustiz getan? Wie ist es nun, elf Jahre später, in Zeiten von Fiskal-, Vertragsarzt- und Haushaltsuntreue etwa durch kommunale Zinsswap-Spekulationen um die Anwendung und Auslegung des Untreuetatbestands in der Rechtsprechung bestellt? Angesichts einer uneinheitlichen und erratischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, beispielsweise in Bezug auf den Anwendungsbereich des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung auch außerhalb des Bereichs unternehmerischer Entscheidungen, liegt es nahe zu fragen: „Untreue – gebändigt?“ Und genau um diese Frage ging es bei der 11. WisteV-Herbsttagung, die am 29. Oktober 2021 an der Bucerius Law School (Hamburg) als Präsenzveranstaltung stattfand. Mit Vorträgen von RiBGH *Dr. Christina Pernice*, Prof. *Dr. Frank Saliger* und RA *Dr. Till Soyka* (Prof. *Dr. Beckemper* musste krankheitsbedingt kurzfristig absagen) wurden ausgehend vom genannten BVerfG-Beschluss Entwicklungen in

* Fynn Wenglarczyk ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie (Prof. Dr. Matthias Jahn) an der Goethe-Universität Frankfurt. Seine aktuellen Forschungsschwerpunkte sind das Unternehmensstrafrecht, insbesondere seine prozessualen Bezüge.

¹ Vgl. zur Vermögensbetreuungspflicht die Darstellung nach Berufsgruppen bei Jahn/Ziemann, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 266 Rn. 72.

² NK-WSS/Jahn/Ziemann, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), 2. Aufl. 2022, § 266 Rn. 35, 40.

³ Ransiek, ZStW 116 [2004], 634.

⁴ H. Mayer, in: BMJ (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 333 (337).

⁵ BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209.

der strafgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre identifiziert und aus rechtsdogmatischer wie rechtspraktischer Sicht problematisiert. Die Auswahl der Referentinnen und Referenten ließ für eine Tagung zur Untreue keine Wünsche offen und dürfte sowohl für Teilnehmende aus der (Straf-)Rechtswissenschaft als auch für Teilnehmende aus der Praxis Impulse zum Weiterdenken gegeben haben.

Dass die Tagung als Präsenzveranstaltung stattfand, ist nach fast zwei Jahren häufig nur virtueller Zusammenkunft schwarzer Kacheln im digitalen Raum etwas Besonderes und deshalb erwähnenswert. Etwas Besonderes war auch das Grußwort des Mitveranstalters RA Meyer-Lohkamp, der aus aktuellem Anlass – das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 7. Oktober 2021 – eine schriftliche, an die Tagungsteilnehmenden adressierte Erklärung von *Mikołaj Pietrzak*, dem *Dean of the Warsaw Bar Association* verlas, die mit folgendem Appell endete: „The principles of mutual trust and mutual recognition require that many civil, commercial and criminal judicial decisions issued by courts throughout Europa must be respected and executed by authorities in other EU states. This system risks falling apart if judgements are issued by a court in an EU state in which the independence of judiciary is under constant attack. So I encourage you today to continue your defence and support for the independence of the judiciary in Poland for the benefit not only of Poles but all other EU citizens.“

Nach weiteren Grußworten durch den Gastgeber und Mitveranstalter Prof. Dr. Gaede ging RiBGH Dr. Pernice in ihrem Vortrag „*Das gehört sich nach wie vor nicht ...*“ auf die Entwicklung der Untreue-Rechtsprechung seit dem Grundsatzbeschluss des BVerfG ein. Sie wies eingangs darauf hin, dass der Untreuetatbestand trotz seines weit gefassten Wortlaufs entlang des im Beschluss aufgestellten Maßstabs des Verschleifungsgebots noch dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG und dem Wesentlichkeitsgrundsatz genüge. Zu berücksichtigen sei aber auch, dass das *Gericht* ein Gebot zur Konkretisierung und Präzisierung des Untreuetatbestandes an die Rechtspraxis adressiert habe, dem sich die Strafgerichte durch Fallgruppenbildung bemühten nachzukommen. Anschließend erörterte Dr. Pernice die konkreten Maßgaben des Grundsatzbeschlusses für die (Auslegung der) einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 266 Abs. 1 StGB. Hierfür bemühte sie einige Sachverhalte, in denen die Rechtsprechung nach 2010 beispielsweise eine Vermögensbetreuungspflicht und eine evidente Pflichtverletzung anerkannt habe. In diesem Zusammenhang ging sie auch auf eine Entscheidung des BGH vom 22.7.2010 (III ZR 293/09 = NJW 2010, 3243) ein, nach der eine Vermögensbetreuungspflicht und eine entsprechende Pflichtverletzung eines Notars für den Fall angenommen wurde, dass im Rahmen eines Beurkundungsverfahrens konkrete Anhaltspunkte für wirtschaftliche Schäden einer Vertragspartei bestünden und der Notar dies auch wisse. Ihrer persönlichen Ansicht nach sei die Entscheidung nicht überzeugend, da der Notar neutral zwischen den Parteien stünde, eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB aber eine enge Beziehung zu einem Treugeber voraussetze. Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils stellte Dr. Pernice die Frage in den Raum, ob es einen Gefährdungsschaden mit Blick auf den Wortlaut der Entscheidung des BVerfG, wonach ein Gefährdungsschaden dann vorliege, wenn „(...) der Eintritt des Schadens so naheliegend erscheint, dass der Vermögenswert aufgrund der Verlustgefahr bereits gemindert ist“ [*Herv. d. Verf.*], überhaupt gebe. Bereits wegen dieser Formulierung und der Tatsache, dass auch der Gefährdungsschaden eine konkrete Bezifferung erfordere, so Dr. Pernice, könne man bezweifeln, dass es die Figur der Vermögensgefährdung überhaupt gebe.

In der späteren Diskussion wies Dr. Pernice auf Nachfrage noch einmal darauf hin, dass sie verstehen könne, dass die ausgehend vom unscharfen Wortlaut des § 266 StGB uneinheitliche Rechtsprechung etwa im Bereich der Fiskaluntreue (hier ging es konkret um BGH NJW 2020, 628 – Detektivkosten der Stadt Homburg) für die Beratungspraxis gerade im Hinblick auf die präventive Einschätzung des strafrechtlichen Risikos wirtschaftlicher Unternehmungen unbefriedigend sei, man sich aber eben nur kasuistisch annähern könne. In diesem Zusammenhang wies Prof. Dr. Rönnau darauf hin, dass es in anderen Rechtsordnungen häufig nur bereichsspezifische Untreuetatbestände gebe. Wolle man im deutschen Strafrecht weiterhin einen allgemeinen Untreuetatbestand, müsse man verbleibende Zweifel in Bezug auf die Unbestimmtheit in Kauf nehmen. Zu der Frage, ob man denn überhaupt einen allge-

meinen Untreuetatbestand benötige, äußerte Prof. Dr. Saliger, dass es sich bei § 266 StGB um einen wichtigen Tatbestand für die Strafgerechtigkeit handele, weil er auch Machtfragen flankiere und im Unterschied zu vielen anderen Tatbeständen nicht nur auf die Unterschichten abziele. So wundere es auch nicht, dass durchaus auch „organisierte Kritik“ mächtiger Einflussgruppen gegen den Untreuetatbestand zu beobachten sei.

Prof. Dr. Saliger wies in seinem Vortrag „Ist das jetzt etwa alles kein Problem? Die Entwicklung der Untreue – ein Grund zur Freude?“ zunächst darauf hin, dass die Untreue in der universitären Lehre in den vergangenen Jahren eine Aufwertung erfahren habe, was auch darauf zurückgeführt werden könne, dass sie an der Bucerius Law School stärkeren Eingang in die strafrechtliche Ausbildung erhalten habe. Seinen Vortrag gliederte er dann in die Darstellung einiger rechtstatsächlicher Entwicklungen zur Untreue, Entwicklungstendenzen und „Moden“ sowie einigen Anwendungsfeldern in der Praxis, wozu u.a. die Abgrenzung von Untreue und Steuerdelikten, die Konsolidierung der Vermögensbetreuungspflicht und Unklarheiten beim Merkmal der Pflichtverletzung (Stichworte: Sparsamkeit und Spielraum) im Zentrum standen:

Im Hinblick auf – laut Kriminalstatistik – sinkende Fallzahlen wies Prof. Dr. Saliger darauf hin, dass es in den letzten Jahren kein großes Untreueverfahren gegeben habe, das medial für Aufsehen gesorgt hätte. Mannesmann und HSH-Nordbank seien insoweit die letzten großen Verfahren gewesen und diese hätten bereits aufgrund der faktischen Belastungen für die angeklagten Manager im und durch das Verfahren wohl auch eine erhebliche generalpräventive Abschreckungswirkung entfalten können. Bezüglich der Entwicklungstendenzen identifizierte Prof. Dr. Saliger einen Langzeittrend hin zur Weiterentwicklung des Fallgruppenrechts und die wissenschaftliche Diskussion neuer Fallgruppen (Investmentuntreue, politische Untreue, Vereinsuntreue etc.). In der Strafjustiz sei zudem nach wie vor die Tendenz zu beobachten, unternehmerische Risikoentscheidungen nachträglich an § 266 StGB zu überprüfen. Diesen anhaltenden Entwicklungen stehe eine abebbende Entwicklung einiger Fragen gegenüber, wie etwa die nach der Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue, bei der sich Saliger selbst gegen eine Übertragung mit dem Argument aussprach, dass im Medizinstrafrecht eine krasse Informationsasymmetrie bestehe – der Arzt wisse alles, der Patient nichts –, was nicht auf das Verhältnis Treugeber/Treuehmer übertragen werden könne. Kritisch äußerte er sich anschließend bezüglich der Tendenz, die Unbestimmtheit des Tatbestandes in wissenschaftlichen Arbeiten zum Anlass zu nehmen, mit Hilfe grundlegender Überlegungen das Gesetz mehr oder weniger offen und vor allem am Gesetz vorbei zu korrigieren und wies hier u.a. auf Arbeiten hin, die für eine erweiterte Missbrauchstheorie oder der Einführung eines § 266 Abs. 2 StGB de lege ferenda plädierten.

Im zweiten Teil seines Vortrags ging Prof. Dr. Saliger auf einige Anwendungsfelder in der Praxis ein. Er wies in Bezug auf die Vermögensbetreuungspflicht zunächst darauf hin, dass bereits Schönemann richtig erkannt habe, dass es sich dabei um einen Typusbegriff handele, an den man sich eben nur annähern könne, weshalb die kasuistische Fallgruppenbildung auch methodisch der einzig gangbare Weg zur Konkretisierung sei. Im Folgenden standen die noch immer bestehenden Unklarheiten im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung entlang der Aspekte Sparsamkeitsgebot, Spielraum und gravierender Pflichtverletzung im Zentrum. Hinsichtlich bestehender Unklarheiten im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung ging Prof. Dr. Saliger zunächst auf die HSH-Nordbank-Entscheidung des BGH ein und erörterte die Möglichkeit einer zweistufigen Prüfung, also einer primär- und außerstrafrechtlichen auf der ersten und einer systemimmanenten, als strafrechtliche „Höhenmarke“ zu verstehenden auf zweiter Stufe. In diesem Zusammenhang wies er darauf hin, dass sich das Urteil zwar für eine einstufige Prüfung ausspreche, tatsächlich aber anders vorgehe, was den Normanwendenden ratlos zurücklasse. Im Anschluss ging Prof. Dr. Saliger auf einige Aspekte der Haushaltsuntreue und der Frage der Maßstäbe einer (gravierenden) Pflichtverletzung ein: Er stellte dar, dass auch der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einen großen (strafrechtsfreien) Entscheidungsspielraum beinhalte. Dieser sei etwa in BGH 5 StR 553/19 (= NJW 2021, 1473), BGH 4 StR 561/17 (= NStZ RR 2018, 349) und BGH 1 StR 194/18 (= NJW 2019, 378) auch (an)erkannt worden, allerdings rekurierten die Entscheidungen nicht auf das strafrechtsspezifische Gravitätsmerkmal. Insoweit identifizierte er bestehende Unklarheiten in Bezug auf die Reichweite des Merkmals der gravieren-

den Pflichtverletzung und stellte die Frage, ob die Nichterwähnung auf Nachlässigkeit oder Evidenz zurückzuführen sei.

Nachdem Prof. Dr. Saliger noch weitere neue dogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung aufgriff, wie u.a. das Konnexitätserfordernis im Zusammenhang mit kommunalen Spekulationsgeschäften zur Konkretisierung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals oder der entlang der Entscheidung BGH 6 StR 282/20 (= StV 2021, 716) bestehenden Möglichkeit, die Vermögensbetreuungspflicht delegieren zu können, wies er schließlich noch auf strukturelle Anwendungsprobleme in der Praxis hin. Seiner Ansicht nach steigere die zunehmende tatsächliche und rechtliche Komplexität der Untreuesachverhalte die Verständnisproblematik bei den Tatgerichten, was die Neigung zu einfachen, aber unzutreffenden Lösungen wie etwa in BGH 1 StR 194/18 (NJW 2019, 378) fördere.

Die durch die Funktion als BGH-Richterin und Strafrechtswissenschaftler gekennzeichneten Perspektiven auf die Entwicklungen im Kontext des Untreuetatbestandes wurden am Abend durch einen Vortrag von RA Dr. Till Soyka um einen Blickwinkel ergänzt, der sich den aufgeworfenen Fragen aus einer primär beratenden Funktion näherte. Was den Aspekt der Beratung angehe, so Dr. Soyka, sei dabei zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass Strafverteidigung heute nicht mehr nur repressive, im Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts vielmehr und vor allem die präventive Beratung und Einschätzung strafrechtlicher Risiken von wirtschaftlichen Vorhaben sei. Diese Feststellung machte die Formulierung seines Vortrags: „Aber wirtschaftlich sollte es schon irgendwie sein ...“ Fiskaluntreue – wo liegen die Grenzen?“ und den methodischen Zugang sofort nachvollziehbar. Häufig, so Dr. Soyka, werde an ihn die Fragestellung herangetragen, ob eine bestimmte Auftragsvergabe ein Untreuerisiko berge, weswegen er seinen Vortrag ausgehend von der Frage der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit bei „zu teuren“ Auftragsvergaben konzipierte. Nach den zuvor gehaltenen Vorträgen war dabei eigentlich schon klar: Im Fahrwasser weiterhin bestehender Unklarheiten in Bezug auf das Merkmal der Pflichtverletzung schwimmen die Unsicherheiten bei der Beratung nicht in ruhigen Binnengewässern. Unklarheiten und daraus resultierende Herausforderungen bei der Beratung zeigte Dr. Soyka dann auch eindrucksvoll entlang der BGH-Entscheidung zum Sparsamkeitsgrundsatz bei kostspieligen und über dem Marktdurchschnitt liegenden Detektivkosten für die Stadt Homburg (NJW 2020, 628) und zweier fiktiver Fälle auf. Mit Blick auf die zitierte BGH-Entscheidung machte er darauf aufmerksam, wie schwierig es sei, höchstrichterlichen Judikaten zur Pflichtwidrigkeit bei der Fiskaluntreue konkrete Antworten auf die Frage zu entnehmen, welche Geschäfte strafrechtlich (noch) als vertretbar eingestuft werden könnten. In Bezug auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entschied der BGH in der zitierten Entscheidung etwa, dass es gerade „bei der Beauftragung einer Detektei durch die öffentliche Hand (...) ganz wesentlich auf Faktoren wie Seriosität, Auftreten am Markt, Größe, Dauer des Bestehens“ ankomme und ein evidenter Pflichtverstoß dann fernliege, wenn der „öffentliche Auftraggeber diesen Faktoren gegenüber dem Preis den Vorrang“ gebe, der Preisvergleich mithin nicht allein über die Frage des Pflichtverstoßes entscheide. Zwar entstehe mit dieser Öffnung hin zur Berücksichtigung weiterer Faktoren insoweit auch Argumentationsspielraum für die Verteidigung, es gehe damit aber auch Rechtsunsicherheit einher, die in der auf Prävention orientierten Beratung schwierig zu handhaben sei. Wenn es in der zitierten Entscheidung BGH NJW 2020, 628 (629 Tz. 20) dann aber auch noch laute, dass eine „gravierende Pflichtverletzung (...) angesichts der Besonderheiten der beauftragten Dienstleistung (noch) nicht“ [Herv. d. Verf.] belegt sei, lasse das die Rechts(beratungs)praxis zudem mit der Frage allein, wann das denn der Fall gewesen sei und was man daraus für andere Fallgestaltungen mitnehmen könne.

Wenn hier aus Gründen begrenzten Raumes auch nur eine subjektive Auswahl erörterter Aspekte auf der 11. WisteV-Herbsttagung getroffen werden konnte, ist eines hoffentlich zum Ausdruck gekommen: Die Herbsttagung „Untreue – gebändigt?“ hat einmal mehr gezeigt, dass Veranstaltungen der *Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.* nicht nur ein nettes *Get-together* sind, bei dem der weitere Tagungsablauf gelegentlich auch schon einmal als „Störung“ empfunden werden könne, wie es ein Professor aus Heidelberg kürzlich auf einer Tagung in Linz ausgedrückt hat, sie geben auch inhaltliche Einblicke und Impulse für die Praxis, bilden weiter und inspirieren zum Nachdenken.

Entscheidungskommentare

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Wagner, Dortmund

Die Dauer der Verfolgungsverjährung bei der Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 OWiG – zugleich Anmerkung zum Beschluss des LG Itzehoe vom 29. Juni 2021 – 2 KLS 8/18 (2)

I. Einleitung

Der Bußgeldtatbestand der Aufsichtspflichtverletzung in § 130 OWiG ist für die Verfolgung unternehmensbezogener Delinquenz von überragender praktischer Bedeutung. So erlaubt er nicht nur eine Sanktionierung von Leitungspersonen jenseits der persönlichen Beteiligung an der konkreten Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung, sondern ermöglicht die Verhängung einer Verbandsgeldbuße gegen den Rechtsträger des Unternehmens gemäß § 30 OWiG auch für den Fall, dass die originäre betriebsbezogene Zuwiderhandlung von einem Unternehmensangehörigen unterhalb der Leitungsebene begangen wurde und deshalb für sich gesehen als Bezugstat ausscheidet.¹

Vor diesem Hintergrund verwundert der Befund, dass die – ebenfalls äußerst praxisrelevante – Frage nach der Dauer der Verfolgungsverjährung für die Aufsichtspflichtverletzung bislang nicht abschließend geklärt zu sein scheint.

II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Zahlreiche Stimmen in der Literatur² vertreten die Auffassung, dass für die Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG die Verjährungsfrist der Zuwiderhandlung maßgeblich sei. Handelt es sich hierbei um eine Straftat, die z. B. nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB einer fünfjährigen Verjährung unterliegt, würde damit – entgegen § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG – auch die Ordnungswidrigkeit der Aufsichtspflichtverletzung erst in fünf Jahren nach Tatbeendigung verjähren. Auch die Oberlandesgerichte Düsseldorf und Köln gingen in ihren Entscheidungen vom 29.08.1984³ bzw. 12.01.1990⁴ von einer Akzessorietät der Verjährungsfrist der Aufsichtspflichtverletzung aus, bejahten dies entscheidungstragend dann jedoch nur für den Fall, dass die Verjährungsfrist nach § 31 Abs. 2 OWiG länger gewesen wäre, als die Frist für die Verjährung der Verfolgung der betriebsbezogenen Zuwiderhandlung.⁵

Demgegenüber vertrat das OLG Frankfurt a. M. in seiner Entscheidung vom 18.11.1991⁶ in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur⁷ die Ansicht, dass bei der Aufsichtspflicht-

¹ Vgl. *Többens*, NStZ 1999, 1, 8, der die Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG deshalb insoweit auch als „Transmissionsriemen“ bezeichnet.

² *Ellbogen*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 131 Rn. 28; *Gürtler*, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 130 Rn. 30, § 130 Rn. 9; *Korte*, NStZ 1997, 513, 518; *Krenberger/Krumm*, in: Krenberger/Krumm, OWiG, 6. Aufl. 2020, § 131 Rn. 20.

³ OLG Düsseldorf, MDR 1984, 78, 78.

⁴ OLG Köln, NStZ 1990, 192, 192.

⁵ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 8, zit. nach juris.

⁶ OLG Frankfurt a.M., NStZ 1992, 193, 193, wobei das Gericht „die Anwendung der Verjährungsvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts (§ 31 ff. OWiG)“ im konkreten Fall alternativ auch auf die Regelung des § 131 Abs. 3 OWiG stützte.

verletzung nach § 130 OWiG stets die Regelverjährung des § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG anzuwenden sei und damit längstens eine Verjährungsfrist von drei Jahren gelte.

III. Die Entscheidung des LG Itzehoe vom 29.06.2021

Dieser Auffassung hat sich nach eingehender Auseinandersetzung mit den insoweit maßgeblichen Vorschriften der §§ 130, 131 Abs. 3 und 31 Abs. 2 OWiG nun auch das LG Itzehoe in seiner Teileröffnungsentscheidung vom 29.06.2021 – 2 KLS 8/18 (2) 590 Js 7416/14 für den Fall angeschlossen, dass die Zuwiderhandlungen des Untergebenen als Straftaten der längeren Verjährungsfrist des § 78 Abs. 3 StGB unterliegen“ sollte.⁸

1. Das Fehlen einer anderweitigen gesetzlichen Bestimmung i.S.d. § 31 Abs. 2 OWiG

Zwar finden die in § 31 Abs. 2 OWiG geregelten Verjährungsfristen für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nur dann Anwendung, „wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt“. Eine derartige andere Bestimmung vermochte die Kammer jedoch nicht zu erkennen.⁹

Weder treffe § 130 OWiG eine Aussage dazu, dass für die Ordnungswidrigkeit des Aufsichtspflichtigen die für die Zuwiderhandlung geltenden Verjährungsfristen anstelle der in § 31 Abs. 2 OWiG geregelten Anwendung finden, noch könne eine solche gesetzliche Regelung der Vorschrift des § 131 Abs. 3 OWiG entnommen werden. Hierfür lasse sich – zumindest „bei genauerer Betrachtung“ – weder der Gesetzeswortlaut noch der Wille des historischen Gesetzgebers anführen.¹⁰

a) Der Gesetzeswortlaut

Gemäß § 131 Abs. 3 OWiG gelten „für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach den §§ 116, 122 und 130 [...] auch die Verfahrensvorschriften entsprechend, die bei der Verfolgung der Handlung, zu der aufgefordert worden ist, der im Rausch begangenen Handlung oder der Pflichtverletzung anzuwenden sind oder im Falle des § 130 dann anzuwenden wären, wenn die mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung nur mit Geldbuße bedroht wäre“. Unbeschadet der Möglichkeit, dass es sich bei den gesetzlichen Regelungen betreffend die Verjährung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten im Grundsatz um Verfahrensvorschriften handeln kann, geht das LG Itzehoe davon aus, dass der in § 131 Abs. 3 OWiG verwandte Begriff der „Verfahrensvorschriften“ Verjährungsregelungen nicht erfasst.¹¹

Andernfalls wäre dem Gesetzeswortlaut nach für die Dauer der Verfolgungsverjährung einer Aufsichtspflichtverletzung laut Hs. 1 grundsätzlich die Verjährungsfrist der Zuwiderhandlung maßgeblich. Dies gelte nach Hs. 2 jedoch dann nicht, wenn die Zuwiderhandlung abstrakt sowohl mit Strafe als auch mit Geldbuße bewehrt ist. In diesem Fall sei die für die Ordnungswidrigkeit geltende Verjährungsfrist selbst dann maßgeblich, wenn der zu beaufsichtigende Unternehmensangehörige eine Straftat begangen hätte. Wäre die Zuwiderhandlung dagegen auch abstrakt nur mit Strafe bedroht, müsste wiederum Hs. 1 greifen, so dass die strafrechtliche Verjährung der Bezugstat auch für die Aufsichtspflichtverletzung gelten würde. Diese Unterscheidung ergebe nach Auffassung des LG Itzehoe keinen Sinn¹² und könne auch nicht dadurch vermieden werden, dass man lediglich § 131 Abs. 3 Hs. 1 OWiG und nicht zugleich auch § 131 Abs. 3 Hs. 2 OWiG auf die Verjährung bezieht¹³. Für eine solche Differenzierung zwischen den beiden Halbsätzen biete der Gesetzeswortlaut keine

⁷ Beck, in: Graf, BeckOK-OWiG, 31. Ed. Stand: 01.07.2021, § 130 Rn. 122; Mehle, in: FS Wessing, 2015, S. 453, 460 f.; Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 128.

⁸ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 7, 10, zit. nach juris.

⁹ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 10, zit. nach juris.

¹⁰ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 15, zit. nach juris.

¹¹ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 12, zit. nach juris.; ebenso Wolter, GA 2010, 441, 446; a. A. OLG Köln, NSTz 1990, 192, 192; Gürtler, in: Göhler, OWiG 17. Aufl. 2017, § 131 Rn. 6; Korte, NSTz 1997, 513, 518.

¹² So auch Gürtler, in: Göhler, OWiG 17. Aufl. 2017, § 130 Rn. 30.

¹³ So aber Gürtler, in: Göhler, OWiG 17. Aufl. 2017, § 130 Rn. 30.

Grundlage, so dass eine entsprechende Auslegung gegen das Bestimmtheitsgebot verstoße.¹⁴

b) Der Wille des historischen Gesetzgebers

Hinzu komme, dass auch der historische Gesetzgeber mit der Regelung in § 131 Abs. 3 OWiG nicht darauf abgezielt habe, die Geltung der für die Verfolgung der Zuwiderhandlung anzuwendenden Verjährungsregelungen auf die Aufsichtspflichtverletzung zu erstrecken.¹⁵

Die Norm gehe auf die im Wesentlichen wortgleiche Regelung des § 26 Abs. 2 OWiG-E 1967 zurück. Diese Vorschrift sei im Gesetzgebungsverfahren zum OWiG 1967 von Seiten des Rechtsausschusses vorgeschlagen worden.¹⁶ Ziel sei es gewesen, über den Regierungsentwurf hinaus nicht nur die verwaltungsbehördliche Zuständigkeit zu regeln, sondern ganz allgemein die Geltung besonderer Verfahrensvorschriften für bestimmte Ordnungswidrigkeiten, wie „z.B [...] die Vorschriften des Außenwirtschaftsgesetzes über die Befugnisse der Zollbehörden bei der Ermittlung von Ordnungswidrigkeiten und die gerichtliche Zuständigkeit“ auch für die daran anknüpfenden Bußgeldtatbestände der Verfolgung einer öffentlichen Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten, eines Vollrausches und einer Aufsichtspflichtverletzung zuzuordnen.¹⁷ Die Vorschriften über die Verjährung betreffend die Verfolgung des Grunddelikts habe der historische Gesetzgeber dagegen nicht im Blick gehabt.

Zu Recht bemisst die Kammer insoweit auch den Äußerungen von Bundesrat und Bundesregierung innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zu dem Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB für die Auslegung von § 131 Abs. 3 OWiG¹⁸ keinerlei Bedeutung bei. Der Bundesrat hatte mit Beschluss vom 19.12.1997 darum gebeten, durch Ergänzung von §§ 30, 130 OWiG „klarzustellen“, dass sich die Frist für die Verjährung der Verfolgung jener Ordnungswidrigkeiten nach derjenigen für die zugrunde liegende Zuwiderhandlung richte. Die Bundesregierung hat daraufhin erklärt, eine solche „Klarstellung“ vornehmen zu wollen. Dies ist jedoch bislang nicht geschehen. Bei der vom Bundesrat erbetenen „Klarstellung“ handelt es sich deshalb nicht um eine Änderung der Rechtslage, sondern lediglich um die (unmaßgebliche) Äußerung einer Rechtsauffassung.¹⁹

2. Der eigenständige Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung

Ergänzend weist das LG Itzehoe darauf hin, dass sich die Schwere der Zuwiderhandlung bereits über die Regelung des § 130 Abs. 3 OWiG auf die Höhe der für die Aufsichtspflicht zu verhängenden Geldbuße und damit mittelbar auch auf die Verjährungsfrist nach § 31 Abs. 2 OWiG auswirke. Weitergehende Auswirkungen in Gestalt eines vollständigen Gleichlaufs der Verjährungsfristen von Zuwiderhandlung und Aufsichtspflichtverletzung seien mit dem eigenständigen, hinter demjenigen der Zuwiderhandlung zurückbleibenden Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung nicht vereinbar.²⁰ Wendet man die für die Zuwiderhandlung geltende Verjährungsfrist gleichermaßen auf die Aufsichtspflichtverletzung an, hätte dies in der Praxis oftmals sogar eine Schlechterstellung des Aufsichtspflichtigen gegenüber dem Täter oder Teilnehmer der Zuwiderhandlung zur Folge.²¹ Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²² könne der Zeitpunkt des Beginns der Verfolgungsverjährung für die Aufsichtspflichtverletzung hinter demjenigen für die Zuwiderhandlung liegen, weil die Verletzung der Aufsichtspflicht zumindest solange nicht beendet sei, wie nach der zugrun-

¹⁴ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 12, zit. nach juris.

¹⁵ Ebenso Wolter, GA 2010, 441, 445 ff. nach detaillierter Analyse der Genese von § 131 Abs. 3 OWiG.

¹⁶ BT-Drucks. V/2600, S. 16.

¹⁷ BT-Drucks V/2601, S. 5.

¹⁸ Vgl. BT-Srucks. 13/9720, S. 78.

¹⁹ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 14, zit. nach juris. Für die Unmaßgeblichkeit dieser „Pläne von Bundesrat und Bundesregierung“ im Kontext der Auslegung von § 131 Abs. 3 OWiG auch Wolter, GA 2010, 441, 445 f.; zustimmend Mehle, in: FS Wessing, 2015, S. 453, 460.

²⁰ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 16, zit. nach juris. ebenso Beck, in: Graf, BeckOK-OWiG, 31. Ed. Stand: 01.07.2021, § 130 Rn. 122.1.

²¹ LG Itzehoe, Beschl. v. 19.06.2021 – 1 KLS 8/18 (2), Rn. 16, zit. nach juris.

²² BGH, NJW 1984, 2372, 2373.

de liegenden Zuwiderhandlung in nächster Zeit weitere Verstöße derselben Art zu befürchten sind.²³

IV. Fazit

In dogmatischer Hinsicht kann der – gerade für eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erfreulich detailliert ausgefallenen – Argumentation des LG Itzehoe nur beigepflichtet werden. Sollte sich dessen Auffassung in der Rechtsprechung durchsetzen, dürfte die Bebußung von Leitungspersonen und Unternehmensträgern in Anknüpfung an unternehmensbezogene Straftaten einfacher Mitarbeiter wegen einer Aufsichtspflichtverletzung infolge der kurzen Verjährungsfrist von nur drei Jahren im Kontext langwieriger unternehmensbezogener Strafverfahren nicht selten ausscheiden.

Diese aus Sicht der Betroffenen auf den ersten Blick erfreuliche Konsequenz kann sich jedoch auch nachteilig auswirken, steht sie doch der in der Praxis mitunter von Seiten der Unternehmensverteidigung favorisierten Lösung entgegen, das Verfahren für den Unternehmensträger im Einvernehmen mit den Strafverfolgungsbehörden mittels Verbandsgeldbuße unter Anknüpfung an eine mehr oder weniger abstrakte Verletzung der Aufsichtspflicht zu erledigen. Die Verjährung bei § 30 OWiG richtet sich akzessorisch nach den für die Verjährung der Bezugstat geltenden Vorschriften²⁴ und würde damit im Falle der Anknüpfung an eine Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 OWiG nach der Auffassung des LG Itzehoe ebenfalls „nur“ drei Jahre betragen²⁵. In Anbetracht der Kürze dieser Frist dürfte die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße wegen der Aufsichtspflichtverletzung einer bislang persönlich nicht in das Verfahren involvierten „untergeordneten“ Leitungsperson gerade in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren nicht selten aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Verfolgungsverjährung ausscheiden.

²³ Kritisch zu dieser Art der Bestimmung des Zeitpunkts von Tatbeendigung und Verjährungsbeginn, Beck, in: Graf, BeckOK-OWiG, 31. Ed. Stand: 01.07.2021, § 130 Rn. 123.

²⁴ BGH, NJW 2001, 1436, 1437 f.; ebenso Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 251 m.w.N.

²⁵ So wohl auch Mehle, in: FS Wessing, 2015, S. 453, 463 f., 465.

Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Christoph Tute und Wiss. Mit. Lukas Danner, beide Frankfurt a.M.

Kein Ermessen bei der Einziehung im Jugendstrafrecht - Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20. Januar 2021 – GSSt 2/20

Amtlicher Leitsatz:

Die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73c Satz 1 StGB) steht auch bei Anwendung von Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts.

I. Einleitung

In seiner Entscheidung vom 20.01.2021, veröffentlicht am 13.07.2021, stellt der Große Senat für Strafsachen klar, dass die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c S. 1 StGB auch im Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts steht. Damit klärt sich eine der vielen, teils noch offenen Fragen, die in Folge der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung sowie durch nachfolgende Änderungen – wie etwa kürzlich des § 459g StPO – aufgeworfen wurden. Womöglich ist diese Klärung jedoch nur vorläufiger Natur, denn die Entscheidung beinhaltet einen unmissverständlichen Auftrag an den Gesetzgeber.

II. Sachverhalt und Verfahrensgenese

1. Landgericht München II

Ein im Tatzeitraum Heranwachsender hatte durch die Verwirklichung zahlreicher Vermögensdelikte Einnahmen in Höhe von EUR 17.000 erzielt. Das LG München II verurteilte den umfassend geständigen Täter zu einer Jugendstrafe von vier Jahren.¹ Weil der Verurteilte zum Verhandlungszeitpunkt entreichert und vermögenslos war, sah es von der Anordnung der Einziehung des Wertes der erlangten EUR 17.000 jedoch ab. Diese Entscheidung stützte es maßgeblich auf § 8 Abs. 3 S. 1 JGG, laut dem neben Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf die nach dem JGG zulässigen Nebenstrafen und Nebenfolgen erkannt werden „kann“.² Wie sich aus § 2 Abs. 2 JGG ergebe, sei § 8 Abs. 3 S. 1 JGG auch vorrangig gegenüber den entgegenstehenden, eine gebundene Entscheidung voraussetzenden allgemeinen Regelungen der Einziehung anzuwenden. Die Anordnung der Einziehung liege damit in Jugendstrafsachen – anders als im allgemeinen Strafrecht – im Ermessen des Gerichts.³ Für ein solches Ermessen streite auch das Leitprinzip des Jugendstrafrechts, nämlich der Erziehungsgedanke. Denn ob die Einziehung dem jugendlichen bzw. heranwachsenden Täter eine Lehre sei, dass Verbrechen sich nicht lohne, oder ob sie im Gegenteil seiner finanziellen Selbstständigkeit im Wege stehe und ihn unter Umständen gerade deshalb zu weiteren Taten veranlasse, sei nur mit Blick auf den individuellen Einzelfall durch das Gericht zu beurteilen.⁴

2. 1. Strafsenat des BGH

Die auf die Nichtanordnung der Einziehung beschränkte und nur teilweise vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft führte zum 1. Strafsenat, der sich anders als der 2., 4. und 5. Strafsenat noch nicht zur Frage des Ermessens bei der Einziehung im Jugendstrafrecht verhalten hatte.

Laut seinem Beschluss vom 11.07.2019 beabsichtigte der 1. Strafsenat unter Berufung auf die Argumentation des LG München II zu entscheiden, dass eine Anordnung der Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB oder des Wertes von Taterträgen nach § 73c S. 1 StGB im Jugendstrafverfahren im Ermessen des Tatgerichts stehe.⁵

Zunächst führt er dazu aus, dass die Einziehung (des Wertes) von Taterträgen auch im Jugendstrafrecht zulässig sei, da sie eine Nebenfolge i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 1 JGG darstelle.⁶ Dies zeige sich auch an § 459g StPO („Vollstreckung von Nebenfolgen“).⁷

Das System der Anordnung der Einziehung im Jugendstrafrecht sei in Folge des Entfallens der Härtefallklausel des § 73c StGB a.F. jedoch neu zu bewerten, wobei Ausgangspunkt, wie vom LG München II dargestellt, das Wort „kann“ in § 8 Abs. 3 S. 1 JGG sei.⁸ Auch § 15 JGG sehe mit seinen Regelungen zu Geldauflagen (Abs. 1), zur Einziehung (Abs. 2 Nr. 2) sowie zu deren Durchsetzung (Abs. 3) eine „differenzierte Regelung zur Gewinnabschöpfung im Jugendstrafrecht“ vor, die „vollständig konterkariert und ihr Anwendungsbereich gänzlich ausgehöhlt [werde], wenn zwingend die Einziehung von Taterträgen oder – auch bei Entreichung – des Wertes von Taterträgen anzuordnen wäre“.⁹ Zudem enthalte die Regelung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO „kein ausreichendes Korrektiv, um den zuvor dargestellten Bedenken Rechnung zu tragen“ und sei „für die Situation des jugendlichen oder heranwachsenden Straftäters nicht adäquat“, denn die in § 459g Abs. 5 S. 2 StPO vorgesehene Möglichkeit der jederzeitigen Wiederaufnahme der Vollstreckung erzeuge eine Unsicherheit, die mit dem Resozialisierungsgedanken des Jugendstrafrechts unvereinbar sei.¹⁰ Es bestehe eben kein allgemeiner Erfahrungssatz, der aussage, dass es in jedem Fall erzieherisch gebo-

¹ LG München II BeckRS 2018, 53349.

² LG München II BeckRS 2018, 53349, Rn. 150.

³ LG München II BeckRS 2018, 53349, Rn. 151.

⁴ LG München II BeckRS 2018, 53349, Rn. 153 ff.

⁵ BGH NZWiSt 2019, 360 m. Anm. Kutschelis NZWiSt 2019, 467.

⁶ So auch schon BGHSt 55, 174, 177 f. zu §§ 73 ff. StGB a.F. m.w.N.

⁷ BGH NZWiSt 2019, 360, 362.

⁸ BGH NZWiSt 2019, 360, 362.

⁹ BGH NZWiSt 2019, 360, 363.

¹⁰ BGH NZWiSt 2019, 360, 363.

ten wäre, den jugendlichen oder heranwachsenden Täter zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens heranzuziehen. Umgekehrt erscheine die Einziehung nach dem Bruttoprinzip gegenüber Jugendlichen oder Heranwachsenden jedoch nicht immer angemessen. Vielmehr widerspreche die Überforderung der finanziellen Ressourcen des Jugendlichen durch die Einziehung bei eingetretener Entreicherung dem erzieherischen Gedanken des § 15 Abs. 1 S. 2 JGG (An Jugendliche dürfen „keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden.“).¹¹ Die Annahme eines gesetzgeberischen Willens zur zwingenden Einziehung auch im Jugendstrafrecht, auf welchen der 5. Strafsenat abstellt,¹² sei nicht überzeugend: In den Gesetzesmaterialien lasse sich außer einer redaktionellen Anpassung in § 76 S. 1 JGG „kein Anhaltspunkt für eine inhaltliche Befassung mit der Einziehung im Jugendstrafverfahren oder gar eine Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Neuregelung des Rechts der Vermögensabschöpfung auf das Jugendstrafrecht“ finden.¹³

Wegen entgegenstehender Entscheidungen des 2.¹⁴ und 5.¹⁵ Senats sah sich der 1. Senat jedoch gehindert, wie beabsichtigt zu entscheiden und fragte gemäß § 132 Abs. 3 S. 1 GVG bei den anderen Senaten an, ob entgegenstehende Rechtsprechung vorläge und ob an dieser festgehalten werden solle.¹⁶ In ihren Antwortbeschlüssen hielten sowohl der 2.¹⁷ als auch der 5.¹⁸ Senat an ihrer Rechtsprechung fest. Auch der 4.¹⁹ und 6.²⁰ Senat wiesen auf entgegenstehende Rechtsprechung hin, an der festgehalten werden solle. Einzig der 3. Senat²¹ erklärte, es liege keine entgegenstehende Rechtsprechung vor.

Durch Beschluss vom 08.07.2020 legte der 1. Strafsenat gemäß § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vor, ob die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c S. 1 StGB im Jugendstrafverfahren im Ermessen des Tatgerichts stehe.²²

3. Großer Senat für Strafsachen

Angesichts der deutlichen Kräfteverteilung überrascht es nicht, dass der Große Senat für Strafsachen entgegen der Auffassung des 1. Strafsenats entschied, dass die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73c S. 1 StGB) auch bei Anwendung von Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts stehe.

Die Vorlegung sei zwar sowohl aus Gründen der Divergenz (§ 132 Abs. 2 GVG) als auch zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 132 Abs. 4 GVG) zulässig.²³

Die Reform des Einziehungsrechts begründe jedoch nicht die Annahme, die Einziehung des Wertes von Taterträgen stünde nunmehr im Ermessen der Jugendgerichte. Vielmehr sei der zwingend ausgeformte § 73c S. 1 StGB eine allgemeine Vorschrift i.S.d. § 2 Abs. 2 JGG, die auch im Jugendstrafrecht anzuwenden sei, sofern nichts anderes bestimmt ist. § 8 Abs. 3 S. 1 JGG treffe keine derartige anderweitige Bestimmung, denn der Regelungsgehalt der Norm sei laut ständiger Rechtsprechung des BGH allein auf die Frage der Kumulation von Rechtsfolgen beschränkt und zwar in der Weise, dass die Norm die Verbindung von jugendstrafrechtlichen Sanktionen mit den Maßnahmen, Nebenfolgen und Nebenstrafen²⁴ des allgemeinen Strafrechts erst gestatte. Über die Anwendungsvoraussetzungen einer allgemein-strafrechtlichen Maßnahme oder Nebenfolge im Jugendstrafrecht treffe § 8 Abs. 3 S. 1 JGG

¹¹ BGH NZWiSt 2019, 360, 363 f.

¹² BGH BeckRS 2019, 9584, Rn. 7.

¹³ BGH NZWiSt 2019, 360, 364.

¹⁴ BGH NStZ 2019, 221 m.Anm. Eisenberg.

¹⁵ BGH BeckRS 2019, 9584; BGH BeckRS 2019, 1290.

¹⁶ BGH NZWiSt 2019, 360, 364.

¹⁷ BGH BeckRS 2020, 10799.

¹⁸ BGH NStZ-RR 2020, 124.

¹⁹ BGH NStZ-RR 2020, 261, unter Verweis auf sein „obiter dictum“ in BGH BeckRS 2019, 20407.

²⁰ BGH NZWiSt 2021, 40.

²¹ BGH BeckRS 2019, 42010.

²² BGH BeckRS 2020, 18436.

²³ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 9 ff.

²⁴ Zur Uneinheitlichkeit bei der begrifflichen Zuordnung der Einziehung vgl. BeckOK-JGG/Putzke, 22. Ed. 01.08.2021, § 8 JGG Rn. 7 ff.; Altenhain Anm. z. BGH NStZ 2011, 270, 272 f.

hingegen keine Regelung.²⁵ Eine Neubewertung des Regelungsgehalts des § 8 Abs. 3 S. 1 JGG sei nicht angebracht, denn es könne „sicher ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber [der Norm] einen anderen Regelungsgehalt verleihen wollte“²⁶. Anderenfalls wären ausdrückliche Regelungen zu erwarten gewesen, wie der Gesetzgeber sie beispielsweise für die 3-monatige Höchstdauer eines Fahrverbots in § 8 Abs. 3 S. 2 JGG getroffen habe.²⁷

Auch § 15 JGG lasse sich „kein die Vorteilsabschöpfung im Jugendstrafrecht schlechthin begrenzendes Prinzip entnehmen, das der vom Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidung durchgreifend entgegeng gehalten werden könnte“²⁸. Vielmehr habe der Gesetzgeber sich für ein Nebeneinander von der in § 15 JGG geregelten Geldauflage und der Einziehung entschieden.²⁹ Eine Verallgemeinerung der Regelung des § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG würde letztlich auf eine Wiedereinführung des Nettoprinzips und den Ausschluss der Einziehung bei Entreichung im Jugendstrafrecht hinauslaufen. Indes habe der Gesetzgeber das bereits seit 1992 praktizierte Bruttoprinzip mit der Reform des Einziehungsrechts gerade noch weiter stärken wollen.³⁰

Der Beschluss endet mit der Feststellung, den jugendstrafrechtlichen Maximen könne und müsse mit der nunmehr im Vollstreckungsverfahren verankerten Härtefallklausel des § 459g Abs. 5 StPO Rechnung getragen werden. „Ob der vom Gesetzgeber beschrittene Weg die **zweckmäßigste aller denkbaren Lösungen** darstellt“, habe der Große Senat indes **nicht zu entscheiden**.

III. Anmerkungen

1. Historie

Der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen setzt die Tradition der Rechtsprechung zum alten Verfallsrecht fort. Zwar hatte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1954 noch entschieden, die Anordnung des Wertersatzverfalls (nach dem damals geltenden § 401 Abs. 2 RABgO) sei im Jugendstrafrecht unzulässig, weil sie eine „echte Geldstrafe“ darstelle, die das JGG nicht kenne.³¹ Mit dem Wandel der Auffassung der Rechtsprechung zur Strafeigenschaft des Verfalls³² wurde schließlich auch der Wertersatzverfall durch den BGH als zulässiges Mittel im Jugendstrafrecht anerkannt.³³

Vor der Reform der Vermögensabschöpfung im Jahr 2017 galt dabei allerdings noch die Härtefallregelung des § 73c Abs. 1 StGB a.F., wonach eine Anordnung zu unterbleiben hatte, sofern sie für den Betroffenen eine unbillige Härte darstellte bzw. ins Ermessen des Gericht gestellt wurde, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden war oder das Erlangte nur einen geringen Wert hatte. Dabei ist zu beachten, dass auch die Härtefallregelung des § 73c Abs. 1 StGB a.F. nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung äußerst restriktiv interpretiert wurde.³⁴ So sollte ihre Anwendung wegen Unverhältnismäßigkeit nur in Betracht kommen, „wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde“, indes „nicht schon dann [...], wenn der Verfallsbetrag nicht beigetrieben werden kann oder der Betroffene vermögenslos geworden und unfähig ist, die Mittel für seinen Un-

²⁵ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 13, 37 ff m.w.N.

²⁶ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 42.

²⁷ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 42.

²⁸ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 27.

²⁹ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 27.

³⁰ BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 28; s.a. BT-Drucks. 18/11640, S. 78.

³¹ BGHSt 6, 258, 259.

³² Siehe nur BGH NStZ 1995, 491, 491 f.; BGHSt 47, 260, 265; 47, 369, 373; zur unveränderten Rechtsansicht nach der Reform: OLG Köln wistra 2018, 318; BGH NStZ 2018, 400; BGH wistra 2018, 431; BVerfG wistra 2021, 193, 194 m.Anm. Schilling/Corsten/Hübner wistra 2021, 174, 177 f.; a.A. insb. LG Kaiserslautern wistra 2018, 94.

³³ BGHSt 55, 174, 177 ff. = NStZ 2011, 270, 271, Rn. 8 ff.; ohne weitere Ausführungen auch schon BGH NJW 2001, 1805; BGH NJW 2009, 2755.

³⁴ Vgl. Leibold/Beukelmann Anm. z. BGH, Urt. v. 02.10.2008 - 4 StR 153/08, NJW-Spezial 2008, 761 mit Kritik an der rechtspolitischen Sinnhaftigkeit einer Einziehung des Vermögens des Angeklagten „bis auf das sprichwörtliche letzte Hemd“.

terhalt aufzubringen“.³⁵ Dennoch wurde die Härtefallregelung *a/s* „im Einzelfall unter Umständen notwendige[s] Korrektiv zum Bruttoprinzip“ bezeichnet.³⁶

Im Rahmen der Reform der Vermögensabschöpfung wurde § 73c Abs. 1 StGB a.F. durch § 459g Abs. 5 StPO ersetzt, der jedoch erst im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zum Tragen kommt.³⁷

2. Auslegungsfragen

Eben dieses Entfallen einer Härtefallklausel für die gerichtliche Anordnungsentscheidung entfachte den nun vor dem Großen Senat ausgetragenen Streit um die Ermessenseinräumung bei der Wertersatzeinziehung im Jugendstrafverfahren von Neuem.

Wortlauttechnisch dreht sich dieser um die Formulierung „**kann**“ in § 8 Abs. 3 S. 1 JGG, die der Große Senat als lediglich konstitutiv für die Anordnung der Einziehung neben einer jugendstrafrechtlichen Sanktion auslegt, während der 1. Strafsenat hierin – in Abkehr von früherer BGH-Rechtsprechung³⁸ – eine Ermessensermächtigung erblickt. Die Begründung für diese Abkehr sah der 1. Senat gesetzessystematisch in dem Wegfall der Ermessensregelung des § 73c Abs. 1 StGB a.F., welcher eine genauere Prüfung einer potenziell ermessens-einräumenden Funktion des § 8 Abs. 3 S. 1 JGG in diesem Kontext überhaupt erst nötig machte. Den dabei vorgebrachten teleologischen Erwägungen des 1. Senats (Erziehungsgedanke) hält der Große Senat jedoch insbesondere den (vermeintlichen) Willen des Gesetzgebers entgegen.

Dass ein solcher Wille, gerichtet auf das Entfallen der Möglichkeit einer gerichtlichen Ermessensentscheidung im Jugendstrafrecht, durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung erkennbar wurde, bestreitet der 1. Senat indes. Diese Zweifel sind nicht gänzlich von der Hand zu weisen, schließlich verhielt der Gesetzgeber sich im Zusammenhang mit der Reform der Vermögensabschöpfung, abgesehen von einer Änderung des § 76 S. 1 JGG,³⁹ nicht zur Thematik des Jugendstrafrechts. Es fragt sich also, wie mit diesem Schweigen umzugehen ist. Darin könnte einerseits das Versäumnis der grundsätzlichen Erörterung systematischer Fragen des Jugendstrafrechts gesehen⁴⁰ und der Schluss gezogen werden, „dass der Gesetzgeber für das Jugendstrafrecht planwidrig eine zu weitgehende Regelung geschaffen hat“.⁴¹ Weil aber immerhin § 76 S. 1 JGG redaktionellen Änderungen unterlag – die Einziehung demgemäß sogar im vereinfachten Jugendverfahren anwendbar ist⁴² – und Fragen der Anwendung des Einziehungsrechts im Jugendstrafrecht wie aufgezeigt bereits häufig durch die höchstrichterliche Rechtsprechung thematisiert und entlang der allgemeinen Einziehungsvorschriften gelöst wurden, spricht andererseits einiges dafür, eine Befassung des Gesetzgebers mit der Thematik des Jugendstrafrechts anzunehmen.⁴³ Eine richterliche Neuinterpretation des § 8 Abs. 3 S. 1 JGG liefe dann aber dem gesetzgeberischen Willen entgegen; eine darüber hinaus anzudenkende teleologische Reduktion scheidet an der Planmäßigkeit der Regelungen.⁴⁴ Dass die gesetzgeberische Auseinandersetzung die unbefriedigende Entscheidung zur Folge hatte, keine Spezialregelung für das Jugendstrafrecht vorzusehen, mag schwer verständlich sein – dennoch ist sie von der gerichtlichen Praxis zu respektieren.⁴⁵

³⁵ BGH NJW 2009, 2755, 2756, s.a. BGH BeckRS 2009, 11321, Rn. 8.

³⁶ BGHSt 51, 65, 72 = NJW 2006, 2500, 2501, Rn. 17.

³⁷ Vgl. auch BGH NSTz-RR 2018, 241, 242 zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 459g StPO im Erkenntnisverfahren.

³⁸ BGH NSTz 2011, 270, 271, Rn. 8; vgl. a. BGH NZWiSt 2019, 360, 362; Eisenberg/Kölbl/Kölbl, § 8 JGG Rn. 4.

³⁹ BT-Drucks. 18/11640, S. 67.

⁴⁰ Anm. Eisenberg z. BGH NSTz 2019, 221, 222; ähnlich Berberich/Singelstein StV 2019, 505, 507; Schady/Sommerfeld ZJJ 2018, 219, 226.

⁴¹ AG Rudolstadt ZJJ 2018, 63, 65.

⁴² Zu dem daraus möglichen Erst-Recht-Schluss s. Schumann NK 2020, 171, 178.

⁴³ So auch Köhler NSTz 2018, 730, 731.

⁴⁴ Eckel ZJJ 2020, 265, 268; Schumann NK 2020, 171, 181 ff.; noch zum alten Recht Altenhain Anm. z. BGH NSTz 2011, 270, 273.

⁴⁵ So führte der 5. Strafsenat, BGH NSTz-RR 2020, 124, 127 (in wörtlicher Zitierung von BGH NSTz-RR 2020, 46, 46) aus: „Die Strafgerichte sind gehalten den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen; ihn zu korrigieren, ist ihnen verwehrt.“

Insbesondere fungiert § 2 Abs. 1 S. 1 JGG nicht als „Auffang-Unzulässigkeitsklausel“.⁴⁶ In diesem Sinne formulierte der BGH bereits zum alten Recht, die gesetzgeberische Entscheidung könne „nicht unter Berufung auf erzieherische Interessen unterlaufen werden“.⁴⁷ Dem kann freilich entgegnet werden, dass die Berücksichtigung erzieherischer Interessen über § 2 Abs. 1 JGG ebenso eine gesetzgeberische Entscheidung darstellt, die im Rahmen der Frage der Anwendbarkeit allgemeinstrafrechtlicher Normen bei § 2 Abs. 2 JGG als jugendstrafrechtliche Sonderregelung zum Tragen kommt.⁴⁸ Der Geltungsgehalt dieses Arguments unterlag durch die Reform der Vermögensabschöpfung jedoch keiner Veränderung, so dass die Entscheidung des Großen Senats jedenfalls als konsequent zu bezeichnen ist.

3. Unbefriedigende gesetzgeberische Regelung

Mit dem letzten Satz seines Beschlusses lässt der Große Senat indes deutliche Kritik an der Zweckmäßigkeit der Regelung durchklingen. Dieser Kritik ist zuzustimmen.

Vor allem Jugendliche bzw. Heranwachsende sind häufig entreichert oder vermögenslos, schließlich verfügen sie regelmäßig weder über ein eigenes Einkommen noch über eigene finanzielle Reserven.⁴⁹ Somit befinden sie sich üblicherweise in einer besonderen Zwangslage, wenn gegen sie die Einziehung von Wertersatz angeordnet wird. Während Erwachsenen zugemutet werden kann, diese Lage durch legale Erwerbsmöglichkeiten zu überwinden, kann dies von Jugendlichen und Heranwachsenden weitaus weniger erwartet werden: Einerseits befinden sie sich in einem Reifebildungsprozess, in dem gewisse moralische Standpunkte noch nicht herausgebildet oder gefestigt sind; andererseits sind die legalen Erwerbsmöglichkeiten Jugendlicher äußerst limitiert.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht, den Jugendgerichten jedenfalls bei Entreichung des Betroffenen bereits bei der Wertersatzeinziehungsanordnung ein Ermessen einzuräumen, um je nach Entwicklungsgrad des Täters bewerten zu können, ob den erzieherischen Zielen, insbesondere der Förderung der Legalbewährung, im Einzelfall durch die Anordnung der Einziehung oder durch deren Unterlassen am besten nachgekommen werden kann.⁵¹

Dies gilt umso mehr, als der tragende Grund der Verschiebung der Härtefallregelung in das Vollstreckungsrecht hier nicht gleichermaßen greift wie im Erwachsenenstrafrecht. So führt der Regierungsentwurf aus, Ziel der Änderung sei es, „Vermögenswerte des Täters oder Teilnehmers, die bis zum Urteil unentdeckt geblieben sind, nachträglich im Strafvollstreckungsverfahren abzuschöpfen“⁵² und damit Abschöpfungslücken zu schließen.⁵³ Da Jugendliche aber regelmäßig eine weitaus überschaubarere Vermögenssituation und -entwicklung haben als Erwachsene, sind die Feststellungen hierzu erheblich leichter, so dass eine Überlastung der Hauptverhandlung durch eine ausufernde Erörterung der Vermögenslage⁵⁴ nicht zu befürchten ist.

Zudem ist insbesondere im Kontext des Jugendstrafrechts die durch § 459g Abs. 5 S. 2 StPO gewährte Möglichkeit der Wiederaufnahme der Vollstreckung problematisch. Demnach kann die Vollstreckung, nachdem von ihr abgesehen wurde, wieder aufgenommen werden, wenn nachträglich Umstände bekannt werden oder eintreten, die der Anordnung des Unterbleibens entgegengestanden hätten. Bis zum Ablauf der für Jugendliche maximal 20-jährigen (§ 79 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, Abs. 5 S. 1, Abs. 3 Nrn. 2 bis 4 StGB, § 18 Abs. 1 S. 1 und 2 JGG), für Heranwachsende maximal 25-jährigen Vollstreckungsverjährung (§ 79 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, Abs. 5 S. 1, Abs. 3 Nrn. 1 bis 4 StGB, §§ 18 Abs. 1, 105 Abs. 3 JGG) ist damit insbesondere auch die Durchführung der in § 459g Abs. 3 StPO genannten strafprozessualen Untersuchungsmaßnahmen beim Einziehungsadressaten zulässig. Dies erscheint angesichts der durch das JGG angestrebten Resozialisierung des Jugendlichen oder Heranwach-

⁴⁶ Schady/Sommerfeld ZJJ 2018, 219, 222.

⁴⁷ BGH NStZ 2011, 270, 271, Rn. 8; s.a. MüKo-StGB/Laue, § 6 JGG Rn. 8.

⁴⁸ Siehe Schady/Sommerfeld ZJJ 2018, 219, 222, 224 m.w.N.

⁴⁹ Reitemeier, ZJJ 2017, 354, 361.

⁵⁰ Berberich/Singelstein StV 2019, 505, 507; Eckel ZJJ 2020, 265, 269.

⁵¹ Eisenberg/Kölbl/Kölbl, § 6 JGG Rn. 12; Eckel ZJJ 2020, 265, 266.

⁵² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 08.07.2016, S. 64 f.

⁵³ S.a. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 08.07.2016, S. 53.

⁵⁴ Vgl. Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665, 674; Bach NZWiSt 2019, 214, 215.

senden durchaus fragwürdig,⁵⁵ wengleich bei der – durch den Jugendrichter zu treffenden (§ 82 Abs. 1 JGG) – Entscheidung über die Wiederaufnahme erzieherische Belange berücksichtigt werden können (und sollten).⁵⁶

Nach alledem ist ein neuerliches gesetzgeberisches Tätigwerden zur effektiven Durchsetzung des Erziehungsgedankens im Zusammenhang mit Einziehungsfragen erforderlich. Dabei sollte (im JGG) eine Regelung implementiert werden, die dem Gericht bereits für die Anordnung der Wertersatzeinziehung im Erkenntnisverfahren ein Ermessen einräumt.⁵⁷

Diesbezüglich stellte der Gesetzgeber – bezugnehmend auf die „Abstimmungen“ zwischen den Strafsenaten – immerhin bereits in Aussicht, „die Notwendigkeit jugendstrafrechtlicher Modifizierungen“ im Rahmen eines umfassenden Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des JGG zu prüfen.⁵⁸ Nachdem die „Abstimmungen“ mit der Entscheidung des Großen Senats nunmehr abgeschlossen sind, wäre es Zeit für den Gesetzgeber, in diese Prüfung einzusteigen.

4. Änderung des § 459g Abs. 5 StPO

Angesichts der gesetzgeberischen Tendenzen im Zusammenhang mit dem Einziehungsrecht erscheint die Implementierung einer Ermessensvorschrift indes eher unwahrscheinlich. So unterlag § 459g StPO erst kürzlich (zum 01.07.2021, nachdem die Vorschrift zuletzt zum 29.12.2020 angepasst worden war) einer neuerlichen Änderung.⁵⁹ Von dieser war neben den Abs. 3 und 4 insbesondere Abs. 5, d.h. die in das Vollstreckungsverfahren umgesiedelte Härtefallregelung, betroffen:

In seiner bis zum 30.06.2021 geltenden Fassung sah Abs. 5 S. 1 noch vor, dass die Vollstreckung der Einziehung auf Anordnung des Gerichts zu unterbleiben habe, „soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre“. Diesbezüglich nahm der BGH⁶⁰ – entgegen mancher Stimmen aus der Literatur⁶¹ – eine obligatorische Anordnung des Unterbleibens der Vollstreckung durch das Gericht an. Mit diesem Verständnis ging die Härtefallregelung des § 459g Abs. 5 StPO a.F. hinsichtlich der Berücksichtigung einer Entreicherung (wengleich freilich erst auf Ebene der Vollstreckung) sogar weiter als die des § 73c StGB a.F., welche dem Gericht lediglich ein Ermessen eröffnete, von der Verfallsentscheidung abzusehen. Damit sei – so der BGH zur zwischenzeitlichen Rechtslage – die Regelung gegenüber der alten Rechtslage für den Angeklagten sogar teilweise „vorteilhaft“. ⁶² Auch das BVerfG führte als Argument für die Verneinung der Strafeigenschaft der reformierten §§ 73 ff. StGB aus: „Der weitgehende Verzicht auf eine Prüfung der Entreicherung des Einziehungsbetroffenen sowie auf eine etwaige Unbilligkeit der Einziehung im Erkenntnisverfahren wird durch die Nachholung der entsprechenden Prüfung im Vollstreckungsverfahren gemäß § 459g Abs. 5 StPO hinreichend kompensiert.“⁶³

Durch die nunmehr erfolgte Änderung des § 459g Abs. 5 wurde dieser kompensatorische Charakter jedoch beschnitten.⁶⁴ So wurde die Entreicherung als ausdrücklicher Grund für ein Absehen von der Vollstreckung gestrichen, so dass die Norm ein Absehen nunmehr allein aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit erlaubt. Zwar war die Entreicherung zuvor ohnehin als Unterfall der Unverhältnismäßigkeit ausgestaltet, so dass die Änderung sich auf den ersten Blick als bloße Verschlankung des Gesetzestextes interpretieren ließe. Die Gesetzesbegründung spricht indes eine andere Sprache. So sei die „pauschale und zwingende gesetzliche Einordnung“ der Entreicherung als Fall der Unverhältnismäßigkeit „zu weitge-

⁵⁵ BGH BeckRS 2020, 18436, Rn. 38.

⁵⁶ BGH NStZ-RR 2020, 124, 126; *Eckel* ZJJ 2020, 265, 267.

⁵⁷ Dies auch fordernd *Schady/Sommerfeld* ZJJ 2018, 219, 227; s.a. die konkreten Formulierungsvorschläge bei *Eckel* ZJJ 2020, 265, 268 ff.

⁵⁸ BR-Drucks. 57/21, S. 37 f.

⁵⁹ Durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.06.2021, m.W.v. 01.07.2021, BGBl. I 2021, 2099, 2106.

⁶⁰ BGH wistra 2018, 427 f.; BGH NStZ-RR 2018, 241, 242 f.; BGH NStZ-RR 2019, 22, 23.

⁶¹ KK-StPO/AppI, 8. Aufl. 2019, § 459g StPO Rn. 17 m.w.N.

⁶² BGH wistra 2018, 427 f.

⁶³ BVerfG wistra 2021, 193, 196, Rn. 121.

⁶⁴ Für *Meißner* StraFo 2021, 266, 271 mutet diese Änderung – sehr treffend – an, als hätte der Gesetzgeber „sprichwörtlich an dem Ast gesägt, auf dem [er] sitzt.“

hend“ und widerspreche der „Zielsetzung, durch Straftaten erlangtes Vermögen effektiv abzuschöpfen“. ⁶⁵ Einer Privilegierung von Straftätern oder bösgläubigen Drittbegünstigten, die das Erlangte schnell verbrauchen, solle entgegengewirkt werden. Die Wertersatzeinziehung nach § 73c StGB sei im Falle der Entreicherung somit nur unter „besonderen Umständen“, beispielsweise „weil dem Einziehungsadressaten das Erlangte auf schicksalhafte und nicht von ihm zu vertretende Weise (etwa infolge schwerer Krankheit) verlustig gegangen ist“, unverhältnismäßig. ⁶⁶ Dem Übermaßverbot werde bereits durch die Pfändungsschutzvorschriften ausreichend Rechnung getragen.

Dies kann nicht überzeugen. Denn sofern das Erlangte weder gegenständlich noch als Surrogat im Vermögen des Einziehungsadressaten vorhanden ist („Verarmung“) bedarf es nicht der Vollstreckung einer Einziehungsanordnung, um ihm aufzuzeigen, dass Straftaten sich nicht lohnen. ⁶⁷ Die Vollstreckung in nicht vorhandenes Vermögen wirkt vielmehr desozialisierend und demotivierend und ist somit mit dem Resozialisierungsanspruch des Strafrechts – und insbesondere des Jugendstrafrechts – nicht vereinbar. ⁶⁸

Wenngleich ein Absehen von der Vollstreckung nunmehr also schwerlich (allein) auf eine Entreicherung des Jugendlichen oder Heranwachsenden gestützt werden kann, sollte der Jugendrichter (als Vollstreckungsleiter gemäß §§ 82, 110 JGG) im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 459g Abs. 5 S. 1 StPO umso stärker auf spezialpräventiv erzieherische Überlegungen abstellen. ⁶⁹

5. Fazit

Die Entscheidungen des 1. Strafsenats und des Großen Senats für Strafsachen zeigen jeweils bedenkenswerte Argumente für und gegen ein Ermessen bei der Wertersatzeinziehung im Jugendstrafrecht auf. Im Ergebnis ist die Linie des Großen Senats mit Blick auf die Rechtsprechung zur alten Rechtslage konsequent. Zu hoffen bleibt jedoch, dass die vom Großen Senat geäußerte Kritik an der von ihm bestätigten Rechtslage nicht verhallt. Eine (neuerliche) gesetzgeberische Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des Jugendstrafrechts ist geboten – insbesondere mit Blick auf die kürzliche Änderung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO und der damit einhergehenden Verschärfung der Entreicherungsfälle.

⁶⁵ BT-Drucks. 19/27654, S. 111.

⁶⁶ BT-Drucks. 19/27654, S. 112.

⁶⁷ *Bittmann wistra* 2021, 257, 259; BeckOK-StPO/Coen, 40. Ed. 01.07.2021, § 459g StPO Rn. 25.

⁶⁸ *Bittmann wistra* 2021, 257, 259.

⁶⁹ Zur Möglichkeit der Einbeziehung spezialpräventiver Aspekte im Rahmen des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO: BGH NStZ-RR 2020, 124, 125; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, 62. Aufl., § 459g StPO Rn. 13a; BeckOK-StPO/Coen, 40. Ed. 01.07.2021, § 459g StPO Rn. 30; *Schumann NK* 2020, 171, 179 f.

Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Ref. iur. Paul Peters, Düsseldorf

Besprechung von OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2021, Az.: 5 Ws 16/21

Vorhergehend:

LG Koblenz, Beschluss vom 23. Juni 2020, Az.: 4 KLS 2050 Js 45429/18

LG Koblenz, Beschluss vom 1. Dezember 2020, Az.: 4 KLS 2050 Js 45429/18

Amtliche Leitsätze:

1. Die Durchsicht beschlagnahmter Papiere bzw. elektronischer Speichermedien ist gemäß § 110 Abs. 1 StPO Aufgabe der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihrer Ermittlungspersonen, nicht der Verteidigung. Zu Beweisstücken im Sinne des § 147 Abs. 1 StPO werden im Rahmen der Durchsichtung vorläufig sichergestellte Datenträger bzw. Schrift-

stücke erst, wenn die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 1 StPO abgeschlossen und eine Beschlagnahmeanordnung ergangen ist. Ein Besichtigungsrecht der Verteidigung entsteht erst nach erfolgter Durchsicht und entsprechender Beschlagnahme.

2. Damit korrespondiert die Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, die Auswertung vorläufig sichergestellter Schriftstücke und Daten im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Rechte eventuell Drittbetroffener zügig vorzunehmen, um abhängig von der Menge des sichergestellten Materials und der Aufwändigkeit der Auswertung in angemessener Zeit zu entscheiden, was als potentiell beweisrelevant dem Gericht zur Beschlagnahme vorgelegt werden und was an den Beschuldigten oder Drittbetroffenen herausgegeben werden soll. Dabei ist zu gewährleisten, dass nicht noch während bereits laufender Hauptverhandlung zuvor nicht ausgewertete Beweismittel aus dem sichergestellten Datenbestand nachgeschoben werden, welche den übrigen Beteiligten noch unbekannt sind. Ein mit der Durchsicht umfangreicher Datenbestände verbundener erhöhter Auswertungsaufwand rechtfertigt keine andere Vorgehensweise.

I. Sachverhalt & Verfahrensgang

In einem Wirtschaftsstrafverfahren wurden zahlreiche Datenträger sichergestellt, auf denen eine beträchtliche Datenmenge von etwa 12 TB gesichert wurde.

Nach Eröffnung des Hauptverfahrens und während der Durchführung der Hauptverhandlung über einen abgetrennten Teil des Verfahrens setzte die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen und die Auswertung der gesicherten Daten im Ausgangsverfahren fort. Dies führte dazu, dass die Staatsanwaltschaft auch in dem abgetrennten Verfahrensteil Unterlagen in großem Umfang erst während der laufenden Hauptverhandlung vorlegte. Die 4. Große Strafkammer des LG Koblenz setzte die Hauptverhandlung aufgrund der „nachgeschobenen“ Unterlagen auf Antrag der Verteidigung aus.

Die Staatsanwaltschaft teilte den Verteidigern mit, dass die elektronischen Asservate in den Räumlichkeiten der Staatsanwaltschaft zur Besichtigung vorgehalten würden. Einer der Verteidiger äußerte jedoch Bedenken, dass möglicherweise nachverfolgbar sei, welche Dokumente auf dem bereitgestellten Rechner mit der vorinstallierten Software gesichtet worden seien, und so die Verteidigungsstrategie nachvollzogen werden könne. Darüber hinaus bat er darum, Dokumente ausdrucken zu können.

Die Bedenken ließen sich letztendlich nicht ausräumen. Auch wurde dem Verteidiger keine Möglichkeit zum Ausdruck von Dokumenten eingeräumt; stattdessen wurde ihm angeboten, Fotografien der eingesehenen Dokumente zu fertigen. Der Verteidiger erklärte daraufhin, die Besichtigung unter den genannten Umständen nicht vorzunehmen. Die Staatsanwaltschaft regte schließlich eine gerichtliche Entscheidung über die Art und Weise der Gewährung der Akteneinsicht an.

Die 4. Große Strafkammer stellte mit Beschluss fest, dass den Verteidigern hinsichtlich des abgetrennten Teils des Verfahrens¹ mit Blick auf die elektronischen Asservate ein Besichtigungsrecht zustehe. Darüber hinaus gestattete die 4. Große Strafkammer der Verteidigung, „im Rahmen der Besichtigung“ Kopien der Dateien zu fertigen und zwar auch – im Hinblick auf die Komplexität der Wirtschaftsstrafsache – in Form einer vollständigen Kopie des betreffenden Datenbestandes auf einen externen Datenträger. Die 4. Große Strafkammer verpflichtete die Verteidigung ferner zur Löschung der Daten nach Abschluss des Verfahrens und wies auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben hin.

Zur Begründung der Gestattung zur Fertigung von Kopien stützte sich die 4. Große Strafkammer auf den Grundsatz der effektiven Verteidigung. Den Verteidigern sei insbesondere schrader

zu ermöglichen, durchgehend – auch während laufender Hauptverhandlung und angepasst an den Stand der Beweisaufnahme – mit Suchbegriffen zu arbeiten, d.h. die Daten mittels eigener Suchbegriffe über eine Suchfunktion zu „durchforsten“². Dazu sei der Zugriff auf die

¹ Vgl. LG Koblenz, Beschluss vom 23. Juni 2020, Az.: 4 KLS 2050 Js 45429/18 = BeckRS 2020, 46950 Rn. 2.

² Vgl. LG Koblenz, Beschluss vom 23. Juni 2020, Az.: 4 KLS 2050 Js 45429/18 = BeckRS 2020, 46950 Rn. 21.

Dateien in ihrer Gesamtheit und nicht nur auf einzelne, anlässlich der Besichtigung in den Räumen der Staatsanwaltschaft abfotografierte Dokumente erforderlich. Die Gefahr eines Beweismittelverlusts sah die 4. Große Strafkammer aufgrund der eingeräumten Möglichkeit, die Daten zu kopieren, nicht.

Gegen den Beschluss der 4. Großen Strafkammer legte die Staatsanwaltschaft Beschwerde beschränkt auf die Gestattung der Fertigung vollständiger Kopien mit Blick auf solche Unterlagen ein, die nicht bei dem jeweiligen Angeklagten oder bei der jeweils als Geschäftsführer geführten Gesellschaft sichergestellt worden waren. Zur Begründung verwies die Staatsanwaltschaft auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie von persönlichen Daten. Den Drittenbetroffenen sei jedenfalls rechtliches Gehör zu gewähren. Nachdem die 4. Große Strafkammer den Drittbetroffenen die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben hatte, half sie der Beschwerde der Staatsanwaltschaft teilweise ab und nahm einige Asservate von der Gestattung der Fertigung von Kopien aus. Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte daraufhin, den Verteidigern auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin lediglich die Besichtigung der elektronischen Asservate in den Räumen der Staatsanwaltschaft zu gestatten.

In der Zwischenzeit hatte das AG Koblenz die Beschlagnahme verschiedener Datenträger – auch aufgrund der Beweisbedeutung in dem abgetrennten Verfahrensteil – angeordnet.

II. Entscheidung des OLG Koblenz

Der 4. Strafsenat des OLG Koblenz verwarf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft zum Teil als unzulässig.³

Unzulässig sei die Beschwerde der Staatsanwaltschaft insoweit, als sie sich gegen die Art und Weise der Gewährung bereits beschlagnahmter Asservate richte. Es fehle an der Statthaftigkeit gemäß § 304 Abs. 1 Halbs. 2 StPO, weil gemäß § 32f Abs. 3 StPO Entscheidungen über die Form der Gewährung von Akteneinsicht nach § 32f Abs. 1 und 2 StPO unanfechtbar seien. Dies gelte auch für Entscheidungen über die Ausgestaltung des Rechts auf Besichtigung von Beweismitteln gemäß § 147 Abs. 1 StPO.⁴

Demgegenüber bestehe eine Anfechtungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft, soweit sich die entsprechenden Daten noch in der Verfügungsgewalt der Staatsanwaltschaft befänden bzw. die Entscheidung darüber, welche Daten als Beweismittel in das Verfahren eingeführt werden sollten, noch ausstehe.

In den Entscheidungsgründen verweist der 4. Strafsenat zur Begründung insbesondere auf § 110 Abs. 1 StPO. Demnach sei die Durchsicht der Papiere bzw. der elektronischen Speichermedien des von der Durchsuchung Betroffenen Aufgabe der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihrer Ermittlungspersonen, nicht aber der Verteidigung.⁵ Ein Besichtigungsrecht der Verteidigung bestehe nur für Beweisstücke i.S.v. § 147 Abs. 1 StPO. Dazu würden die im Rahmen der Durchsuchung vorläufig sichergestellten Datenträger erst Teil der Akte, wenn die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 1 StPO erfolgt und eine Beschlagnahmearordnung ergangen sei. Erst ab diesem Zeitpunkt greife der vorgenannte Anfechtungsausschluss gemäß § 32f Abs. 3 StPO. Dies begründet der 4. Strafsenat mit der – zumindest zu einem gewissen Maß erforderlichen – Bestimmbarkeit der zu beschlagnahmenden Gegenstände, damit deren Beweisbedeutung eingeschätzt werden könne. Habe das Gericht eine

³ Bereits die Beschränkung der Beschwerde der Staatsanwaltschaft war aus Sicht des 4. Strafsenats teilweise unwirksam. Soweit sich die Beschwerde nur gegen die Gestattung der Fertigung von vollständigen Kopien von solchen Asservaten richte, die nicht bei dem jeweiligen Angeklagten oder bei der jeweils als Geschäftsführer geführten Gesellschaft sichergestellt worden seien, fehle es an der Konkretisierung, was unter „vollständig“ zu verstehen sei (Sollen Teilkopien entgegen dem Rechtsschutzziel zulässig sein?) und welche Asservate bei Drittbetroffenen sichergestellt worden seien. Lediglich die Beschränkung auf die den abgetrennten Verfahrensteil betreffenden Asservate sei wirksam (vgl. LG Koblenz, Beschluss vom 23. Juni 2020, Az.: 4 Kls 2050 Js 45429/18 = BeckRS 2020, 46950 Rn. 2).

⁴ Der 4. Strafsenat weist in den Entscheidungsgründen insbesondere darauf hin, dass sich durch die Streichung der Regelung in § 147 Abs. 4 Satz 2 StPO a.F. und die Neuregelung in § 32f Abs. 3 StPO keine Änderungen hinsichtlich der Anwendbarkeit auch auf Beschwerden der Staatsanwaltschaft ergäben. Dies habe bereits bei § 147 Abs. 4 Satz 2 StPO a.F. der h.A. in der Rspr. entsprochen (vgl. auch Meyer-Großner/Schmitt/Köhler, 64. Aufl. 2020, StPO § 32f Rn. 12). Auch sei § 32f Abs. 3 StPO – wie bisher – auf das Besichtigungsrecht anwendbar.

⁵ Die (klarstellenden) Regelungen der § 110 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 StPO n.F. (BT-Drucks. 19/27654, S. 73 f.) waren zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht in Kraft.

Entscheidung über die Beweisbedeutung getroffen oder habe die Staatsanwaltschaft einzelne Dateien zur Akte hinzugefügt, bedürfe es keiner Anfechtungsmöglichkeit mehr, weil bereits eine gewisse Vorprüfung im Hinblick auf eine mögliche Verfahrensrelevanz und Rechte Dritter durchgeführt worden sei.

Unter Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz betont der 4. Strafsenat allerdings, dass damit eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft einhergehe, die Auswertung des Datenbestandes zügig vorzunehmen, um abhängig von der Menge des vorläufig sichergestellten Materials und der Schwierigkeit seiner Auswertung in angemessener Zeit zu dem Ergebnis zu gelangen, was dem Gericht als möglicherweise beweisheblich zur Beschlagnahme vorgelegt und was an den Beschuldigten oder Drittbetroffenen herausgegeben werden solle. Hintergrund sei insbesondere, dass – wie hier erfolgt – ein stetiges „Nachschieben“ bisher unbekannter Beweismittel und – als Folge – eine Aussetzung der Hauptverhandlung verhindert werden solle. Der 4. Strafsenat hebt hervor, dass ein entsprechendes Vorgehen der Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall auch mit Blick auf die Menge des vorläufig sichergestellten Materials nicht zu rechtfertigen sei. Polizei- und Justizverwaltung hätten dafür Sorge zu tragen, dass die erforderlichen personellen und technischen Ressourcen zur Verfügung stünden.

In Abgrenzung zu der Entscheidung der 4. Großen Strafkammer des LG Koblenz⁶ stellt der 4. Strafsenat klar, dass sich aus § 147 Abs. 1 StPO insbesondere kein Recht der Verteidigung ergebe, vorläufig sichergestellte Datenträger, über deren Beweisbedeutung noch keine Einschätzung getroffen worden sei, „mittels eigener Suchbegriffe nach weiteren als relevant erachteten Dokumenten zu durchforsten“. Die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 1 StPO sei noch Teil der Durchsuchung, an der der Verteidiger nicht teilnehmen dürfe. Die Verteidigung würde dadurch nicht unzulässig beschränkt, weil die Staatsanwaltschaft gemäß § 160 Abs. 2 StPO nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln habe.

Der 4. Strafsenat legt ferner darauf dar, dass seine Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR⁷ stehe. Demnach seien die Strafverfolgungsbehörden zwar zur Ermöglichung eines fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK gehalten, der Verteidigung – jedenfalls bei einem stichhaltig begründeten Antrag – alle in ihren Händen befindlichen sachlichen Beweise zulasten und zugunsten des Betroffenen offenzulegen. Auch seien davon solche Beweise umfasst, die die Anklage nicht in Erwägung gezogen oder als relevant angesehen habe. Die Rechtsprechung des EGMR verhalte sich aber nicht zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt Einsicht gewährt werden müsse. In dem vom EGMR behandelten Fall sei eine Möglichkeit zur Einsichtnahme nach Anklageerhebung als ausreichend erachtet worden. Ferner gelte auch nach der Rechtsprechung des EGMR die Verpflichtung zur Offenlegung nicht grenzenlos – z.B. aufgrund eines entgegenstehenden erheblichen öffentlichen Interesses oder aufgrund entgegenstehender Grundrechte von Dritten. Der Wahrung der Rechte Dritter diene auch die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 1 StPO. Zu „sachlichen Beweisen“, die sich „in den Händen“ der Strafverfolgungsbehörden befänden, würden Daten erst durch Beschlagnahmeanordnung nach Durchsicht. Der Umstand, dass aufgrund der Größe von Datenbeständen regelmäßig keine Prüfung der Beweiserheblichkeit aller Dateien, sondern die Einschätzung der Beweiserheblichkeit kontextbezogen erfolge, sei ebenfalls mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar.

Darüber hinaus stehe die Entscheidung im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG⁸. Dieses weise hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails explizit darauf hin, dass das Verfahrensstadium der Durchsicht i.S.v. § 110 StPO der endgültigen Entscheidung über den Umfang der Beschlagnahme als eingriffsintensivere Maßnahme vorgelagert sei. Der Zweck von § 110 StPO bestehe gerade darin, lediglich diejenigen Informationen einem dauerhaften und damit intensiveren Eingriff zuzuführen, die verfahrensrelevant und

⁶ Vgl. LG Koblenz, Beschluss vom 23. Juni 2020, Az.: 4 Kls 2050 Js 45429/18 = BeckRS 2020, 46950 Rn. 21.

⁷ EGMR, Urteil vom 25. Juli 2019, Az.: 1586/15 (R/Deutschland) = NJW 2020, 3019.

⁸ BVerfG, Urteil vom 16. Juni 2009, Az.: 2 BvR 902/06 = NJW 2009, 2431.

verwertbar seien.⁹ Der 4. Strafsenat merkt aber – unter Bezugnahme auf das BVerfG – an, dass es im Einzelfall trotz der Streichung der Regelung eines Anwesenheitsrechts des Inhabers der durchzusehenden Papiere und Daten in § 110 Abs. 3 StPO a.F. von Verfassungs wegen geboten und zweckdienlich sein könne, den Inhaber der sichergestellten Daten in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit einzubeziehen. Dies gelte insbesondere bei großen Datenmengen sowie für die Einbeziehung von Drittbetroffenen.

In der Sache hatte die Beschwerde der Staatsanwaltschaft – entsprechend der vorgenannten Grundsätze – insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Gestattung der Fertigung von Kopien von solchen Asservaten richtete, die (1) die 4. Große Strafkammer des LG Koblenz nicht von ihrem Beschluss ausgenommen hatte und über die (2) das AG Koblenz noch nicht die Beschlagnahme angeordnet hatte. Die Regelung sei insoweit aufzuheben, weil sich die Asservate – soweit für den 4. Strafsenat ersichtlich – noch in der Phase der Durchsicht befänden und daher einem Zugriff der Verteidigung und einer Verfügung des Gerichts entzogen seien.

III. Einordnung & Kritik

Die Entscheidung des OLG Koblenz ist unter verschiedenen Gesichtspunkten für die Verteidigung bedeutsam.

1. Teilnahmerecht der Verteidigung an der Durchsicht vorläufig sichergestellter Papiere bzw. elektronischer Speichermedien

Der 4. Strafsenat ist der Ansicht, dass ein Besichtigungsrecht der Verteidigung gem. § 147 Abs. 1 StPO nur für Beweisstücke gelte, die erst mit der Beschlagnahmeanordnung entstünden; dieses Besichtigungsrecht bestehe demgegenüber nicht hinsichtlich (bloß) vorläufig gemäß § 110 StPO zur Durchsicht sichergestellter Datenträger.¹⁰ Der Verteidiger habe deshalb kein Recht auf Teilnahme an der Durchsicht vorläufig sichergestellter Unterlagen bzw. Datenträger seines Mandanten.

Die Begründung des 4. Strafsenats orientiert sich im Wesentlichen an der Rechtsprechung des OLG Jena¹¹. Dieses hatte sich mit der Frage zu befassen, ob der Verteidigung ein Teilnahmerecht bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO zustehe. Ein solches Teilnahmerecht lehnte das OLG Jena ebenfalls mit Verweis darauf ab, dass die Verteidigung nicht zu dem in § 110 StPO genannten Personenkreis gehöre und dass Beweisstücke i.S.v. § 147 Abs. 1 StPO nur dann vorlägen, wenn die Durchsicht erfolgt und eine Beschlagnahmeanordnung ergangen sei.¹²

Diese Rechtsprechung stößt auf erhebliche Kritik, beschränkt sie die Rechte der Verteidigung doch ganz erheblich. Zurecht wird in der Literatur deshalb für ein Anwesenheits- und Teilnahmerecht des Verteidigers auch bereits bei der Durchsicht vorläufig sichergestellter Unterlagen votiert, das jedenfalls für Unterlagen des eigenen Mandanten gelten müsse.

Teils wird das Anwesenheitsrecht des Verteidigers aus dem Recht auf effektive Verteidigung und dem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten gemäß §§ 163a Abs. 3 Satz 2, § 168c Abs. 1 StPO hergeleitet,¹³ teils aus dem Anwesenheitsrecht bei der Durchsichtung gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO.¹⁴

⁹ Sei eine Zuordnung hinsichtlich der Verfahrenserheblichkeit unter zumutbaren Bedingungen nicht möglich, komme dennoch eine Beschlagnahme des gesamten Datenbestandes in Betracht, wenn im konkreten Fall nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen werde.

¹⁰ Die vorläufige Sicherstellung wird nach h.M. als Teil der Durchsichtung verstanden, vgl. Meyer-Großner/Schmitt/Köhler, 64. Aufl. 2020, StPO § 110 Rn. 10 m.w.N.; a.A. Peters, NZWiSt 2017, 465, 466.

¹¹ OLG Jena, Beschluss vom 20. November 2000, Az.: 1 Ws 313/00 = NJW 2001, 1290.

¹² OLG Jena, Beschluss vom 20. November 2000, Az.: 1 Ws 313/00 = NJW 2001, 1290, 1294. Zwar ging es in der Entscheidung des OLG Jena um eine Teilnahme gegen den Willen des Inhabers der durchzusehenden Papiere, die Argumente dürften aber nicht auf diesen Fall beschränkt sein (so auch MK-StPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 110 Rn. 12).

¹³ Vgl. etwa HK-StPO/Gercke, 6. Aufl. 2019, § 110 Rn. 14; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2937 f. (jeweils beschränkt auf den Fall, dass der Mandant Inhaber ist).

¹⁴ Vgl. etwa SK-StPO/Wohlens/Jäger, 5. Aufl. 2016, § 110 Rn. 25 f.; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2937 f. (jeweils beschränkt auf den Fall, dass der Mandant Inhaber ist); i.E. auch Achenbach/Ransiek/Rönnau/Heghmanns, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 6. Teil Rn. 325.

Zwar geht ein selbstständiges „Durchforsten“ der gesicherten Daten sowie die Fertigung von Kopien elektronischer Asservate – wie auch von der Vorinstanz favorisiert – über die bloße Anwesenheit des Verteidigers hinaus; eine dauerhafte Anwesenheit bei der Durchsicht von großen Datenmengen durch die Staatsanwaltschaft ist aber schlichtweg nicht praktikabel. Auch mit den vorgenannten Ansätzen dürften sich daher Rechte des Verteidigers begründen lassen, die über seine bloße Anwesenheit hinausgehen und den Bedürfnissen einer effektiven Verteidigung bei der vorläufigen Sicherstellung von Datenträgern mit großen Datenmengen seines Mandanten hinreichend Rechnung tragen. Zum Teil wird bereits vorgeschlagen, sich mit den Strafverfolgungsbehörden auf „Suchwortkataloge“ zu verständigen, um so die Durchsicht begleiten und nachvollziehen zu können.¹⁵

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich aus der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers ergeben kann, sondern es von Verfassungs wegen geboten sein kann, den Inhaber – in dem behandelten Fall von vorläufig sichergestellten E-Mails – in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit „einzubeziehen“.¹⁶ Entsprechend dieser offenen Formulierung wies auch der 4. Strafsenat des OLG Koblenz auf die Möglichkeit einer Einbeziehung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hin, leitete daraus aber kein Recht zur Fertigung von Kopien der elektronischen Asservate vor Anordnung der Beschlagnahme ab und setzte sich damit auch nicht weiter auseinander („ergänzend sei angemerkt“).

Dies passt zu dem – bedauerlicherweise – insgesamt formalistischen Charakter der Begründung des 4. Strafsenats. Die Abgrenzung zur Rechtsprechung des EGMR lässt ebenfalls eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Bedürfnissen einer effektiven Verteidigung vermissen. Insbesondere in Fällen, in denen die Datenträger selbst vorläufig sichergestellt worden sind, d.h. nicht „nur“ eine „Spiegelung“¹⁷ stattgefunden hat, würde der Verteidigung mangels anderweitigen Zugriffs die Möglichkeit genommen, die vorgelegten Daten in den Gesamtkontext einzuordnen und selbstständig nach entlastendem Material zu suchen.¹⁸ Der 4. Strafsenat weist in den Entscheidungsgründen selbst darauf hin, dass aufgrund der Datenmenge eine Auswertung aller Dateien regelmäßig nicht in Betracht komme und es einer kontextbezogenen Einschätzung der Beweiserheblichkeit bedürfe. Diese Einschätzungen und deren Grundlage könnte die Verteidigung folglich nicht oder nur eingeschränkt überprüfen.

Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG geht der 4. Strafsenat lediglich darauf ein, dass die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 1 StPO bzw. § 110 Abs. 4 StPO n.F. letztendlich den Interessen des Betroffenen zur Vermeidung einer eingriffsintensiveren Beschlagnahme diene, lässt aber unerwähnt, dass auch die Durchsicht selbst – insbesondere im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – eine eingriffsintensive Maßnahme darstellt.¹⁹ Dies gilt umso mehr, als sich in der Praxis zum Teil Schwierigkeiten ergeben, die geltenden Grenzen einzuhalten,²⁰ und die Durchsicht auch in zeitlicher Hinsicht keinen klaren Grenzen unterliegt. Auf die sechsmonatige „Gültigkeit“ von Durchsuchungsbeschlüssen wird insoweit nicht abgestellt.²¹

2. Zeitpunkt des Abschlusses der Durchsicht vorläufig sichergestellter Unterlagen gem. § 110 StPO

Zu begrüßen ist die Entscheidung des 4. Strafsenats jedoch insoweit, als die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 1 StPO bzw. § 110 Abs. 4 StPO n.F. grundsätzlich mit Anklageerhebung abgeschlossen sein muss und deshalb ein stetiges „Nachschieben“ bisher unbekannter Be-

¹⁵ Kempf/Schilling/Oesterle/Volk/Beukelmann, Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 10 Rn. 99; Peters, NZWiSt 2017, 465, 471.

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 16. Juni 2009, Az.: 2 BvR 902/06 = NJW 2009, 2431 Rn. 96.

¹⁷ Kempf/Schilling/Oesterle/Volk/Beukelmann, Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 10 Rn. 96.

¹⁸ Dies gilt insbesondere, wenn – wie hier – nur die Beschlagnahme eines Teils der Datenträger angeordnet wurde, die übrigen Datenträger aufgrund einer Verfahrensabtrennung aber trotzdem nicht herausgegeben, sondern im Ausgangsverfahren weiter durchgesehen werden.

¹⁹ Peters, NZWiSt 2017, 465, 466; vgl. auch BT-Drucks. 19/27654, S. 74; BVerfG, Urteil vom 16. Juni 2009, Az.: 2 BvR 902/06 = NJW 2009, 2431 Rn. 50.

²⁰ Peters, NZWiSt 2017, 465, 468 f.

²¹ Peters, NZWiSt 2017, 465, 469; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002; Az.: 2 BvR 2248/00 = NJW 2002, 1410, 1411.

weismittel auch bei großen Datenmengen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit unzulässig ist.

Festzuhalten ist, dass sich ein solches Vorgehen auch nicht über § 108 StPO rechtfertigen ließe,²² denn das Auffinden von weiteren Beweismitteln hängt nicht vom Zufall ab, sondern liegt in der Hand der Staatsanwaltschaft, der grundsätzlich alle Beweismittel vorliegen, wenn sie sich durch eine Verfahrensabtrennung sowie eine vorzeitige Anklageerhebung dagegen entscheidet, die Durchsicht aller Asservate abzuwarten.

Auf die Rechtsprechung des BGH, nach der die Staatsanwaltschaft bei neuen Erkenntnissen berechtigt bzw. verpflichtet sein soll, auch während der laufenden Hauptverhandlung weitere Ermittlungen durchzuführen,²³ kann ebenfalls nicht zur Rechtfertigung abgestellt werden, weil sich die neuen Erkenntnisse in dem vom BGH behandelten Fall aus der Hauptverhandlung selbst heraus ergaben.²⁴ Ob und inwieweit Ermittlungen noch nach Anklageerhebung auch ohne Veranlassung in der Hauptverhandlung zulässig sind, ist umstritten, weil die Ermittlungen eigentlich gemäß § 169a StPO mit Anklageerhebung abgeschlossen sind.²⁵ Überwiegend wird dies dennoch bejaht, sofern sich die Ermittlungen aufdrängen und die Hauptverhandlung dadurch nicht gestört wird.²⁶ Ob davon auch der Fall umfasst sein soll, dass sich die Ermittlungen – wie hier – von vornherein „aufgedrängt“ haben, der Anlass also schon bei Anklageerhebung bestand, erscheint jedoch fraglich.

Schließlich erachtete der 4. Strafsenat das „Nachschieben“ von Beweismitteln – in dem konkreten Fall – nicht (nur) aufgrund einer Störung der Hauptverhandlung als unzulässig, sondern stützte sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist stets auch den Bedürfnissen einer effektiven Verteidigung Rechnung zu tragen. Diese wird erheblich beeinträchtigt, wenn sich der Angeklagte und die Verteidigung wiederholt und/oder unvorbereitet mit bisher unbekanntem Beweismaterial von erheblichem Umfang konfrontiert sehen.

3. Fazit

Insgesamt bietet die Rechtsprechung des BVerfG und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen Anknüpfungspunkt für die Verteidigung, um (bei großen Datenmengen) auch schon vor der Beschlagnahmeanordnung (in Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden) auf eine Einbindung in die Durchsicht gemäß § 110 Abs. 4 StPO n.F. hinzuwirken. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfte es – abhängig vom Einzelfall und entgegen dem 4. Strafsenat des OLG Koblenz – auch gebieten, die Fertigung von Kopien elektronischer Asservate zu gestatten.²⁷ Zu begrüßen wäre, wenn der Gesetzgeber den normativen Rahmen anpassen und ein Anwesenheits- und Besichtigungsrecht der Verteidigung bei der Durchsicht (wieder) ausdrücklich verankern und diese an die Bedürfnisse bei großen Datenmengen, die heute vor allem in Wirtschaftsstrafsachen die Regel darstellen, anpassen würde.²⁸

²² So aber erwägend Greier, jurisPR-StrafR 14/2021 Anm. 1.

²³ So aber erwägend Greier, jurisPR-StrafR 14/2021 Anm. 1.

²⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 7. Mai 2019, Az. 5 StR 623/18 = BeckRS 2019, 10447 Rn. 7; Mosbacher, JuS 2020, 128, 129.

²⁵ Vgl. Mosbacher, JuS 2020, 128 f.

²⁶ Meyer-Großner/Schmitt/Schmitt, 64. Aufl. 2020, StPO § 202 Rn. 5; KK-StPO/Schneider, 8. Aufl. 2019, § 202 Rn. 9 f. m.w.N.

²⁷ A.A. BeckOK-StPO/Wessing, 40. Ed., Stand: 1. Juli 2021, § 147 Rn. 27.

²⁸ Vgl. auch Peters, NZWiSt 2017, 465, 472.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Beschlagnahmefreiheit von Verteidigerkorrespondenz – § 97 StPO

Schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und zeugnisverweigerungsberechtigten Personen (§ 52 StPO, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b StPO) unterliegen nicht der Beschlagnahme. Auch die Kommunikation des Beschuldigten mit seinem Rechtsanwalt vor formeller Einleitung des Ermittlungsverfahrens fällt in den Schutzbereich des § 97 StPO. Dies gilt auch dann, wenn die Unterlagen sich auf einen Zivilprozess beziehen, dem derselbe Sachverhalt zugrunde lag.

LG Mannheim, Beschluss vom 15.10.2020 – 24 Qs 3/20, NZWiSt 2021, 161

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Oesterle/Tute, NZWiSt 2021, 164.

2. Beschlagnahme finanzbehördlicher Akten – § 98 StPO

Beim Subventionsbetrug (§ 264 StGB) im Zusammenhang mit „Corona-Soforthilfen“ ist von einer Wirtschaftsstraftat von besonderer Bedeutung im Sinne des § 30 Abs. 5 Nr. 5 b AO auszugehen. Die Finanzbehörde muss in derartigen Fällen vom Steuergeheimnis geschützte Daten an die Ermittlungsbehörden weitergeben. Im Weigerungsfall können Steuerakten beschlagnahmt werden.

LG Aachen, Beschluss vom 16.11.2020 – 86 Qs 302 Js 736/20 – 19/20, wistra 2021, 126

Die Entscheidung zu Recht ablehnend Schelzke/Balaneskovic, jurisPR-StrafR 13/2021 Anm. 2.

3. Anfangsverdacht bei Durchsuchung wegen Geldwäsche – § 102 StPO

Zulässiges Ziel einer Durchsuchung darf nicht die Verdachtsbegründung sein. Eine Durchsuchung setzt vielmehr einen Anfangsverdacht voraus. Eine Durchsuchung wegen des Verdachts der Geldwäsche setzt voraus, dass ein Anfangsverdacht nicht nur für die Geldwäscherhandlung vorliegt, sondern auch für das Herrühren des Vermögensgegenstands aus einer Katalogvortat im Sinne von § 261 Abs 1 S 2 StGB (a.F.) gegeben ist („doppelter Anfangsverdacht“). Nicht ausreichend ist es demnach, wenn keine über bloße Vermutungen hinausgehende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Vortat bestehen. Auch Anhaltspunkte für die Annahme, das betroffene Geld oder der betroffene Vermögensgegenstand rührten aus irgendeiner Straftat her, genügen nicht, um Strafverfolgungsmaßnahmen auszulösen.

BVerfG, Beschluss vom 03.03.2021 – 2 BvR 1746/18, NJW 2021, 1452

Zu der Entscheidung s. Hiéramente, jurisPR-StrafR 9/2021 Anm. 1, sowie Rensch/Schwarz, NZWiSt 2021, 322.

4. Kein Herausgabeverlangen vor Durchsuchung – § 103 StPO

Die Ermittlungsbehörden sind vor Durchsuchungen bei Dritten (hier: einer Bank) auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht gehalten, die einer Straftat unverdächtige Person um (freiwillige) Herausgabe zu ersuchen.

LG Köln, Beschluss vom 13.05.2020 – 112 Qs 4/20, wistra 2021, 38

Zu der Entscheidung s. zust. Niemann, wistra 2021, 13; ablehnend indes Hamm, wistra 2021, 17. S. zudem Dießner, FD-StrafR 2021, 437991. Vgl. in diesem Zusammenhang auch LG Köln, Beschluss vom 24.06.2020 – 119 Qs 8/20, wistra 2021, 37.

5. Durchsicht von Papieren – § 110 StPO

Die Durchsicht von Papieren ist regelmäßig das (einzige) Mittel, als Beweismittel in Frage kommende Unterlagen inhaltlich daraufhin zu prüfen, ob eine richterliche Beschlagnahme angebracht oder die Rückgabe notwendig ist. Kommt ein Beschlagnahmeverbot (§ 97 StPO) in Frage, ist bei der Sichtung größtmögliche Zurückhaltung geboten. Gegenstände, die offensichtlich in den Schutzbereich des § 97 StPO fallen, sind unverzüglich herauszugeben.

LG Chemnitz, Beschluss vom 28.10.2020 – 4 Qs 326/20, NJW-Spezial 2021, 186

6. Kein „Deal“ ohne explizite Zustimmung der Staatsanwaltschaft – § 257c StPO

Die Vorgaben an die Transparenz des Verständigungsverfahrens erfordern, dass Angeklagter und Staatsanwaltschaft einem gerichtlichen Verständigungsvorschlag ausdrücklich – und nicht lediglich konkludent – zustimmen. Nur in Ausnahmefällen wird ein Urteil nicht darauf beruhen, dass das erkennende Gericht bei einer verfahrensrechtswidrig nur konkludent erklärten Zustimmung von einer wirksamen Verständigung ausgegangen ist.

BVerfG, Beschluss vom 29.04.2021 – 2 BvR 1543/20, NStZ 2021, 559

Der Entscheidung zust. Schneider, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 3, sowie Czimek/Schefer, NStZ 2021, 561.

7. Akteneinsicht an Sozialbehörden – § 474 StPO

Die Erteilung von Auskünften aus staatsanwaltschaftlichen Akten an andere öffentliche Stellen richtet sich nach § 474 StPO. Stehen die Ermittlungen nicht im Zusammenhang mit Straftaten zum Nach der Sozialbehörden, fehlt es an einer Rechtsgrundlage für ein derartiges Auskunftersuchen.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 03.03.2021 – 1 VAs 3/21, StraFo 2021, 210

8. Rückwirkung der Neuregelung der Einziehung von Taterträgen – § 316h StPO

Die Vermögensabschöpfung nach dem Reformgesetz vom 13.4.2017 ist keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter. Die in Art. 316h Satz 1 EGStGB angeordnete Rückwirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung) ist nicht an Art. 103 Abs. 2 GG, sondern an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen. Sie ist hier ausnahmsweise zulässig.

BVerfG, Beschluss vom 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, ZInsO 2021, 712

Zu der Entscheidung krit. Bülte, NZWiSt 2021, 203. Zust. indes Schwerdtfeger, jurisPR-StrafR 9/2021 Anm. 2. Differenzierend Reichling/Lange/Borgel, NStZ 2021, 417.

9. Unterbleiben der Vollstreckung wegen Wegfalls der Bereicherung – § 459g StPO

Die Vollstreckung einer Einziehungsentscheidung unterbleibt, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre. Bei der Bestimmung der Entreicherung läuft eine schlichte Anwendung des Rechtsgedankens aus §§ 818 Abs. 4, 819 BGB dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit deutlich zuwider. Denn dies würde dazu führen, dass Tatbeteiligte stets im Sinne dieser Vorschriften verschärft haften.

LG Bochum, Beschluss vom 06.04.2021 – 3 KLS 42 Js 725/09 - 8/10, NZI 2021, 593

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Berber/Köster, NZI 2021, 594.

10. Kosten eines Revisionsverfahrens als Insolvenzforderung – §§ 38, 87 InsO

Wird eine Revision erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verurteilten eingelegt, handelt es sich bei den durch das Revisionsverfahren entstandenen Gerichtskosten nicht um Insolvenzforderungen i.S.d. § 38 InsO.

BGH, Beschluss vom 23.07.2021 – 4 StR 36/19, ZInsO 2021, 1727

II. Materielles Strafrecht

1. Garantenstellung des finanzbehördlichen Außenprüfers – § 13 StGB

Beamte der Finanzbehörde – und damit auch ein Außenprüfer – haben eine durch die §§ 385 ff. AO gesetzlich begründete Garantenstellung, an der Strafverfolgung von Steuerstraftaten mitzuwirken. Unterlässt es ein Außenprüfer, den Anfangsverdacht einer Steuerstraftat der innerbehördlich für die Steuerfahndung zuständigen Stelle mitzuteilen, kann er sich wegen (versuchter) Strafvereitelung durch Unterlassen (§§ 258 Abs. 1, 13 StGB) strafbar machen.

LG Stuttgart, Beschluss vom 24.03.2020 – 61 Ns 142 Js 114222/16, NJW-Spezial 2020, 698

Zu der Entscheidung s. ausführlich und zust. Kremer/Altenburg, NZWiSt 2021, 266, die auch aus der Argumentation des Gerichts möglicherweise resultierende erhebliche Gefahren für andere Amtsträger analysieren; vgl. ferner Figatowski, jurisPR-SteuerR 47/2020 Anm. 1, sowie Buse, AO-StB 2021, 11. Ablehnend jedoch Oesterle, NSTZ 2021, 548.

2. Bemessung der Tagessatzhöhe durch Schätzung – § 40 StGB

Ein Ersuchen an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) um Auskunft über Kontostammdaten ist nicht an eine bestimmte Schwere der zu verfolgenden Straftat gebunden und auch in Fällen nur leichter Kriminalität zulässig. Finanzermittlungen können auch erfolgen, um bei einer Geldstrafe konkrete Schätzungsgrundlagen für die Bemessung des Tagessatzes zu schaffen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2021 – 2 RVs 11/21, NJW-Spezial 2021, 344

Die vom OLG in sehr belehrender Form aufgestellten Anforderungen an die Nachforschungspflichten des Gerichts in Bezug auf die für die Bemessung der Tagessatzhöhe relevanten wirtschaftlichen Verhältnisse eines Angeklagten dürften in der amtsgerichtlichen Praxis zu einem Zusammenbruch der strafrichterlichen Tätigkeit führen, sollten sie tatsächlich umgesetzt werden; krit. S. Brender, juris PR-BKR 11/2021 Anm. 4. Zu den – teils sachfremden – Befindlichkeiten von OLG-Strafsenaten, die auch zu der vorliegenden Entscheidung geführt haben mögen, s. erschöpfend Fischer, StraFo 2018, 133.

3. Kriminelle Vereinigung im Wirtschaftsstrafrecht – § 129 StGB

Unter die Legaldefinition der kriminellen Vereinigung können auch Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ebenso wie sonstige Zusammenschlüsse aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität fallen. Erforderlich hierfür ist neben den sonstigen Voraussetzungen, dass der Zusammenschluss ein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgt. Lediglich individuelle Einzelinteressen der Mitglieder der Gruppierung genügen nicht. Das gemeinsame Interesse muss insbesondere über die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen hinausgehen.

BGH, Urteil vom 02.06.2021 – 3 StR 21/21, NJW 2021, 2813

Zur Ermittlung des für eine Vereinigung konstitutiven übergeordneten gemeinsamen Interesses können im Rahmen einer Gesamtwürdigung die äußeren Tatumstände herangezogen werden.

4. Strafbarkeit des „Kirchensteuerbetruges“ – § 263 StGB

Die durch die Einreichung einer unvollständigen Einkommensteuererklärung neben der Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag zugleich bewirkte Verkürzung von Kirchensteuer stellt keine Steuerhinterziehung dar. Ob ein solches Verhalten als Betrug gewertet werden kann, bleibt weiter offen.

BGH, Beschluss vom 25.03.2021 – 1 StR 242/20, wistra 2021, 366

Zu der schon seit geraumer Zeit umstrittenen und vom BGH weiterhin explizit offengelassenen Rechtsfrage vgl. bejahend etwa Rönna, wistra 1995, 47, verneinend z.B. Randt, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 8. Aufl. 2015, § 386 Rn. 31. S. zum „Kirchensteuerbetrug“ im Übrigen bereits BGH, Beschluss vom 17.08.2008 – 5 StR 547/07, NStZ 2009, 157.

5. Subventionsbetrug bei Corona-Hilfen – § 264 StGB

Bei Corona-Soforthilfen handelt es sich um Subventionen gemäß § 264 Abs. 8 Satz 1 StGB, die als sogenannte verlorene Zuschüsse ohne eine marktmäßige Gegenleistung von den Ländern aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht Betrieben und Unternehmen gewährt werden und jedenfalls auch der Förderung der Wirtschaft dienen. Der Hinweis in den Antragsformularen, dass „alle Angaben subventionserheblich“ seien, sorgt bei dem Subventionsnehmer für die nötige Klarheit über die subventionserheblichen und damit bei Falschangaben strafrechtlich relevanten Tatsachen. Insbesondere bleibt es hier nicht dem Antragsteller bzw. Subventionsnehmer überlassen, sich Klarheit über die maßgebenden Tatsachen und Angaben zu verschaffen.

BGH, Beschluss vom 04.05.2021, 6 StR 137/21, NJW 2021, 2055

Krit. zu der Entscheidung Brockhaus, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 1, sowie Dihlmann, NJW 2021, 2054. Zu der Problematik s. auch LG Hamburg, Beschluss vom 18.01.2021 – 608 Qs 18/20, NJW 2021, 707, m. Anm. Brockhaus, jurisPR-StrafR 4/2021 Anm. 1. Allgemein zur Anwendung des § 264 StGB im Zusammenhang mit Corona-Subventionen Tolksdorf/Schellhaas, NZWiSt 2021, 344.

6. Untreue bei Vergabe von Krediten – § 266 StGB

Wer als Vorstandsmitglied einer Sparkasse über das Vermögen des Instituts verfügen kann, muss bei einer Kreditvergabe die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden. Nimmt der Vermögensbetreuungspflichtige unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben wahr, ist ihm regelmäßig ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB liegt erst vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vermögensbetreuungspflichtigen aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss. Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen interne Kompetenzregeln, verletzt es ohne Weiteres seine Vermögensbetreuungspflicht. Bestehen jedoch keine detaillierten Vorgaben für die Kreditvergabe oder sind sie gewahrt, ist eine strafrechtlich bedeutsame Pflichtverletzung grds. nur zu bejahen, wenn sich bei einer Gesamtschau aller relevanten Umstände das Handeln des Vorstandsmitglieds als unvertretbar und damit der Leitungsfehler als evident darstellt. Verstöße gegen Informations- und Prüfungspflichten haben bei einer Kreditvergabe wegen der hiermit verbundenen möglichen Chancen und Risiken nicht nur indizielle Bedeutung für die Frage, ob eine bestehende Vermögensbetreuungspflicht verletzt wurde. Hiervon ist stets auszugehen, wenn der Verstoß gegen die bei der Kreditvergabe zu beachtenden Sorgfaltspflichten schwer wiegt. Dies gilt insbesondere bei unzureichenden Sicherheiten. Mit Kreditentscheidungen befassten Bankmitarbeitern ist es im Einzelfall unbenommen, zur Erhaltung eines Unternehmens mit besonderen Risiken behaftete Sanierungskredite zu vergeben. Dies kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Kreditvergabe auf einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan beruht

und deshalb die Sanierung des gesamten Kreditengagements erfolgversprechend erscheint. Notwendig in diesem Zusammenhang ist ein aktueller belastbarer Sanierungsplan.

BGH, Urteil vom 27.01.2021 – 3 StR 628/19, ZInsO 2021, 904

Die sehr ausführlich begründete Entscheidung, mit der ein freisprechendes Urteil des LG Duisburg (Urteil vom 28.03.2019 – 34 KLS 10/14, n.v.) aufgehoben wurde, fasst die Grundsätze anschaulich zusammen, die von entscheidungsbefugten Mitarbeitern von Kreditinstituten bei Kreditvergaben unter dem Aspekt des § 266 StGB zu beachten sind. Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Brand/Goll, GmbHR 2021, 751, sowie Frisch, EWiR 2021, 291, und Köllner, NZI 2021, 572, 574.

7. Pflichtverletzung durch die Gewährung von Übergangsgeldern an Vorstandsmitglieder einer kassenärztlichen Vereinigung – § 266 StGB

Das § 266 StGB immanente Merkmal der Verletzung einer Pflicht zur Wahrnehmung und Betreuung fremder Vermögensinteressen knüpft an außerstrafrechtliche Normkomplexe und Wertungen an, die das Verhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und dem Vermögensverwalter im Einzelnen gestalten und so erst den Inhalt der – strafbewehrten – Pflicht und die Maßstäbe für deren Verletzung festlegen. Einen solchen untreuerelevanten Maßstab stellt das den gesamten Bereich der öffentlichen Verwaltung überspannende haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dar. Für die Höhe der im Bereich der öffentlichen Verwaltung gezahlten Vergütungen ist ein verhältnismäßig weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Eine pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebots liegt daher regelmäßig erst dann vor, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit unangemessene Gegenleistung gewährt wird. Wann dies der Fall ist, entzieht sich einer generalisierenden Betrachtungsweise. Bei der Auslegung von Vergütungsvereinbarungen hat der Tatrichter zu prüfen, ob Vergütungsbestandteile nicht tatsächlich ohne Gegenleistung gezahlt wurden. In einem solchen Fall hat er zu bedenken, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit jedenfalls bei Zuwendungen anzunehmen ist, die keine Gegenleistung zum Gegenstand haben und auch nicht durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben als gerechtfertigt angesehen werden können.

BGH, Urteil vom 24.11.2020 – 5 StR 553/19, NJW 2021, 1473

8. Feststellung einer Vermögensbetreuungspflicht – § 266 StGB

Nimmt der Vermögensbetreuungspflichtige unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben wahr, ist ihm regelmäßig ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB liegt erst vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vermögensbetreuungspflichtigen aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss. Ein Verstoß gegen die Business Judgement Rule (§ 93 AktG), etwa die Entscheidung auf unzulänglicher Tatsachengrundlage, indiziert in der Regel eine solche Pflichtverletzung. Sie ist letztlich aber nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt; der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen.

BGH, Beschluss vom 17.12.2020 – 3 StR 403/19, StraFo 2021, 297

Der Entscheidung zustimmend Solka, StraFo 2021, 300.

9. Bestimmung des Vermögensnachteils – § 266 StGB

Der Vermögensnachteil ist ein selbständiges neben den Voraussetzungen der Pflichtverletzung stehendes Tatbestandsmerkmal, das nicht in dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit aufgehen darf. Er ist eigenständig zu ermitteln, gegebenenfalls anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens zu konkretisieren und zu beziffern. Ein Vermögensnachteil tritt nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung dann nicht ein, wenn die Tathandlung selbst zugleich einen den Verlust aufwiegenden Vermögenszuwachs begründet. Hat der Täter einen Geldan-

spruch gegen das von ihm verwaltete Vermögen, so fehlt es an einem Schaden, wenn er über das Vermögen in entsprechender Höhe zu eigenen Gunsten verfügt.

BGH, Beschluss vom 18.05.2021 – 1 StR 62/21, ZInsO 2021, 1491

Der Entscheidung zustimmend Böhm, FD-StrafR 2021, 440623. Zum „Verschleifungsverbot“ vgl. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, NStZ 2010, 826. Zum Prinzip der Gesamtsaldierung s. etwa BGH, Beschluss vom 26.10.2019 – 2 StR 588/18, wistra 2020, 337.

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

1. Grenzen der Verbandsgeldbuße – § 30 OWiG

Der zeitliche Anwendungsbereich des § 30 Abs. 2a OWiG ist eröffnet, wenn nach dessen Inkrafttreten am 30.6.2013 nicht nur die (partielle) Gesamtrechtsnachfolge nach der gemäß § 30 Abs. 1 OWiG verantwortlichen juristischen Person oder Personenvereinigung, sondern auch die Beendigung der von ihrer Leitungsperson begangenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit eingetreten ist. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG führt die Eintragung der Verschmelzung im Register dazu, dass ein rechtskräftig gegen den Rechtsvorgänger festgesetztes Bußgeld, also die Zahlungsverpflichtung als solche, auf den Rechtsnachfolger übergeht. Steht aufgrund eines teilrechtskräftigen Erkenntnisses lediglich fest, dass der Rechtsvorgänger für die Tat seiner Leitungsperson bußgeldrechtlich verantwortlich gewesen ist, bewirkt die Vorschrift keinen Eintritt in diese Verantwortlichkeit.

BGH, Beschluss vom 08.03.2021 – KRB 86/20, ZInsO 2021, 1165

Zu der Entscheidung Janssen, jurisPR-StrafR 11/2021 Anm. 2. Allgemein zur „Wurstlücke“ s. Weyand, in: Eidam, Unternehmen und Strafe, 5. Aufl. 2020, Rn. 1097 m.w.N.

2. Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gegen den Rechtsnachfolger – § 30 OWiG

Angesichts des Normzwecks und des Rechtscharakters der Vorschrift des § 30 Abs. 2a OWiG ist den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls dann Genüge getan, wenn diese im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge bereits in Kraft getreten war. Ob die zur Zeit ihrer Begehung unproblematisch ahndbare und die Verantwortlichkeit des Rechtsvorgängers nach § 30 Abs. 1 OWiG auslösende Anknüpfungstat schon zuvor beendet war, ist insoweit nicht maßgebend.

BGH, Beschluss vom 26.03.2021 – 6 StR 452/20, NJW 2021, 1607

Zu der Entscheidung s. Köllner, NZI 2021, 572, 574, sowie krit. Bülte, wistra 2021, 289.

3. Verbandsgeldbuße bei Verstößen gegen die DS-GVO – § 30 OWiG

Gegen juristische Personen kann eine Verbandsgeldbuße auch in Bußgeldverfahren nach Art. 83 DS-GVO nur bei Feststellung einer Anknüpfungstat i.S.d. § 30 OWiG Verhängt werden.

LG Berlin, Beschluss vom 18. Februar 2021 – (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20), NZWiSt 2021, 314

Der – nicht rechtskräftigen – Entscheidung zustimmend Kremer, NZWiSt 2021, 318.

IV. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Indizien für Zahlungsunfähigkeit – § 17 InsO

Werden Sozialversicherungsbeiträge trotz der drohenden Strafbarkeit gemäß § 266a StGB über einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten nicht abgeführt, trägt dies für sich genommen regelmäßig die Annahme einer Zahlungsunfähigkeit. In diesem Zusammenhang sind auch Sozialversicherungsbeiträge zu berücksichtigen, die in den Zeitraum des § 3 CO-

VInsAG fallen. Die strafbewehrte Sanktion lässt das Vorliegen einer bloßen Zahlungsunwilligkeit als unwahrscheinlich erscheinen.

AG Mannheim, Beschluss vom 10.05.2021 – 3b IN 72/21 LU, ZInsO 2021, 1285

Zustimmend hierzu Hölken, jurisPR-InsR 14/2021 Anm. 4; ablehnend Dahl/Taras, NJW-Spezial 2021, 439. A. A. AG Darmstadt, Beschluss vom 27.11.2020 – 9 IN 411/20, ZIP 2021, 307, mit zustimmender Anm. Faude, NZI 2021, 432; s. auch Hölken, jurisPR-InsR 5/2021 Anm. 2, sowie Römermann, EWiR 2021, 408.

2. Vollstreckung von nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Bußgeldern – §§ 89, 294 InsO

Die insolvenzrechtlichen Vollstreckungsverbote gemäß § 89 InsO und § 294 InsO erfassen auch Bußgelder, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden sind. Dies steht auch der Anordnung von Erzwingungshaft zur Durchsetzung solcher Bußgelder entgegen. Hingegen können Bußgeldforderungen, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig geworden sind, vollstreckt werden. Für die Dauer eines gesetzlichen Vollstreckungsverbotes ruht die Verjährung der Bußgeldforderung.

LG Potsdam, Beschluss vom 22.02.2021 – 24 Qs 71/20, ZInsO 2021, 865

Zu der Entscheidung s. Greiner, ZInsO 2021, 1156. Ausführlich zum Streitstand in der heftig umstrittenen Problematik Weyand, ZInsO 2021, 1380.

3. Einordnung strafrechtlicher Nebenentscheidungen als Insolvenz- oder Neuforderung – § 89 InsO

Der Anspruch auf Einziehung von Wertersatz wird insolvenzrechtlich mit der Erlangung des Gegenstands begründet.

BGH, Beschluss vom 18.02.2021 – IX ZB 6/20, ZInsO 2021, 847

Der Entscheidung zust. Brzoza, jurisPR-InsR 9/2021 Anm. 3, sowie Ceffinato, EWiR 2021, 305.

4. Schutzgesetzcharakter der Schuldnerbegünstigung – § 283d StGB

§ 283d StGB ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

LG Bielefeld, Urteil vom 22.04.2021 – 5 O 134/18, ZInsO 2021, 1445

Für den Straftatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat der BGH die Schutzgesetzzeigenschaft explizit bejaht (BGH, Urteil vom 25.09.2014 – IX ZR 156/12, ZInsO 2014, 2323). Nach dessen Rechtsprechung schützt § 283d StGB im Gleichlauf mit § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Befriedigungsinteressen der Gesamtheit der Gläubiger (s. bereits BGH, Urteil vom 29.9.1988 – 1 StR 332/88, wistra 1989, 102). Aufgrund der identischen Schutzrichtung der Normen gilt daher nach Auffassung des LG Bielefeld in Bezug auf § 283d StGB nichts anderes.

5. Vorsätzliche Insolvenzverschleppung als sittenwidrige Schädigung – § 826 BGB

Die vorsätzliche Insolvenzverschleppung in der Absicht, das als unabwendbar erkannte Ende eines Unternehmens so lange wie möglich hinauszuzögern, erfüllt den Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung i.S.d. § 826 BGB, wenn dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen wird. Der Schutzbereich einer derart vorsätzlich sittenwidrigen Insolvenzverschleppung erfasst Personen, die vor Insolvenzureife in Vertragsbeziehungen mit einer GmbH getreten sind und durch einen gegen die mittlerweile unerkannt insolvenzureife Gesellschaft eingeleiteten Rechtsstreit oder ein gegen diese eingeleitetes selbständiges Beweisverfahren mit Kosten belastet werden, für die sie bei der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen können.

BGH, Urteil vom 27.07.2021 – II ZR 164/20, ZInsO 2021, 2093

Nach Auffassung des BGH sind auch die Kosten ersatzpflichtig, die dem Vertragspartner der insolvent gewordenen GmbH dadurch entstehen, dass er zur Feststellung relevanter Tatsachen ein selbständiges Beweisverfahren führt. Die Insolvenzantragspflicht soll den Ver-

tragspartner einer insolvenzreifen Gesellschaft davor schützen, dass er sich mit Kosten belastet, die er bei der Kostenschuldnerin nicht mehr realisieren kann. Zu den Rechtsverfolgungskosten in diesem Sinn gehören auch die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens (vgl. weiter BGH, Urteil vom 14.05.2012, II ZR 130/10, ZInsO 2012, 1367).

6. Amtshaftung bei Inhaftierung und Vermögensarrest – § 839 BGB

Wird mit einer Amtshaftungsklage die Inhaftierung eines GmbH-Geschäftsführers und der steuerliche Arrest in sein Vermögen und in das Vermögen der GmbH, die insolvent wurde, beanstandet, kann eine auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des beklagten Landes gerichtete Klage zulässig sein. Sie ist unbegründet, wenn die Erwirkung des Haftbefehls vertretbar und der Erlass der steuerlichen Haftungs- und Arrestanordnungen nicht pflichtwidrig war. In Bezug auf diese begründet auch § 945 ZPO keine Schadensersatzpflicht des in Anspruch genommenen Landes.

OLG Hamm, Urteil vom 17.02.2021 – 11 U 51/19, ZInsO 2021, 1168

Zu der Entscheidung s. Köllner, NZI 2021, 572, 575.

7. Befangenheit eines Sachverständigen – § 406 ZPO

Die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ist dann gerechtfertigt, wenn dieser die Grenzen seines Gutachtauftrags dadurch überschreitet, dass er eine allein dem Gericht vorbehaltene Beweiswürdigung vornimmt und seiner Beurteilung nicht vorgegebene Anknüpfungstatsachen zugrunde legt. Sie kann sich auch daraus ergeben, dass ihm bei Aufnahme und Auswertung des Sachverhaltes in für eine Partei auch bei objektiver Sicht der Dinge wichtigen Punkten Fehler unterlaufen, die in starkem Maße auf mangelnde Sorgfalt deuten. Ein Ablehnungsgesuch kann auch bei einer Häufung schwerwiegender sachlicher Mängel oder anderen schwerwiegenden Verstößen eines Sachverständigen gegen zwingende gesetzliche Vorschriften Erfolg haben. Lassen sich Äußerungen eines Sachverständigen dahingehend interpretieren, dass er dem Gericht anbietet, sein Gutachten hinsichtlich der Ergebnisse nach den gerichtlichen Vorgaben zu erstatten, begründet dies aus Sicht eines objektiven Betrachters regelmäßig die Besorgnis der Befangenheit.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.04.2021 – 13 W 3783/20, ZInsO 2021, 1296

8. Inhaltliche Anforderungen an die Versicherung des GmbH-Geschäftsführers – § 8 Abs. 3 GmbHG

Die durch § 8 Abs. 3 GmbHG vorgeschriebene Versicherung dient dazu, das Anmelde- und Prüfverfahren für das Registergericht zu erleichtern. Der Schutzzweck dieser Bestimmung gebietet es aber nicht, dass sämtliche Straftatbestände, die ein Bestellungshindernis bilden können, im Einzelnen aufgeführt werden müssen.

OLG Hamm, Beschluss vom OLG Hamm, Beschluss vom 19.05.2021 – I-27 W 31/21, ZInsO 2021, 2286

Zustimmend Staake, jurisPR-HaGesR 8/2021 Anm. 4. S. auch BGH, Beschluss vom 17.05.2010 – II ZB 5/10, NZG 2010, 829.

V. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

1. Auswahlentscheidung bei der Frage der Schließung von Spielhallen – § 35 GewO

Ein Spielhallenbetreiber in der Rechtsform einer juristischen Person muss sich im Rahmen einer Prognose über seine zukünftige spielhallenspezifische Rechtstreue ein etwaiges Fehlverhalten seines Geschäftsführers, das diesem in Ausübung seiner weiteren beruflichen Betätigung als (Mit-)Gesellschafter einer anderen juristischen Person schuldhaft unterlaufen sein könnte, nicht zurechnen lassen.

OVG Saarlouis, Beschluss vom 28.08.2020 – 1 B 174/20, NZG 2020, 1153

Ausführlich zu der Entscheidung Schmidt, jurisPR-InsR 12/2021 Anm. 4.

2. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit durch verspätete Insolvenzantragstellung – § 35 GewO

Hat der Gewerbetreibende seine aus § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO folgenden insolvenzrechtlichen Pflichten verletzt, so ist es für diese Pflichtverletzungen nicht relevant, ob durch die verspätete Insolvenzanmeldung ein Schaden für die Gläubiger eingetreten ist oder nicht. Maßgeblich für die Annahme einer gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit ist ein Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags als Geschäftsführer einer UG und die darauf basierende strafrechtliche Verurteilung. Die Haftungsbeschränkung der UG (§§ 13 Abs. 2, 5a GmbHG) ändert nichts an der Verpflichtung des Geschäftsführers zur Beachtung gesetzlicher Pflichten nach § 43 Abs. 1 GmbHG.

VGH Bayern, Beschluss vom 03.03.2021 – 22 ZB 20.1576, ZInsO 2021, 969

Zu der Entscheidung s. Hölken, juris-PR-InsR 13/2021 Anm. 2.

3. Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer trotz interner Ressortverteilung bei Eintritt einer finanziellen Krise der Gesellschaft – §§ 34, 69 AO

Die gesetzlichen Pflichten des § 34 Abs. 1 AO können nicht durch privatrechtliche Vereinbarung oder eine abweichende firmeninterne Aufgabenverteilung abbedungen werden.

Werden Geschäfte des laufenden Geschäftsverkehrs, die für die juristische Person nicht von existenzieller Bedeutung sind, regelmäßig von einem der gesetzlichen Vertreter wahrgenommen, dürfen sich die anderen gesetzlichen Vertreter auch ohne schriftliche Festlegung der Aufgabenverteilung auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung dann verlassen, wenn der die Aufgabe wahrnehmende gesetzliche Vertreter persönlich vertrauenswürdig ist. Es muss aber generelle Kenntnis bestehen, dass die Geschäftsführung ordnungsgemäß wahrgenommen wird. Es muss ferner gewährleistet sein, dass die Geschäfte die Grenzen des laufenden Geschäftsverkehrs nicht übersteigen und dass bei einer auch nur entfernt zu befürchtenden Gefährdung der Liquidität oder des Vermögens der juristischen Person alle gesetzlichen Vertreter unverzüglich unterrichtet werden. Jede interne Aufgabenverteilung - und die damit verbundene Haftungsbeschränkung - endet indes dann, wenn das Unternehmen in eine finanzielle Krise gerät. Die Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer wird spätestens dann wirksam, wenn die laufende Erfüllung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr gewährleistet ist und infolgedessen Unregelmäßigkeiten in der Erklärung der Steuern oder der Erfüllung der Steuerverbindlichkeiten zu besorgen sind.

Die Haftung nach den §§ 34, 69 AO setzt voraus, dass zwischen der schuldhaften Pflichtverletzung und dem den Haftungsanspruch begründenden Steuerschaden eine adäquate Kausalität besteht. Dies gilt nicht nur im Fall der Nichterfüllung der Steuerschuld (§ 69 Satz 1, 2. Alt. AO), sondern auch im Fall der Verletzung von Steuererklärungspflichten (§ 69 Satz 1, 1. Alt. AO). An einer adäquaten Kausalität der schuldhaften Pflichtverletzung der nicht rechtzeitigen Abgabe der Steuererklärung für den entstandenen Steuerschaden fehlt es, wenn oder soweit die juristische Person in dem Zeitpunkt, zu dem die Steuer bei rechtzeitiger Abgabe der Steuererklärung fällig geworden wäre, und auch später über keine oder keine ausreichenden Mittel verfügte, um die Steuer zu entrichten.

OVG Münster, Beschluss vom 19.04.2021 – 14 B 43/21, ZInsO 2021, 1232

VI. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

Abzugsverbot von Bestechungsgeldern – § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 Satz 1 EStG i.V.m. § 299 Abs. 2, Abs. 3 StGB

Soweit die Zuwendung von Vorteilen sowie die damit zusammenhängenden Aufwendungen als Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 Satz 1 EStG den Gewinn nicht mindern dürfen, wenn die Zuwendung der Vorteile eine rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, muss auch der subjektive Tatbestand des Strafgesetzes erfüllt sein.

BFH, Urteil vom 15.04.2021 – IV R 25/18, DB 2021, 1877

Der Entscheidung zustimmend Beckschäfer/Neuhaus, jurisPR-StrafR 17/2021.

Rezensionen

Strafprozessrecht

Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, * Frankfurt a.M.

Feichtlbauer: Verständigung als Fremdkörper im deutschen Strafprozess? Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des „fair trial“-Grundsatzes

Duncker & Humblot, Berlin 2021, 359 Seiten, ISBN 978-3-428-18282-4, 99,90 Euro

Feichtlbauer widmet ihre Dissertation dem strafprozessualen Dauerbrenner seit *Detlef Deal aus Mauschelhausen*¹ – der Verständigung im deutschen Strafprozess. Die Dissertation wurde von Professor Dr. Jahn und Professor Dr. Bockenmühl an der Goethe-Universität Frankfurt am Main betreut und mit summa cum laude bewertet.

Feichtlbauer hat für diese Arbeit den Promotionspreis der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) für die aus der Perspektive der Praxis beste Promotion im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts im Jahr 2020 erhalten. Die Arbeit hat den Vorstand der WisteV nicht nur überzeugt, weil sie sich einem strafprozessrechtlichen Thema widmet, das der Praxis entstammt und gerade auch in Wirtschaftsstrafverfahren von großer Bedeutung ist. Vielmehr hält er die Arbeit von *Feichtlbauer* für preiswürdig, weil sie nicht nur aufzeigt, dass die Verständigung mit verfassungs- und strafprozessrechtlichen Vorgaben konfligiert, sondern Vorschläge macht, wie die Regelungen zur Verständigung ausgelegt und ggf. angepasst werden sollten, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Strafprozessrecht gerecht zu werden. Professor Dr. Jahn schreibt daher in seinem Gutachten treffend, dass *Feichtlbauer* „ihre über die ganze Länge der Arbeit präzise inhaltliche Argumentation in den Dienst ihrer Vision von einem besseren Strafprozessrecht“ gestellt habe.

1. In dem ersten Abschnitt der Arbeit (S. 17 bis 71) stellt *Feichtlbauer* die Grundlagen der Verständigung dar. Sie zeigt die praktische Relevanz dieser auf, grenzt sie von anderen Rechtsinstituten, wie der Einstellung des Strafverfahrens aus Opportunitätserwägungen, ab und erklärt, wie die Verständigung über die Rechtsprechung² und das spätere Verständi-

* Für die spannende Diskussion im Rahmen der Vergabe des Promotionspreises, gilt dem Vorstand der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung großer Dank, insbesondere Frau Dr. Sohere Tschakert, Vorsitzende Richterin am Landgericht Lübeck.

¹ *Deal* (Pseudonym), StV 1982, 545.

² BGH, Urteil vom 28. August 1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, 195; BGH, Beschluss vom 3. März 2005 – GSSt 1/04 = BGHSt 50, 40.

gungsgesetz³ ihren Weg in das deutsche Strafverfahrensrecht gefunden hat. Schließlich stellt sie das viel beachtete sog. Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 dar, wonach das Verständigungsgesetz verfassungsgemäß sei und der Umstand, dass dieses in der Praxis nicht ausreichend berücksichtigt werde, (noch) nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führe.⁴

2. Die *Verfasserin* beschäftigt sich anschließend ausführlich damit, ob die Verständigung mit den verfassungs- und verfahrensrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, wobei der „fair trial“-Grundsatz besondere Berücksichtigung erfährt (S. 72 bis 270). *Feichtlbauer* belässt es aber nicht dabei, unter Berücksichtigung der bereits vertretenen Meinungen zu einer eigenen Auffassung zu gelangen, sondern zeigt auf, wie die Regelungen zur Verständigung ausgelegt und ggf. angepasst werden könnten, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Strafprozessrecht gerecht zu werden. Diese Vorschläge sollen nachfolgend besonders dargestellt werden.

a. Zwar verletzen die gesetzlichen Vorgaben zur Verständigung nach Auffassung von *Feichtlbauer* nicht das Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 GG). Um aber der Gefahr entgegenzuwirken, dass Schöffen von Verständigungsgesprächen in Verhandlungspausen ausgeschlossen werden, vertritt die *Verfasserin* überzeugend die Auffassung, dass ab dem ersten Hauptverhandlungstag der § 212 StPO, der die Erörterung des Verfahrensstands mit den Verfahrensbeteiligten auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens ohne Beteiligung der Schöffen ermöglicht, aufgrund einer teleologischen Reduktion nicht angewendet werden dürfe. Es gelte vielmehr allein § 257b StPO, sodass Verständigungsgespräche nur noch in der mündlichen Hauptverhandlung unter Beteiligung der Schöffen stattfinden dürften (S. 120 f.).

b. Aufgrund des grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) müsse jeder denselben Zugang zu einer Verständigung haben. Daher spricht sich die *Verfasserin* dafür aus, dass der Angeklagte im Wege einer verfassungskonformen Auslegung ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des Gerichts über die Frage, ob eine Verständigung getroffen werden kann, habe und unter Umständen sogar einen Anspruch auf eine Verständigung haben könne, wenn in vergleichbaren Fällen das Gericht einer Verständigung zugestimmt haben sollte (S. 165).

c. Die *Verfasserin* legt dar, dass die Verständigung in Konflikt zu dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) stehe. Dass § 257c Abs. 1 S. 2 StPO anordne, dass trotz einer Verständigung der Amtsermittlungsgrundsatz gelte, löse diesen Widerspruch nicht auf, da offen bleibe, wie trotz der Verständigung dem Amtsermittlungsgrundsatz genügt werden könne. Zur Lösung dieses Widerspruchs schlägt sie vor, für eine Verständigung ein „qualifiziertes Geständnis“, d.h. eines, das die relevanten Tatsachen überprüfbar darlegt und beweist, für erforderlich zu halten (S. 187).

d. Um dem Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 S. 1 GVG), dem eine Kontrollfunktion zukomme, zu genügen, hält *Feichtlbauer* es für erforderlich, dass Verstöße gegen § 243 Abs. 4 StPO, der vorsieht, dass der Vorsitzende über etwaige Erörterungsgespräche und deren Ergebnis in der Hauptverhandlung zu berichten hat, einen absoluten Revisionsgrund begründen sollten (S. 205).

e. Die *Verfasserin* stellt nach umfassender Herleitung des „fair trial“-Grundsatzes fest, dass es eine Vielzahl an Konflikten zwischen der Verständigung und diesem Grundsatz gebe. Zur Lösung dieser Konflikte schlägt sie vor, dass, wenn das Gericht sich von der Verständigung lösen wolle, nicht nur ein Beweisverwertungsverbot eingreife, sondern dieses Fernwirkung haben sollte (S. 255 f.). Unter Hinweis auf den „fair trial“-Grundsatz begründet *Feichtlbauer* zudem, dass eine gesetzliche Regelung, wonach der Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren darüber belehrt werden sollte, dass bloß informelle Absprachen keine Bindungswirkung entfalteteten, erforderlich sei (S. 256 f.) und der Beschuldigte grundsätzlich an sämtlichen Erörterungsgesprächen beteiligt werden müsse (S. 257 ff.). Schließlich hält *Feichtlbauer* es aufgrund des „fair trial“-Grundsatzes auch für erforderlich, dass das Gericht in Fällen, in

³ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009, BGBl. 2009 Teil I, S. 2353.

⁴ BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 = BVerfGE 133, 168.

denen sich eine Verständigung anbahne, für eine Pflichtverteidigung zu sorgen habe, wenn der Angeklagte nicht verteidigt sei (S. 264 f.).

3. In dem abschließenden Teil der Dissertation (S. 271 bis 322) stellt die Verfasserin die Rechtsprechung zur Verständigung seit dem Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts so systematisch und umfassend dar, dass ein strafrechtlicher Praktiker sicherlich gern auf diese Ausarbeitung zurückgreift.

Da es Anliegen der Verfasserin ist, die Regelungen zur Verständigung in Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Strafprozessrecht zu bringen, kritisiert sie dabei insbesondere, dass sich in der Rechtsprechung noch nicht die Auffassung durchgesetzt habe, dass Verständigungen ein Fall notwendiger Verteidigung seien (S. 294 f.) und bekräftigt unter Hinweis auf Urteile zu informellen Absprachen die Forderung, dass Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren über die mangelnde Bindungswirkung informeller Absprachen belehrt werden müssten (S. 319 f.).

4. Feichtlbauer resümiert, dass die Verständigung zwar ein Fremdkörper im deutschen Strafprozess sei. Da sich Absprachen aus den Gerichtssälen aber nicht verbannen ließen, seien Gesetzgeber und Revisionsgerichte gefordert, dafür zu sorgen, dass Verständigungen bestmöglich verfassungs- und verfahrensrechtlichen Vorgaben entsprechen.

Strafprozessrecht

Rechtsanwältin Dr. Viktoria Schrader, Dresden

Böhm: Die Bedeutung von Vertrauen in der Verteidigungsbeziehung unter besonderer Beachtung der Pflichtverteidigung

Nomos, Baden-Baden 2021, 307 Seiten, ISBN 978-3-8487-7976-5, 82,00 Euro

Schon vorab sei gesagt, dass es sich um eine höchst interessante, lesenswerte und in ihrer Bedeutung sicher nicht zu unterschätzende Arbeit handelt. Die Materie ist bereits aufgrund ihrer Interdisziplinarität äußerst komplex; gleichzeitig regt die tiefgreifende und umfassende Darstellung den Praktiker auch zu einer eigenen Reflexion über seine Rolle und sein Verhalten gegenüber den Verfahrensbeteiligten an. Der Autor teilt die Arbeit neben einer Hinführung zur Problematik (Kapitel 1) und einer Schlussbetrachtung (Kapitel 4) im Wesentlichen in einen Teil, in welchem er aus interdisziplinärer Perspektive den Vertrauensbegriff konkretisiert (Kapitel 2) und einen anderen, in welchem er dieses Vertrauen in einen rechtlichen Rahmen importiert (Kapitel 3).

Kapitel 1: Das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem: Basis effektiver und Kernstück bestellter Verteidigung (S. 21 - 47)

Zu Beginn der Abhandlung führt der Autor zu der von ihm im weiteren Verlauf behandelten Problematik hin. Er unterscheidet dabei zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung; eine Unterscheidung, die sich durch die gesamte Abhandlung hindurchziehen wird. Eine Skizzierung des verfassungsrechtlichen Rahmens und des Institutes der Pflichtverteidigung im Verhältnis zur Wahlverteidigung ist ebenso Gegenstand des ersten Kapitels wie weitere Ausführungen zum Fair-trial-Grundsatz, auf welchem das Vertrauen zwischen Beschuldigtem und Verteidiger ebenso fußt. Nachdem der Autor das Vertrauen als Schlüsselement effektiver Verteidigung ausgemacht hat (Seite 30), widmet er sich in dem folgenden Kapitel den rechtlichen und faktischen Gegebenheiten der Verteidigungstätigkeit. Die Unterscheidung zwischen Pflicht- und Wahlverteidigung im Hinblick auf das Vertrauen im Verteidigungsverhältnis wird hier aus mehreren Blickwinkeln betrachtet. So kann man einerseits die Frage

stellen, ob der konkrete Mandant in der konkreten Situation einem Wahlverteidiger mehr vertraut als einem Pflichtverteidiger. Darüber hinaus lässt sich fragen, ob ein Wahlverteidiger *per se*, auf Grund der strukturellen Gegebenheiten des RVG und der StPO vertrauenswürdiger ist als ein Pflichtverteidiger und inwieweit Defizite der Struktur der Pflichtverteidigung auf Defizite im Vertrauensverhältnis zwischen Pflichtverteidiger und Beschuldigten durchschlagen. All diesen Fragen geht der Autor der vorliegenden Dissertation nach und kommt am Ende des ersten Kapitels zu dem Ergebnis, das Vertrauen sei die Basis einer effektiven Verteidigung (Seite 48). Das Recht auf eine effektive Verteidigung seinerseits muss in einem rechtsstaatlichen Strafprozess Beachtung finden, was „in Anbetracht der Probleme der Pflichtverteidigung (rechtstatsächlicher Zustand, strukturelle Ungleichbehandlung, Abweichung vom normativen Leitbild eines wirkungsvollen gleichberechtigten Rechtsschutzes), die allesamt Berührungspunkte mit dem Vertrauen aufweisen, [...] durchaus bezweifelt werden [kann]“ (Seite 49).

Kapitel 2: Bedeutung von Vertrauen für die Verteidigung und das Strafverfahren (S. 50 - 107)

In dem zweiten Kapitel der vorliegenden Arbeit nähert sich der Autor zunächst dem Vertrauensbegriff (Teil A., S. 51 ff.), um diesen im Anschluss inhaltlich zu konkretisieren (Teil B., S. 59 ff.). Die inhaltliche Konkretisierung teilt sich wiederum in eine interdisziplinäre und eine systemtheoretische Analyse.

Während bei der Annäherung an den Vertrauensbegriff insbesondere dessen inhaltliche Diffusität im Vordergrund steht, folgt dem in Teil B. eine kurze Annäherung, zunächst aus dem Sprachgebrauch, der Psychologie und der Philosophie. Leider sind diese Ausführungen recht knapp ausgefallen und ein interessierter Leser könnte sich an dieser Stelle noch mehr Informationen wünschen. Insbesondere spieltheoretische Implikationen hätten hier mit einbezogen werden können und möglicherweise interessante Ansätze geliefert. Gleichfalls darf natürlich nicht verkannt werden, dass interdisziplinäre Betrachtungen im Rahmen juristischer Doktorarbeiten notwendigerweise zurücktreten müssen. Gerade deshalb ist die im Anschluss erfolgende umfangreiche und fruchtbarere Betrachtung der Systemtheorie und damit der *Luhmann'schen* Konzeption von Erwartungen und Vertrauen begrüßenswert. *Luhmann* definiert Vertrauen als notwendiges Instrument jedes Einzelnen um die Welt um sich herum zu strukturieren. Wir alle bauen Erwartungshaltungen auf („Ich werde nicht vom Blitz getroffen, wenn ich das Haus verlasse“) und das Zutrauen in die Richtigkeit dieser Erwartungshaltungen ist notwendig, um diese als „richtig“ und „wahrhaftig“ anzunehmen. Der *Autor* hält das Vertrauen des Beschuldigten in seinen Verteidiger wiederum für notwendig, um die – aus dessen Sicht wahrscheinlich oder zumindest vermutlich vorhandene – Komplexität des Strafverfahrens zu reduzieren. So hat eine vertrauensvolle Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zur Folge, dass dieser die Geschehnisse um sich herum für kontrollierbar hält, die „Welt“ des Strafprozesses ist nicht (mehr) das um ihn herum bestehende Chaos (S. 79). Aus diesem Grund werde eine Vertrauensbeziehung – so der *Autor* – zu dem Verteidiger notwendig.

Der Beschuldigte muss seinem Verteidiger vertrauen, um die Komplexität auf ein beherrschbares Maß zu reduzieren. Wollte man die Überlegungen weiterspinnen, stellen sich weitere Fragen hinsichtlich des Bezugspunktes des Vertrauens: Vertraut der Einzelne in die Rolle der Verteidigung, die konkrete Person als Verteidiger, oder möglicherweise eher in die eigenen Erwartungen, welche sich wiederum auf den Verteidiger beziehen? Abhängig davon müsste der Beschuldigte wissen, wem er vertrauen kann. Der *Autor* stellt einen Vergleich mit einem Wüstenführer an, welcher einen der Wüste Unkundigen aus der Wüste herausführt (S. 75, 77). Die Person wäre alleine nicht aus der Wüste herausgekommen und bedürfte daher einer Hilfsperson. Was aber, wenn der Wüstenführer die Person noch tiefer in die Wüste hineinführt und sie dort aufgrund von Wassermangel stirbt, möglicherweise sogar obwohl sie vorher – ohne es zu wissen – bereits am Rand der Wüste war? Der *Autor* sieht dieses Problem natürlich ebenfalls und weist daher darauf hin, dass eine Chancenverbesserung nur bestehe, wenn man vernünftigerweise davon ausgehe, die helfende Person handle im Interesse des Wüstenunkundigen. Die Übertragung dieses Gedankens auf das Verhältnis von Beschuldigtem und Verteidiger drängt sich auf und ebenso die Frage, ob es in Situationen, in denen das Vertrauen auf die eigene positive Erwartung zur Komplexitäts-

reduktion gerade *notwendig* ist (hier insb. Wüste, Strafprozess), nicht obsolet wird über Vertrauen zu sprechen, weil man ja „gar nicht anders kann“?

Was Vertrauen überhaupt ist und auf wen oder was sich dieses in einem konkreten Fall bezieht, in einem hypothetischen Fall beziehen kann und ob und in welchem Maße dieses Vertrauen Berücksichtigung finden kann; sind Fragen, welche die Komplexität der vorliegenden Materie aufzeigen. Diese darzustellen ist dem Autor zweifellos gelungen.

Kapitel 3: Rechtliche Konkretisierung und Einordnung des Vertrauensverhältnisses zwischen (Pflicht-)Verteidiger und Beschuldigtem (s. 110 - 271)

Nachdem der Autor die Bedeutung des Vertrauensaspektes herausgearbeitet hat, widmet er sich in einem dritten Kapitel dem Inhalt und der Reichweite des normativ schutzwürdigen Vertrauens. Dazu ist „im Wesentlichen [...] der Frage nachzugehen, wie das Recht die äußeren Grenzen des Vertrauens definiert und wie es beschaffen sein muss, damit innerhalb dieser Ränder in der Verteidigungsbeziehung [...] Vertrauen entsteht, beibehalten und respektiert wird“ (Seite 110). So konkretisiert der Autor im Folgenden (Seite 111 ff.) das berechnigte Vertrauen des Mandanten in den Verteidiger. Bei diesem berechtigten, daher normativen, professionellen Vertrauen geht es um ein solches, welches an den Grenzen des strafbaren Verteidigerhandelns haltmacht. Hier wird noch einmal deutlich, dass das Recht selbst bestimmt, wie weit das schutzwürdige Vertrauen des Mandanten reicht. Hier zeigt sich die Wechselbezüglichkeit der beiden Institute: Das Vertrauen ist einerseits notwendige Bedingung einer effektiven Verteidigung und damit der Rechtsumsetzung, gleichfalls begrenzt das Recht seinerseits das Vertrauen zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, indem es dem zulässigen Verteidigerhandeln und den darauffolgenden als berechnigt anzusehenden Erwartungshaltungen des Beschuldigten Grenzen setzt. Diese Grenzen auszuloten ist Gegenstand der weiteren Untersuchung. Sie beginnt damit ein Bild des Verteidigers am Beispiel der Strafnorm des § 258 StGB zu zeichnen. Denn an dieser Norm rankt sich die Frage, wann zulässiges Verteidigerverhalten in strafbares Verteidigerverhalten umschlägt und abzuleiten ist aus diesem Streit die Abgrenzung zwischen schützenswerten und nicht-schützenswerten Erwartungen des Beschuldigten. Die von dem Autor in den Blick genommenen Theorien – Parteiinteressentheorie und Organtheorie – lassen den Vertrauensaspekt außer Acht und können daher, so die Schlussfolgerung des Autors, für eine auf Vertrauen basierende Strafverteidigung nicht fruchtbar gemacht werden (S. 124 f.). Wesentliches Kriterium für die Darstellung der Aufgabe und der Funktion des Verteidigers, geradezu „ein neuer ‚Pflock‘“ (S. 126), sei eben gerade das Vertrauen des Beschuldigten, ebenso, wie das der weiteren Verfahrensakteure (S.140). Das berechnigte Vertrauen findet seine Grenze in dem unzulässigen Verteidigerhandeln; denn derlei Erwartungen können keine rechtliche Anerkennung finden.

In dem folgenden Teil B. wird dargestellt, wie eben dieses Vertrauen durch das Recht abgesichert wird und werden kann. Die dortigen Ausführungen können und sollen an dieser Stelle nicht im Detail wiedergegeben werden; es kann jedoch festgehalten werden, dass die Arbeit an dieser Stelle die rechtlichen Rahmenbedingungen rechtmäßigen Verteidigerhandelns in Gestalt der normativen Absicherung des Vertrauens darstellt. In dem zutreffenden Ergebnis (S. 198) stellt der Autor fest, dass das Strafverfahrensrecht das Vertrauen diversen Vorschriften zugrunde legt, es jedoch lediglich in § 143a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Var. 1 StPO ausspricht. Die wohl wesentliche Erkenntnis des Autors darf aufgrund ihrer Relevanz für die Strafverteidigung hier nochmal vorgestellt werden: „Während der Verteidiger also durch Ge- und Verbote dazu angehalten wird, auf die Entstehung und Beibehaltung einer Vertrauensbeziehung hinzuwirken, erfährt das Vertrauen durch staatliche Institutionen hingegen nicht den erforderlichen Schutz. Durch die fehlende Einbeziehung selbstständiger Hilfspersonen in den Anwendungsbereich des § 53a StPO, die Überwachung von Anbahnungsgesprächen, dem herrschenden Verständnis von § 97 StPO und den ineffektiven Konsequenzen bzw. Sanktionen bei bewusst staatlicher Missachtung des Vertrauensverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Verteidiger [...], werden die Interessen der Strafrechtspflege in einer über die reine Funktionsfähigkeit einer effektiven Strafjustiz hinausgehenden Art und Weise überprivilegiert. Behandelt aber die Rechtspflege Normen, die den Schutz der Beschuldigtenrechte zum Inhalt haben, aufgrund dieser Gewichtung nicht mit der gebotenen Ernsthaftigkeit, werden die legitimationsbegründenden Rahmenbedingungen für die Herausbildung von Vertrauen in der Verteidigerbeziehung nicht gewährleistet“ (S. 198 f.). Im

weiteren Verlauf widmet sich der Autor der Thematik des Vertrauens bei Beendigung des Pflichtverteidigungsverhältnisses (S. 199 – 269). Er untersucht an dieser Stelle die unterschiedlichen Absetzungsgründe eines Verteidigers, wobei er wie schon zu Beginn der Arbeit einen Fokus auf die Pflichtverteidigung legt. Ihm ist insofern zweifellos zuzustimmen, dass die Beendigungsgründe im Rahmen eines Pflichtverteidigungsverhältnisses bedeutend komplexer sind und auch in der Praxis nicht selten zu Unstimmigkeiten zwischen allen Verfahrensbeteiligten führen. Gleichfalls kommt er zu dem Ergebnis, dass das Vertrauen als zentraler Faktor der Legitimation im Strafverfahren nicht immer ausreichend Beachtung erfahre (Seite 269). Auch kommt der Autor leider zu dem wohl richtigen Schluss, dass das Interesse der Strafjustiz an einer effektiven Durchführung des Verfahrens zumeist in den Vordergrund gerückt werde und ein Beschuldigter, der von einem Pflichtverteidiger verteidigt wird, immer noch schlechter gestellt werde, als ein Beschuldigter, der sich einen Wahlverteidiger zur Seite stellen kann (Seite 272).

Kapitel 4: Schlussbetrachtungen

Am Ende fasst der Autor seine bisherigen Ergebnisse noch einmal zusammen und betont an dieser Stelle konsequenterweise nochmals die Bedeutung des Vertrauens für die Verfahrenssubjektivität des Beschuldigten und somit auch für die Umsetzung eines fairen Strafverfahrens. Er plädiert weiterhin für einen Paradigmenwechsel in der Beurteilung der Funktionen und Stellung des Verteidigers. „Es bedürfte des Bildes eines Verteidigers, der durch einseitige und vertrauensfundierte Interessensdurchsetzung eine effektive Verteidigung ermöglicht. Erst diese Verteidigung liegt sodann im öffentlichen Interesse, wodurch ein faires Verfahren garantiert werden kann“ (Seite 283).

Ergebnis

Der Autor kommt zu dem Schluss, dass der Verteidiger weder Rechtspflegeorgan noch Mitgarant für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens sei. Als eher streng parteilicher und keinen Weisungen unterworfenen Vertrauensbeistand habe er die Beschuldigteninteressen wirkungsmächtig zur Geltung zu bringen und dadurch die effektive Partizipation des Beschuldigten im Verfahren zu ermöglichen, von der die Legitimationswirkung des Verfahrens maßgeblich abhängt. Die Legitimationswirkung liege wiederum auch im öffentlichen Interesse. Vor diesem Hintergrund seien Erwartungshaltungen des Beschuldigten, die sich auf die wirkungsmächtige Durchsetzung seiner Interessen durch seinen Verteidiger beziehen, schutzwürdig.

Der Autor zeichnet mit der vorliegenden Arbeit ein stimmiges und zum Nachdenken anregendes Bild der Verteidigung. Durch eine hervorragende Darstellung der verschiedenen (Rechts-)Institute regt der Autor den Leser zu einer Reflexion über die Rolle der Verteidigung und die Beziehungen zu den weiteren Verfahrensakteuren an. Die vorliegende Arbeit gibt – auch aufgrund einer Verzahnung von Theorie und Praxis – dem Leser dazu eine nicht zu unterschätzende Hilfestellung an die Hand, sodass hier eine ausdrückliche Leseempfehlung ausgesprochen werden kann.