

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

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

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock
Christian-Albrechts-Universität
zu Kiel
Leibnizstr. 4
24118 Kiel

**Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V.**

Rundeturmstraße 12
64283 Darmstadt

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

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf

Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO 228

Dr. Felix Walther, München

Was wird aus § 299 StGB? 236

Einführung und Schulung

Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln

Einführung ins Arbeitsstrafrecht 246

Internationales

Rechtsanwalt Mag. Bischof, Rechtsanwältin Mag. Ehrbar, RAA Mag. Korisek MBA, LL.M.,
RAA Mag. Anna Katharina Radschek, cand. iur. Katharina Biowski, alle Wien

Länderbericht Österreich 259

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

LOStA Folker Bittmann, Dessau

WisteV-Standards 271

Rechtsanwalt Dr. Patrick Teubner, Berlin/Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen

**Tagungsbericht „Aktuelle Entwicklungen im
Korruptionsstrafrecht bei Vertragsärzten“
am 01.06.2012 in Recklinghausen** 275

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., vierte Ausgabe 2012

Herzlich willkommen zur nunmehr vierten Ausgabe des WiJ. Damit liegt nun ein vollständiger Jahrgang vor. INTERDISZIPLINÄRER AUSTAUSCH; INTERNATIONALE VERNETZUNG; MEHR RECHTSSICHERHEIT SCHAFFEN. Diesen Anspruch der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV), wiedergegeben auf der Abschlusseite der neuen WiJ-Ausgabe, löst diese zum Teil bereits selbst ein. Was sie nicht herzaubern kann, sind, wiewohl sehr wünschenswert, mehr Beiträge von in der Justiz beheimateten Autoren. Sehr hürdenhaft verläuft auch die Diskussion mit der 1. Gewalt. Immerhin war WisteV mit etlichen Mitgliedern an einer gemeinsam von der Hamburger Justizbehörde (dem dortigen funktionellen Justizministerium) und der Bucerius Law School veranstalteten, Judikative, Exekutive, Justizpraktiker und Wissenschaftler immerhin örtlich zusammenführenden Diskussion zu den Vorschlägen der Justizministerkonferenz aus dem Herbst 2011 zur Zukunft des Wirtschaftsstrafrechts beteiligt.

Das WiJ 4/12 zeigt im ‚Länderbericht Österreich‘ nicht nur, dass in unserem Nachbarland die Identität von im vorbereitenden Verfahren eingeschaltetem und im Hauptverfahren angehörten Wirtschaftssachverständigen kritischer als in der forensischen Praxis Deutschlands gesehen wird. Ersichtlich ist auch, dass der Österreichische Verfassungsgerichtshof der Justiz eine willkommene Einnahmequelle entriss, indem (erst!) er die Erhebung von Gebühren für selbstgefertigte Kopien für verfassungswidrig erklärte.

Die Wissenschaft findet zumindest in den 5 Rezensionen (mit einem Ausflug über die Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts hinaus zu dem Werk *Schlothauer/Weiders* zum Recht der Untersuchungshaft) ihren Platz. Sie trug jedoch wesentlich auch zum Aufsatz von *Felix Walther* zur Zukunft des § 299 StGB unter dem Einfluss des EU-Rechts bei, handelt es sich bei dem Autor doch um einen der beiden WisteV-Preisträger 2012, dessen Dissertation zum Themenkomplex *Dann* im WiJ 2012, 156 f. vorgestellt hat. Der von *Walther* entwickelte Vorschlag einer Neufassung des Tatbestands (abweichend vom Vorschlag der Bundesregierung aus der vergangenen Legislaturperiode) weist erfreulicherweise keine Kollision mit der Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB auf.

Im Spitzenaufsatz zeigt *Szesny*, wie mühsam es ist, digitale Beweiserhebung angemessen zu begrenzen. Bemerkenswerterweise stellen weniger die teilweise beharrten Rechtsvorschriften das Hauptproblem dar. Viel schwieriger ist es, mit dem Umfang der Daten in einer für die Bedürfnisse aller Beteiligten erträglichen Form zurechtzukommen. Unsystematische Ablage schreit nach Sicherung und Sichtung aller Daten auf der Festplatte, das Diskretionsbedürfnis Unbeteiligter oder von Erhebungsverboten geschützter Dritter nach dem Gegenteil. Die zu Abhilfzwecken vorgeschlagene Erstellung teilkopierter Daten eröffnet Raum für Streitigkeit über Auswahl und Daten-Identität.

Die mehraktige Darstellung des Arbeitsstrafrechts von *Gercke/Leimenstoll*, deren erster Teil in dieser Ausgabe zu lesen ist, setzt beinahe schon eine Tradition fort, hatten doch in den ersten drei Ausgaben des WiJ *Lenger/Apfel* eine Übersicht über das Insolvenzstrafrecht vermittelt. Der Inhalt der neuen Ausgabe wird abgerundet von einer Fortschreibung der Compliance-Standards und, thematisch den Aufsatz von *Walther* berührend, einem Bericht über eine Tagung in Recklinghausen zur Zukunft des Korruptionsstrafrechts bei Vertragsärzten.

Dieses Editorial soll nicht ohne ein Wort des Gedenkens an den Strafverteidiger, Revisionspezialisten und Münchener Honorarprofessor *Gunter Widmaier* abgeschlossen werden, der vor wenigen Wochen auf tragische Weise aus seinem Leben und Schaffen gerissen wurde. Sein Leben und sein Lebenswerk angemessen zu würdigen, gibt es Berufenere als den Autor dieser Zeilen. Gleichwohl dies: Generationsübergreifend und auch für diejenigen, die seinen Lebensweg eher aus der Ferne begleitet haben, war und ist er ein Vorbild – und wird es bleiben.

Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	228
Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO	228
Dr. Felix Walther, München Was wird aus § 299 StGB?	236
Einführung und Schulung	246
Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln Grundzüge des Arbeitsstrafrechts (I)	246
Internationales	259
Rechtsanwalt Mag. Bischof, Rechtsanwältin Mag. Ehrbar, RAA Mag. Korisek MBA, LL.M., RAA Mag. Anna Katharina Radschek, cand. iur. Katharina Biowski, alle Wien Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	259
Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches	271
Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, LOStA, Dessau-Roßlau WisteV-Standards	271
Rechtsanwalt Dr. Patrick Teubner, Berlin/ Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen Tagungsbericht „Aktuelle Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht bei Vertragsärzten“ am 01.06.2012 in Recklinghausen	275
Rezensionen	277
Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiesbaden Schuster: Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten.	277
Rechtsanwalt Nico Werning, LL.M., München Danneker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht	279
Ass. Jur. Björn Fleck M.A. Görling/Inderst/Bannenberg: Compliance, Aufbau, Management, Risikobereiche	281
Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München Schlothauer/Weider: Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder	284
Rechtsanwältin Dr. Caroline Jacob, Frankfurt am Main Hinweisgebersysteme – Implementierung im Unternehmen	286

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Rundeturmstraße 12, 64283 Darmstadt.

Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.
Kontakt: info@wi-j.de

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

Verantwortliche Schriftleitung: Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel

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

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

Aufsätze und Kurzbeiträge

Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf*

Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO

I. Einführung

In Zeiten der stark zunehmenden Digitalisierung steigt die Bedeutung von Daten immens. Sowohl im privaten wie im beruflichen Bereich wird die Papierkorrespondenz und -ablage durch elektronische Kommunikation und Datenverarbeitung maßgeblich ergänzt, teilweise sogar ersetzt. Die Digitalisierung interner Protokolle z. B. von Aufsichtsrats- oder Vorstandssitzungen,¹ die papierlose Buchführung gem. §§ 238 ff. HGB, das Digitalisieren steuerrelevanter Unterlagen, die Nutzung von Emails als Standardkommunikationsmittel und die Einführung digitaler Signaturen sind nur Beispiele der unzähligen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung. Auch wenn das „papierlose Büro“ in vielen Branchen noch Zukunftsmusik ist: Spätestens seit der Etablierung von Smartphones und Tablet PCs nimmt die Bedeutung der klassischen Papiernotiz ab. Hinzu kommt, dass auch das Internet nicht mehr lediglich zu Informations- und Abfragezwecken, sondern insbesondere durch Teilnahme in sozialen Netzwerken und Internetblogs aktiv als Kommunikations-, Austausch- und Werbeplattform genutzt wird. Nicht zuletzt führen Online-Banking, Online-Einkauf und die Nutzung von Suchmaschinen dazu, dass der Mensch nicht nur eine „Papierspur“ seiner Lebensaktivitäten hinterlässt, sondern auch eine Datenspur. Diese ist im Rahmen von strafprozessualen Ermittlungen von nicht geringerem Interesse als körperliche Beweismittel. Insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren sind elektronisch gespeicherte Daten für die Beweisführung maßgeblich.

II. Anwendbarkeit der Vorschrift des § 110 StPO auf Daten

Entsprechend nimmt auch die Bedeutung der Durchsicht von Daten im Rahmen von Durchsuchungsmaßnahmen erheblich zu. Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Datendurchsicht enthält die StPO zwar nicht. Es ist aber anerkannt, dass die Vorschrift über die Durchsicht von Papieren (§ 110 Abs. 1 StPO) nicht nur auf Papiere im Sinne des Wortlauts, sondern darüber hinaus auch auf Daten bzw. die sie verkörpernden elektronischen Speichermedien anwendbar ist,² insbesondere lokale Festplatten in Personalcomputern und mobile Speichermedien (z. B. DVDs, externe Festplatten, Speicherkarten in Mobiltelefonen oder Kameras, Speichersticks). Mit Blick auf die Anwendbarkeit der §§ 94, 98 StPO auf Daten³ ist dies nur konsequent und nicht zu beanstanden. Auch § 110 Abs. 3 StPO spricht für eine Anwendung der gesamten Vorschrift auf Daten: Danach darf bei Gefahr des Beweismittelverlusts der Staatsanwalt auch vom Durchsuchungsort räumlich getrennte, über eine Netzwerkverbindung erreichbare Speichermedien durchsuchen, womit vor allem der Speicherplatz auf einem Server im Intra- oder Internet erfasst wird.

Der Zweck der Durchsicht liegt in der Aussonderung verfahrensirrelevanter und beschlagnahmeunfähiger Unterlagen.⁴ Staatsanwaltschaft und (auf deren Anordnung) ihre Ermittlungspersonen prüfen also im Wege der Durchsicht, welchen Unterlagen Beweisqualität zukommt und welche einem etwaigen Beschlagnahmeverbot (§§ 97, 148 StPO) unterliegen. Es

Zweck der Durchsicht

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Salaried Partner am Düsseldorfer Standort von Heuking Kühn Lüer Wojtek. Er dankt Frau Rechtsreferendarin Katharina Mellis für die hilfreiche Unterstützung bei der Vorbereitung und Abfassung dieses Beitrages.

¹ So stellte die Beratungsgesellschaft *Edis-Bates Associates* bei einer Befragung von 150 an der Londoner Börse notierten Unternehmen fest, dass 40 Prozent von ihnen die Unterlagen für Verwaltungsratssitzungen auf elektronischen Weg versenden.

² *BVerfG* NJW 2005, 1917, 1920 unter Hinweis auf BR-Drucks. 378/03, S. 28; *BVerfG* NStZ 2002, 377 (Notebook); *BGH* StV 1988, 90; *BGH* NJW 1995, 3397; *BGH* CR 1999, 292; *BGH* NStZ 2003, 670; vgl. *Herrmann/Soine* NJW 2011, 2922; *Schäfer* in: *Löwe-Rosenberg, StPO*, 25. Aufl., 29. Lfg., § 110 Rn. 5; *KK-StPO/Nack*, § 110 Rn. 2.

³ Vgl. *BVerfG* NJW 2005, 1917 ff.; *Park*, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 2. Aufl. 2009, Rn. 771; a. A. *Kemper* NStZ 2005, 538, 541.

⁴ Vgl. *VerfGH Bayern* BeckRS 2011, 46287, III. 3; *Haffke* NJW 1974, 1983.

Tendenz zur Mitnahme überschießender Datenbestände

gehört inzwischen zum Standard, dass EDV-Experten der Landeskriminalämter bei Durchsuchungen eingesetzt werden, um den Zugriff auf elektronisch gespeicherte Beweismittel zu garantieren und die Durchsicht bzw. die spätere Sicherstellung der Daten zu ermöglichen.

Soweit sich die Durchsicht auf Daten bezieht, dient sie nicht nur der Verschlankung des Beweisumfangs und damit der Verfahrenseffizienz, sondern schützt den Betroffenen auch vor einer übermäßigen und auf Dauer angelegten Datenerhebung.⁵ Die mit der Durchsuchung und Sicherstellung verbundene Intensität des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf Gewährung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme soll auf diese Weise effektiv vermindert werden.⁶

Diese vom BVerfG hervorgehobene Schutzintention des § 110 StPO scheint in der Rechtspraxis indes Praktikabilitätsabwägungen gewichen zu sein.⁷ Zu beobachten ist eine Tendenz der Ermittlungsbehörden, die Durchsicht von Daten nicht an Ort und Stelle der Durchsuchungsmaßnahme vorzunehmen, sondern bei der Staatsanwaltschaft bzw. den Ermittlungspersonen.⁸ Hierzu wird im Regelfall das gesamte Speichermedium zur Durchsicht mitgenommen bzw. der darauf gespeicherte Datenbestand „gespiegelt“, also „eins zu eins“ auf ein von den Ermittlungsbeamten mitgebrachtes Speichermedium (regelmäßig ist dies eine externe Festplatte) übertragen: In der Praxis der Strafverfolgungsbehörden dominiert die Komplettsicherung von Speichermedien,⁹ sofern sich auf dem Medium potentiell beweisrelevante Daten befinden. Dies führt zu einer Mitnahme beträchtlicher Datenmengen und insbesondere auch solcher Daten, die für das jeweilige Verfahren ohne Bedeutung sind, da sie keine Beweisrelevanz besitzen oder gar einem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Mancherorts scheint es sogar innerbehördliche Anweisungen zu geben, schon „vorsichtshalber“ den gesamten Datenbestand eines verdächtigten Mitarbeiters oder den Datenbestand eines Servers zu sichern, um ihn einer späteren – zeitlich „entspannteren“ – Durchsicht zu unterziehen, um bloß nichts Verfahrensrelevantes „liegen zu lassen“. Insoweit lässt sich eine Diskrepanz zwischen der Durchsicht von Papieren im engeren Sinne und der Durchsicht von Daten beobachten: Staatsanwälte und Ermittlungspersonen nehmen im Rahmen von Durchsuchungen regelmäßig noch jeden Papierordner in die Hand, blättern diesen zumindest durch und entscheiden dann über die Mitnahme desselben. Anderes ist in Bezug auf elektronisch gespeicherte Daten zu beobachten: Selbst wenn einzelne Dateordner geöffnet und Dateien exemplarisch durchgesehen werden, folgt regelmäßig die Spiegelung des gesamten Festplatteninhalts – dies entweder vor Ort oder nach Mitnahme des Rechners des Betroffenen in der Dienststelle, etwa des Landeskriminalamtes.

Die Eigenheiten der elektronischen Datenverarbeitung lassen diese Praxis nur auf den ersten Blick als nachvollziehbar erscheinen. Heterogene und außen stehenden Personen undurchsichtige Ablagestrukturen auf Unternehmensservern und Mitarbeiterlaufwerken, uneinheitliche Dateinamen, nicht eindeutige Zugriffsbefugnisse und andere Intransparenzen machen es den Ermittlungsbehörden schwer, sich auf der Suche nach beweisrelevanten Daten auf den fremden Rechnern zurechtzufinden.

Andererseits begegnet die Praxis, im Regelfall den gesamten Datenbestand eines Rechners oder ganzer Serverlaufwerke zu spiegeln und „mitzunehmen“, mit Blick auf Wortlaut, Sinn und Zweck des § 110 StPO sowie das vom Bundesverfassungsgericht neu geschaffene Grundrecht auf Gewährung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme¹⁰ erheblichen Bedenken. Nachfolgend werden die Stufen der Datendurchsicht beschrieben und deren Reichweite und Grenzen beleuchtet.

III. Vorläufige Sicherstellung zum Zwecke der Datendurchsicht

Mit der Durchsicht i. S. von § 110 StPO soll der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Klärung und Entscheidung gegeben werden, ob die Unterlagen sicherzustellen bzw. zu beschlag-

⁵ BVerfG NJW 2005, 1917, 1922.

⁶ BVerfG NJW 2005, 1917, 1922.

⁷ Ähnlich schon *Park wistra* 2000, 453 allerdings in Bezug auf die Abschaffung zunächst des richterlichen Sichtungsprivilegs (BGBl. I 1974, 3393). Später wurde auch das rein staatsanwaltschaftliche Sichtungsprivileg abgeschafft (BGBl. I 2004, 2198).

⁸ Vgl. KK-StPO/Nack, § 110 Rn. 4.

⁹ *Bäcker/Freiling/Schmitt DuD* 2010, 80, 81.

¹⁰ BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822.

nahmen sind.¹¹ Die Durchsicht von Daten ist damit Bestandteil der Durchsuchung,¹² wobei es aufgrund der Fülle und der damit einhergehenden Unübersichtlichkeit der Daten oftmals als erforderlich angesehen wird, diese mitzunehmen und erst später in der Behörde durchzusichten. In diesem Fall werden die zu durchsichtenden Papiere und Daten zum Zwecke der Mitnahme an den Dienstort „vorläufig sichergestellt“.¹³

1) Begriff der vorläufigen Sicherstellung

Den Begriff der „vorläufigen Sicherstellung“ sucht man in der StPO vergeblich. Gleichwohl passt er für zur Durchsicht mitgenommene Papiere und Datenträger durchaus. Es herrscht denn auch grundsätzlich Einigkeit darüber, dass eine „vorläufige Sicherstellung“ dieser Daten zulässig ist.¹⁴ Dass im Wege der vorläufigen Sicherstellung Daten mitgenommen werden, die für das zugrunde liegende Strafverfahren nicht relevant sind oder die sogar einem Beschlagnahmeverbot unterliegen, liegt in der Natur der Sache. Dieser Umstand soll dadurch kompensiert werden, dass die Durchsicht nur eine kurzfristige, eben „vorläufige Sicherstellung“ darstellt und nur ein grobes Überfliegen der Daten erfordert. Die „vorläufige Sicherstellung“ geht also der Durchsicht der Daten voraus; sie ist – wie gesehen – Bestandteil der Durchsuchung und noch keine Beschlagnahme.¹⁵ Alternativ kann die vorläufige Sicherstellung in Form einer Spiegelung von Daten durchgeführt werden. Hierbei handelt es sich um einen Datenverarbeitungsvorgang, bei dem die „vorläufig sichergestellten“ Daten auf Datenträger der Ermittlungsbehörden kopiert werden. Als „Minus“ im Vergleich zu einer vorläufigen Sicherstellung von Datenträgern des Betroffenen dürfte sie grundsätzlich zulässig sein.¹⁶ Denn die Mitnahme von Datenträgern über einen längeren Zeitraum schränkt die Funktionsfähigkeit eines Unternehmens jedenfalls zeitweise erheblich ein, schließt sie mitunter sogar aus. Die Anfertigung einer Kopie bewirkt, dass die Daten dem Unternehmen weiterhin zur Verfügung stehen und stellt somit im Vergleich zur Mitnahme der Originale grundsätzlich eine mildere – die Berufsausübungsfreiheit schützende – Maßnahme dar.

Kompensation der vorläufigen Sicherstellung durch Kurzfrist

2) Grenzen der vorläufigen Sicherstellung

Schon die vorläufige Sicherstellung unterliegt Grenzen, die der Durchsuchungsbeschluss bestimmt. Für eine der vorläufigen Sicherstellung nachfolgende Durchsicht gem. § 110 StPO ist kein Raum, wenn ein Papier oder ein Datenbestand schon aufgrund der Beschreibung im Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss gezielt ausgesondert und sogleich beschlagnahmt werden kann.¹⁷ Umgekehrt ist die Durchsicht nur solcher Papiere und Daten zulässig, die überhaupt als Beweismittel für den im Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss umrissenen Vorwurf in Betracht kommen.¹⁸ Daraus folgt, dass jedenfalls *offensichtlich* verfahrensirrelevante Beweisstücke bereits vor der vorläufigen Sicherstellung auszusondern sind. Soll z. B. eine das Jahr 2009 betreffende Steuerhinterziehung aufgeklärt werden, dürfen die Belege anderer Jahre nur durchgesehen werden, wenn aus ihnen Schlüsse auf die Vorgänge des Jahres 2009 denkbar sind.¹⁹ Von vornherein unzulässig ist die Durchsicht auch, wenn offensichtlich ist, dass bzgl. des Schriftstücks ein Beschlagnahmeverbot besteht. So darf Email-Verkehr des Beschuldigten mit seinem Verteidiger schon nicht zur Durchsicht vorläufig sichergestellt werden. Auch soweit bereits vor Ort offensichtlich ist, dass bestimmte Daten für das zugrunde liegende Strafverfahren nicht relevant sein können, müssen diese bereits vor der Durchsicht zurückgegeben werden.²⁰

Keine vorläufig Sicherstellung offensichtlich verfahrensirrelevanter Daten

Die technische Möglichkeit zur Mitnahme des gesamten Datenträgers oder der Spiegelung desselben befreit nicht von einer Vorsortierung des Datenbestandes vor Ort anhand der im Durchsuchungsbeschluss umrissenen Grenzen. In jedem Einzelfall muss die Begrenzung einer „überschießenden Datenerhebung“ schon im Vorfeld der vorläufigen Sicherstellung

¹¹ BGH NJW 1995, 3397.

¹² BGHSt 44, 265, 273 = NJW 1999, 730; BGH NJW 1995, 3397.

¹³ BGH NJW 1995, 3397.

¹⁴ Vgl. allein Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 110 Rn. 10.

¹⁵ BVerfG NJW 2009, 2431, 2438; OVG Hamburg, Beschl. v. 03.07.2012 – 12 Bf 58/12.F, Rn. 20 (abrufbar unter www.juris.de); LG Limburg PStR 2011, 112 f.; Meyer-Goßner, § 110 Rn. 10.

¹⁶ A. A. wohl Kemper NStZ 2005, 538, 541.

¹⁷ Park wistra 2000, 453.

¹⁸ Vgl. Schäfer in: Löwe-Rosenberg, § 110 Rn. 1.

¹⁹ Vgl. Schäfer in: Löwe-Rosenberg, § 110 Rn. 1.

²⁰ Vgl. Meyer-Goßner, § 110 Rn. 2.

*Beweismittel ist die Datei,
nicht der Datenträger*

zumindest erwogen werden.²¹ Diese Erwägung muss sich auch aus der Dokumentation der strafprozessualen Maßnahme erkennen lassen, damit sie gerichtlich nachprüfbar ist.²² Dies gebietet zum einen der Schutz u. U. zahlreicher Personen, die durch die Spiegelung einer Vielzahl verfahrensunerheblicher (auch personenbezogener) Daten in den Wirkungsbereich der Maßnahme mit einbezogen werden, obwohl sie in keiner Beziehung zum Tatvorwurf stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben.²³ Zum zweiten ist aber auch der Eingriff in personenbezogene Daten des Betroffenen verhältnismäßig zu gestalten, mithin auf das erforderliche und angemessene Maß zu beschränken.

Die sorgfältige Durchsicht und Aussonderung nicht beweisrelevanter Daten darf auch nicht mit dem Hinweis unterbleiben, der auf einem Datenträger befindliche Datenbestand sei ein Beweismittel im Ganzen, der unteilbar der Beschlagnahme unterliege.²⁴ Denn Beweismittel ist Inhalt der Dateien, nicht der gesamte Datenträger.²⁵ Nur weil sich beweisrelevante Daten auf einem bestimmten Serverlaufwerk identifizieren lassen, ergibt sich hieraus nicht die Erforderlichkeit, den gesamten auf dem Serverlaufwerk befindlichen Datenbestand zu kopieren oder gar den gesamten Datenträger mitzunehmen.

Die nach diesen Maßstäben erforderliche Begrenzung des „vorläufig sicherzustellenden“ Materials kann etwa anhand der Struktur des Datenbestandes, durch Identifizierung der Zugriffsmöglichkeiten von Beschuldigten oder sonst verfahrensrelevanten Personen sowie anhand des Speicherdatums, des Verfassers bzw. Adressaten oder Absenders einer Email erfolgen. Nur dann, wenn „die Eigenheiten des jeweiligen strafrechtlichen Vorwurfs und die – auch technische – Erfassbarkeit des jeweiligen Datenbestands eine unverzügliche Zuordnung nicht erlauben, muss die Prüfung der Verfahrensrelevanz der gespeicherten Daten im Rahmen der vorläufigen Sicherstellung erwogen werden.“²⁶ Dies bedeutet, dass bereits vor einer „vorläufigen Sicherstellung“ eine Abwägung stattzufinden hat, welche Datensätze an Ort und Stelle überprüft werden können und welche nicht. Dabei ist zu beachten, dass eine Durchsicht vor Ort durchaus Zeit kosten darf und auch muss: Denn eine Mitnahme von Daten zur Durchsicht führt insoweit zu einer nahezu vollständigen Durchsuchung „im Geheimen“. Der gem. § 106 StPO gesetzlich angeordnete „offene“ Charakter einer Durchsuchung wird dadurch faktisch unterlaufen.²⁷ Dazu kommt, dass durch die Mitnahme von Daten der unzulässigen²⁸ zielgerichteten Suche nach Zufallsfunden Tür und Tor geöffnet wird. Diese Negativeffekte müssen durch eine sorgfältige Abwägung und Begrenzung der mitzunehmenden Daten im Vorfeld der vorläufigen Sicherstellung beschränkt werden.

Die in der Praxis geradezu selbstverständlich gewordene Mitnahme sämtlicher auf einem bestimmten Speichermedium befindlicher Daten stellt sich vor diesem Hintergrund in einer Vielzahl der Fälle als nicht zulässig dar. Freilich bleiben Fälle denkbar, in denen sich nach der groben Vorsichtung des Datenbestandes und der vorgenannten Abwägung die Erforderlichkeit einer Komplettspiegelung bzw. Sicherstellung ganzer Datenträger oder Laufwerke ergibt, dies etwa weil es sich aufgrund der unübersichtlichen Ablagestruktur geradezu aufdrängt, dass beweisrelevante Dateien vor Ort nicht identifiziert werden können. Dies dürfte allerdings nur ausnahmsweise der Fall sein.

IV. Die Datendurchsicht

Nach der vorläufigen Sicherstellung und Mitnahme der Daten in die Behördenräume erfolgt deren eigentliche Durchsicht. Den Ablauf der Durchsicht regelt die StPO nicht. Jedoch ergeben sich aus dem Charakter der Durchsicht als Teil der Durchsuchungsmaßnahme und aus den im gesamten Ermittlungsverfahren zu berücksichtigen Verfassungsprinzipien Grundsätze, die das Verfahren der Durchsicht bestimmen.

²¹ BVerfG NJW 2005, 1917, 1921.

²² Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten siehe Punkt VII.

²³ BVerfG NJW 2005, 1917, 1921.

²⁴ BVerfG NJW 2005, 1917, 1923.

²⁵ Vgl. LG Bonn wistra 2005, 76.

²⁶ BVerfG NJW 2005, 1917, 1921.

²⁷ Zur Erforderlichkeit der Hinzuziehung des Dateninhabers zur Durchsicht siehe noch sogl. Punkt IV. 2.

²⁸ Vgl. Meyer-Goßner, § 108 Rn. 1.

1) Zulässige Dauer

Je nach Umfang und Komplexität der Daten muss die Durchsicht nicht binnen kürzester Zeit erfolgen; die Rechtsprechung hat hier ausdrücklich keine festen Grenzen gesetzt. Die sechsmonatige „Haltbarkeitsgrenze“, derzufolge eine Durchsuchungsanordnung spätestens nach Ablauf eines halben Jahres seine rechtfertigende Kraft verliert,²⁹ betrifft nur den Fall, dass mit der Durchsichtung innerhalb von sechs Monaten nicht einmal begonnen wurde. Wurde diese Frist eingehalten, besteht keine feste zeitliche Grenze für die Durchsicht der vorläufig sichergestellten Daten. Während der Gesamtdauer der Durchsicht müssen jedenfalls aber die Eingriffsvoraussetzungen der §§ 102, 103 StPO vorliegen. Insbesondere muss ein konkreter und nicht nur vager Auffindeverdacht vorliegen. Die allgemeine Angabe, dass nicht auszuschließen sei, dass sich relevante Daten auf der Festplatte befänden, reicht hierzu nicht aus.

Unzumutbar lange darf die Durchsicht mit Blick auf das in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltene Beschleunigungsgebot³⁰ indes nicht dauern. Bei der Durchsicht i. S. von § 110 StPO ist zu verlangen, dass die Ermittlungsbehörde sich zügig an die Durchsicht der vorgefundenen und mitgenommenen Unterlagen macht mit dem Ziel, in angemessener Zeit potentiell Beweis erhebliches zu identifizieren und zu beschlagnahmen. Die übrigen Unterlagen sind an den Betroffenen wieder herauszugeben. Welche Dauer hierzu angemessen ist, hängt wesentlich von der Menge des zu überprüfenden Materials und der Schwierigkeit der Auswertung ab. Das LG Frankfurt hat in einem Fall der Durchsicht 15 Monate für „noch als hinnehmbar“ angesehen,³¹ dies allerdings nur wegen „außerordentlich umfangreicher“ Unterlagen sowie „der internationalen Bezüge“ des Verfahrensgegenstandes.

2) Anwesenheit des Betroffenen bei der Datendurchsicht

Insbesondere wenn umfassende Datenmitnahmen erfolgt sind, empfiehlt es sich, dass die Behörden die Durchsicht gemeinsam mit dem Inhaber der Daten durchführen, um auf diese Weise effektiv verfahrens(ir)relevante Datenbestände identifizieren zu können. Zwar wurde das ursprünglich bestehende Anwesenheitsrecht des Inhabers der betroffenen Papiere und Daten durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz³² ersatzlos gestrichen. Dies geschah jedoch, da § 110 Abs. 3 StPO a. F. eine Versiegelung der vorläufig sichergestellten Daten vorsah, die verhindern sollte, dass die Ermittlungsbeamten der Staatsanwaltschaft Einsicht in diese Daten bekommen. Nach der Erweiterung der Sichtungsbefugnis zugunsten dieser Ermittlungspersonen war dies nun obsolet. Gleichzeitig aber entfiel ohne nähere Begründung auch die Regelung, nach der der Inhaber für den Fall der demnächst anzuordnenden Durchsicht der Papiere nach Möglichkeit zur Teilnahme aufzufordern war.³³ Zu Recht hält es das BVerfG zur „Sicherung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs“ im Einzelfall für geboten, trotz Wegfalls dieser Regelung den Inhaber des jeweiligen Datenbestandes in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit einzubeziehen.³⁴ Dies erscheint auch mit Blick auf § 106 StPO systematisch geboten.

Gerade in Wirtschaftsstrafverfahren kann die Anwesenheit des Betroffenen, eines mit der IT-Struktur des betroffenen Unternehmens vertrauten Mitarbeiters und des Unternehmensanwalts zudem zu einer erheblichen Beschleunigung der Aussonderung verfahrensirrelevanter Dateien und zu einer schnelleren Identifikation relevanter Beweismittel führen. Ohne Hilfestellung eines anwesenden Mitarbeiters des jeweiligen Unternehmens wird eine Datenaussonderung innerhalb vertretbarer Zeit kaum zu bewerkstelligen sein.

Dazu kommt, dass die Anwesenheit des Betroffenen die Gefahr der „gezielten Suche“ nach Zufallsfunden minimiert. Als Faustregel sollte gelten: Je weiter und undifferenzierter der Umfang der zur Sichtung mitgenommenen Datenbestände ist, desto schwerer wiegt das Interesse des Inhabers der Daten, bei der Aussonderung verfahrensirrelevanter Daten anwesend zu sein und diese zu begleiten.

²⁹ BVerfGE 96, 44 = BVerfG NJW 1997, 2165.

³⁰ Näher zum Beschleunigungsgebot im Allgemeinen KK-StPO/Schädler, 6. Aufl. 2008, Art. 6 EMRK Rn. 34, 39; Meyer-Ladewig in: ders., EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 199 ff.

³¹ LG Frankfurt NStZ 1997, 564, 565.

³² BGBl. I 2004, 2198.

³³ Vgl. BVerfGE 113, 29 = wistra 2005, 295.

³⁴ BVerfG NJW 2005, 1917, 1922.

V. Beendigung der Durchsicht und Rückgabe

Die Durchsicht endet mit der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, welche Papiere bzw. Daten beweisrelevant sind.³⁵ Die als verfahrensunerheblich bzw. beschlagnahmefrei identifizierten Papiere müssen an den Inhaber zurückgegeben werden.³⁶

1) Rückgabe oder Vernichtung ausgesonderter Daten

Das Rückgabegebot gilt im Grundsatz auch für Daten, da diese dem extensiven Papierbegriff des § 110 StPO unterfallen. Eine physische Rückgabe an den Inhaber kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn der Originaldatenträger vorläufig sichergestellt wurde und dieser ausschließlich verfahrensirrelevante Daten enthält. Enthält der Datenträger beweisrelevante Daten, kommt in Betracht, den Datenträger zu kopieren und auf der Kopie die ausgesonderten Daten (endgültig) zu löschen. Die Kopie verbleibt bei den Ermittlungsbehörden, und das Original wird an den Dateneinhaber zurückgegeben.

Erfolgte die vorläufige Sicherstellung durch eine Datenspiegelung oder die Anfertigung von Kopien einzelner Dateien bzw. Dateiordner, ist eine Rückgabe an den Inhaber obsolet, weil dieser die Originaldaten noch hat. Sinn der Rückgabe im Wortsinn ist es freilich nicht allein, dass der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam an dem Papier bzw. dem Datenbestand zurückerlangt. Entscheidend ist vielmehr, dass gleichzeitig der Gewahrsam der Strafverfolgungsbehörde endet: Die Behörde darf nach Abschluss der Durchsicht und dem damit einhergehenden Abschluss der Durchsuchung keine Zugriffsmöglichkeit mehr auf die ausgesonderten Daten haben. Der mit dem Zugriff auf verfahrensirrelevante Daten und Unterlagen verbundene Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung wird nämlich nur dadurch angemessen beschränkt, dass den Ermittlungsbehörden diese nicht länger als für die Dauer der Durchsicht zur Verfügung stehen. Behält die Strafverfolgungsbehörde die Daten, obwohl sie beweisirrelevant sind, läge darin eine unzulässige Vorratsdatenspeicherung. Dies ergibt sich jedenfalls für personenbezogene Daten bereits aus § 483 Abs. 1 StPO: Danach dürfen Strafverfolgungsbehörden personenbezogene Daten nur speichern, verändern und nutzen, soweit dies für Zwecke des konkreten³⁷ Strafverfahrens erforderlich ist. Beweisirrelevante Daten sind in diesem Sinne nicht mehr erforderlich, sodass eine weitere Speicherung rechtswidrig wäre. Ebenso wie gem. § 110 StPO durchsichtete und als irrelevant identifizierte Papiere dem Inhaber zurückgegeben werden, ohne dass Kopien asserviert werden, müssen von Strafverfolgungsbehörden zu Zwecken der Durchsicht gespeicherte Daten vernichtet werden, sobald ihre Beweisirrelevanz festgestellt ist.

Die Praxis sieht anders aus: Ermittlungsbehörden wenden gegen eine teilweise Löschung des vorläufig sichgestellten Datenbestandes bisweilen ein, dass es sich hierbei um einen „Eingriff in die Beweiskette“ handle, der den Beweiswert mindere. Gegen diese Auffassung spricht schon, dass der auf einem Datenträger gespeicherte Datenbestand gerade nicht unteilbar der Beschlagnahme unterliegt, sondern auch hier zu prüfen ist, ob eine Aussonderung verfahrensirrelevanter Daten möglich und vertretbar ist. Zu Recht bemerkt das BVerfG, dass die entgegenstehende Auffassung die „von Verfassungs wegen gebotene Prüfung der Umstände des Einzelfalls“ nicht zulässt.³⁸

Insbesondere in Zollstrafverfahren wird von den Fahndungsbeamten zur Abwendung der Datenvernichtung zudem auf eine angebliche „Speicherungspflicht“ der Zollbehörden hingewiesen. Eine *Befugnis* (!) zur Speicherung existiert indes lediglich im Hinblick auf Daten „aus dem Strafverfahren“ bzw. zur Erfüllung der zollfahndungsbehördlichen Aufgaben (§§ 17, 27 Zollfahndungsdienstgesetz). Als im Rahmen der Durchsicht beweisirrelevant qualifizierte Daten gehören nicht dazu. Eine außerstrafrechtliche Speicherungspflicht oder auch nur -befugnis besteht insoweit also nicht.

³⁵ BGH NJW 1995, 3997.

³⁶ Vgl. KK-StPO/Nack, § 110 Rn. 4.

³⁷ Vgl. Meyer-Goßner, § 483 Rn. 2.

³⁸ BVerfG NJW 2005, 1917, 1923 in Ablehnung der gegenteiligen Auffassung des LG Hamburg.

Vernichtung irrelevanter
Daten geboten

2) Unmöglichkeit der Aussonderung bei der Verwendung sog. „Containerdateien“

Gelegentlich erweist sich die Aussonderung irrelevanter Daten durch selektive Löschung jedoch als technisch unmöglich, weil die von den Ermittlungsbehörden zur forensischen Sicherung verwendeten Computerprogramme eine derartige Funktion erst gar nicht vorsehen. Dies ist dann der Fall, wenn der gesamte gespiegelte Datenbestand in einer einzigen sog. „Containerdatei“ abgespeichert wird. Diese ist einer nachträglichen Änderung (z. B. Entnahme nicht vom Beschlagnahmebeschluss erfasster Dateien) nicht zugänglich. Die Verwendung derartiger Programme und Containerdateien wird damit begründet, dass die mangelnde Eingriffsmöglichkeit in die Containerdatei den Beweiswert sichere.

Die Verwendung solcher Containerprogramme führt dazu, dass in der Praxis unter Berufung auf § 110 StPO eine größere Anzahl an Daten „faktisch beschlagnahmt“ wird, als nach §§ 94, 98 StPO möglich wäre. Der Gegenstand der Beschlagnahme richtet sich in solchen Fällen nicht nach den in §§ 94, 98 StPO normierten Maßstäben, sondern nach technischen Möglichkeiten. Eine Kompensation dafür, dass im Rahmen der vorläufigen Sicherstellung auf die Durchsuchungsanordnung „überschießende“ Datenbestände zugegriffen wird, findet nicht statt. § 110 StPO führt in diesen Fällen entgegen seiner Schutzfunktion zu einer Schlechterstellung des von einer umfassenden Datendurchsicht Betroffenen. Die Verwendung von Containerdateien stellt damit einen dauerhaften, rechtswidrigen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Dateninhabers und solcher Personen dar, deren personenbezogene Daten sich im „überschießenden“ Datenbestand befinden.

Bei Lichte betrachtet liegt in der Verwendung von Containerdateien erstellenden Programmen eine Umgehung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschränkung des umfassenden Informationszugriffs durch die Datendurchsicht gem. § 110 StPO. Die technische Unmöglichkeit, nicht verfahrensrelevante bzw. nicht vom Beschlagnahmebeschluss erfasste Daten auszusondern und dem hiervon Betroffenen zurückzugeben, führt in den meisten Fällen faktisch zu einer rechtswidrigen Sicherstellung des gesamten gespiegelten Datenbestandes. (Nichts Anderes gilt im Übrigen, wenn eine Aussonderung zwar technisch möglich ist, durch die Ermittlungsbehörden aber nicht durchgeführt wird.) Die Verwendung von Programmen zur Herstellung derartiger Container muss daher schon aus Rechtsgründen unterbleiben. Ansonsten bleibt nur ein Weg: Die als verfahrensrelevant identifizierten Dateien sind auszudrucken oder auf einen gesonderten Datenträger zu kopieren, um sie in dieser Form zu den Asservaten zu nehmen. Im Anschluss daran ist die Containerdatei zu vernichten.

Eine gelegentlich befürchtete Minderung des „Beweiswerts“ durch Entnahme einzelner Dateien oder Ordner aus einer Ablagestruktur kann dadurch verhindert werden, dass im Rahmen der Datensicherung die Ordnerstruktur des gesicherten Laufwerks beibehalten wird, während Verfahrensirrelevantes aus diesen Ordnern gelöscht wird. Ggf. ist zu überlegen, die „leeren“, weil verfahrensirrelevanten Ordner umzubenennen (z. B. in „XXX01“, „XXX02“ usw.). Die Löschungen sind in ein Löschprotokoll aufzunehmen, sodass das Vertrauen in die „Beweiskette“ und damit im Beweiswert der verbliebenen Dateien fortbesteht. Alternativ könnte ein Screenshot der Ordnerstruktur im Explorer erfolgen oder der genaue Pfad dokumentiert werden. Zusammenfassend sind sämtliche Maßnahmen in Betracht zu ziehen, die eine Zuordnung der beweisrelevanten Datei zwar zulassen, dabei aber das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht mehr tangieren als erforderlich und angemessen ist.

3) Beweisverwertungsverbot

Die Rechtsprechung hat sich bislang nicht durchringen können, bzgl. sichergestellter verfahrensirrelevanter Daten ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Ob ein solches zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erforderlich ist, ist höchststrichterlich noch ungeklärt. Jedenfalls bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, in denen die Beschränkung auf den Ermittlungszweck der Datenträgerbeschlagnahme planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen wird, ist ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und der darauf vorhandenen Daten geboten.³⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall,

³⁹ Vgl. BVerfG NJW 2005, 1917, 1923.

*Verwendung von Containerdateien
verhindert Datenrückgabe /
-vernichtung*

wenn eine generelle Anordnung besteht, grundsätzlich alle Daten mitzunehmen und „nichts liegen zu lassen“. Erfolgt die Datensicherung dann auch noch in einer Containerdatei, dürfte kein Zweifel an der bewussten Umgehung der Zielrichtung des § 110 StPO bestehen. Da hier das Schutzinstrumentarium der §§ 52, 53, 97 und 160a StPO bewusst ignoriert wird, muss ein Verwertungsverbot die Folge sein.

4) Rechtsschutz

Soweit Zweifel an der Erforderlichkeit der Mitnahme von Daten bestehen, sind diese analog § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO geltend zu machen. Da die Entscheidung über die vorläufige Sicherstellung der Staatsanwaltschaft bzw. ihren Ermittlungspersonen obliegt, ist ein Antrag auf richterliche Bestätigung dieser Anordnung der richtige Rechtsbehelf.⁴⁰ Dasselbe gilt, wenn die Unzumutbarkeit der Dauer der Durchsicht gerügt werden soll und eine Freigabe der vorläufig sichergestellten Unterlagen erstrebt wird.⁴¹

VI. Zusammenfassung

Bei der Durchsicht von Daten i. S. von § 110 StPO im Rahmen von Durchsuchungsmaßnahmen sind zusammenfassend folgende Maßgaben zu beachten:

Der Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO hat eine Vorauswahl des zu durchsichtenden Datenbestandes voranzugehen. Diese Vorauswahl hat sich am Inhalt des Durchsuchungsbeschlusses zu orientieren. Eine vorläufige Sicherstellung zu Zwecken der Durchsicht von Daten, die schon nicht beweisgeeignet für den im Durchsuchungsbeschluss genannten Vorwurf sind, ist nicht zulässig. Ebenso dürfen keine Daten vorläufig sichergestellt werden, die einem Beweiserhebungsverbot unterliegen. Die Voraussonderung zur Identifikation gem. § 110 StPO zu durchsichtender Daten darf und muss Zeit kosten. Die Spiegelung ganzer Datenträger oder Laufwerke zum Zwecke der späteren Aussonderung dürfte im Regelfall rechtswidrig, da nicht erforderlich sein.

Die im Anschluss stattfindende Durchsicht sollte im Regelfall in Anwesenheit des Dateninhabers erfolgen. So kann einem Missbrauch vorgebeugt werden und das Vertrauen des Betroffenen in die Durchsuchungsmaßnahme gestärkt werden. Außerdem werden durch die dadurch eintretende Beschleunigung des Verfahrens auch die Ermittlungspersonen selbst entlastet.

Eindeutig nicht verfahrensrelevante Daten sind zurückzugeben bzw. zu vernichten. Die Vernichtung entspricht der Rückgabe nicht beweisrelevanter Papiere nach der Durchsicht. Eine Verweigerung der Vernichtung unter Hinweis, die Beweiskette dürfe nicht unterbrochen werden, ist unzulässig. Dies gilt auch, wenn zur Datensicherung sog. Containerdateien verwendet werden, in die ein späterer Eingriff zu Zwecken der Aussortierung nicht möglich ist. Die willkürlich geschaffene Unmöglichkeit einer Aussonderung vorläufig sichergestellter Daten darf sich nicht zulasten des von der Durchsicht Betroffenen bzw. des jeweils betroffenen Informationsträgers auswirken.

Jedenfalls in Fällen, in denen das Schutzinstrumentarium der §§ 52, 53, 97 und 160a StPO durch die vorläufige Sicherstellung von Daten ohne anschließende Aussonderung verfahrensrelevanter Dateien ausgehebelt wird, ist ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich des „überschießenden“ Datenbestandes zu verlangen.

⁴⁰ LG Limburg, Beschl. v. 15.02.2011 – 1 QS 20/11 = BeckRS 2011, 05150; Meyer-Goßner, StPO, § 110 Rn. 10.

⁴¹ Vgl. LG Frankfurt NSZ 1997, 564 ff.

Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht

Dr. Felix Walther, München

Was wird aus § 299 StGB?

Der Beitrag nimmt den neuen Prüfbericht der EU-Kommission zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor zum Anlass, die Auswirkungen internationaler Vorgaben zur Korruptionsbekämpfung auf § 299 StGB und die zugehörigen Vorschriften des Strafanwendungs- und Rechtsfolgenrechts zu untersuchen. Nach Überprüfung des Änderungsbedarfs für das nationale Strafrecht wird ein vom bisherigen Regierungsvorschlag abweichender Umsetzungsvorschlag vorgestellt.

I. Einleitung

In diesem Jahr feiert das strafrechtliche Verbot der Korruption im Geschäftsverkehr seinen 103. Geburtstag. 1909 als § 12 in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingefügt¹, 1974 erstmals geringfügig geändert², 1997 als neuer § 299 StGB in das Kernstrafrecht überführt³ und schließlich 2002 um einen bis heute viel kritisierten dritten Absatz erweitert⁴, hat die Vorschrift heute nicht nur eine wohl vor nicht allzu langer Zeit kaum vorstellbare praktische Bedeutung erlangt, sondern ist auch beliebter Gegenstand dogmatischer Erörterungen und rechtspolitischer Reformvorschläge⁵. In diesem Zusammenhang bleibt freilich häufig unbeachtet, dass die Politik auf internationaler Ebene schon vor längerer Zeit normative Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen Korruptionsstrafrechts geschaffen hat. Es gilt daher zu untersuchen, ob und bejahendenfalls in welchem Ausmaß jene internationalen Vorgaben Veranlassung zu einer Änderung von § 299 StGB geben.

II. Die internationalen Rechtsakte im Vergleich zum deutschen Strafrecht

Eruiert man die für Deutschland relevanten völker- bzw. unionsrechtlichen Rechtsakte, die sich mit der (auch) strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung befassen, so fällt zunächst auf, dass die OECD-Konvention über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997⁶ als sicherlich prominentestes internationales Korruptionsbekämpfungsinstrument keinerlei Vorgaben zu Bestechungshandlungen im außerstaatlichen Bereich enthält.⁷ Es bleiben daher drei internationale Rechtsinstrumente, die sich mit der Korruption im geschäftlichen Sektor befassen und die für Deutschland Relevanz besitzen:

- Das Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27. Januar 1999⁸
- Der EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor vom 22. Juli 2003⁹
- Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003¹⁰

¹ RGBl. 1909, 499, 502; dazu RT-Drucks. 1390, 8448 ff.

² BGBl. 1974 I, 469, 574; dazu BT-Drucks. 7/550, 393.

³ BGBl. 1997 I, 2038; dazu BT-Drucks. 13/5584, 9 f., 12 ff.

⁴ BGBl. 2002 I, 3387; dazu BT-Drucks. 14/8998, 9 f.

⁵ Besonders nachdrücklich *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 194 ff.

⁶ In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung vom 10. September 1998 (IntBestG), BGBl. II, 2327 ff.; dort auch Originalfassung sowie amtliche Übersetzung des Übereinkommens.

⁷ Zu den Gründen *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht, 2011, S. 26 m.w.N.

⁸ ETS Nr. 173; abrufbar (auch in deutscher Übersetzung) unter:

http://conventions.coe.int/Default.asp?pg=Treaty/Translations/TranslationsChart_en.htm#173.

⁹ ABl. 2003 Nr. L 192/54 ff.

¹⁰ Abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/as/2009/5467.pdf>.

1) Verbindlichkeit der internationalen Vorgaben – Umsetzungsbedarf?

Ein echter Umsetzungsbedarf lässt sich aus den o.g. Rechtsakten freilich nur herleiten, wenn diese ihrerseits verbindlich sind.

a) Grundsätzliche Bindungswirkung

Eindeutig ist die Rechtslage zunächst in Bezug auf den EU-Rahmenbeschluss: Dieser ist ohne weiteren Ratifikationsakt aus sich heraus verbindlich. Dies ergibt sich aus der Rechtsgrundlage Art. 34 II S. 2 Buchst. b i.V.m. Art. 29 I i.V.m. Art. 31 I Buchst. e EU i.d.F. des Vertrags von Nizza. Gerade auf Unionsebene wird darüber hinaus der Umsetzungsdruck auf die Bundesrepublik in Zukunft eher noch zunehmen. Denn zum einen hat die Kommission erst kürzlich verlauten lassen, dass sie die bisher sehr schleppende Umsetzung des Rahmenbeschlusses in den Mitgliedstaaten vorantreiben und ggf. den Rahmenbeschluss durch eine Richtlinie ersetzen wolle.¹¹ Zum anderen wird sie spätestens ab 1. Dezember 2014 gegen einzelne Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV wegen der Nichtumsetzung des Rahmenbeschlusses vor dem EuGH einleiten können.¹²

Das Strafrechtsübereinkommen und die UN-Konvention stellen hingegen „klassische“ völkerrechtliche Übereinkommen dar, die beide von Deutschland zwar gezeichnet, aber – trotz heftiger und anhaltender Kritik¹³ – noch nicht ratifiziert wurden. Dieses gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. c des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVRK) i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Buchst. b des Europaratsübereinkommens bzw. Art. 67 Abs. 3 der UN-Konvention grundsätzlich zulässige Prozedere führt dazu, dass Deutschland zwar bisher noch nicht an die Übereinkommen gebunden ist (Art. 2 Abs. 1 Buchst. b WVRK); andererseits aber nach dem auch im Völkerrecht geltenden Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Art. 26 WVRK) mit Abgabe der Ratifikationserklärung unmittelbar die Vorgaben der Übereinkommen zu erfüllen hat, d.h. die Ratifikationserklärung sinnvollerweise erst nach Anpassung des nationalen (Straf-)Rechts abgeben sollte. Bezüglich der Vorgaben ihrerseits ist freilich hervorzuheben, dass jedenfalls Art. 21 der UN-Konvention nur fakultativen Charakter hat, da die Vorschrift den Signaturstaaten lediglich vorschreibt, eine Kriminalisierung „in Erwägung zu ziehen“.¹⁴

b) Vorbehalte

Gerade in der deutschen Reformdiskussion wurde darüber hinaus häufig darauf hingewiesen, dass eine Anpassung von § 299 StGB durch die Einlegung völkerrechtlicher Vorbehalte vermieden werden könne.¹⁵ Nun behält Art. 37 Abs. 1 des Europaratsübereinkommens den Einzelstaaten in der Tat das Recht vor, die im Übereinkommen bezeichneten Bestechungshandlungen nicht oder nur teilweise zu kriminalisieren. Allerdings ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Konvention, dass die Vorbehalte von den Vertragsstaaten nicht als Dauerlösung konzipiert waren. So sind nicht nur insgesamt maximal fünf Vorbehalte möglich (Art. 37 Abs. 4), eingelegte Vorbehalte treten auch – vorbehaltlich einer ausdrücklichen und zu begründenden Verlängerungserklärung – drei Jahre nach ihrer Einlegung automatisch außer Kraft (Art. 38 Abs. 1). Dementsprechend richtete das Ministerkomitee des Europarats bei Annahme der Konvention einen eindringlichen Appell an die Vertragsstaaten, die Zahl der Vorbehalte möglichst gering zu halten und trotz allem eingelegte Vorbehalte baldmöglichst fallen zu lassen¹⁶ und auch die GRECO-Berichte insistieren regelmäßig darauf, die Vorbehalte aufzugeben.¹⁷

Noch weniger zielführend ist der Verweis auf eine Vorbehaltseinlegung in Bezug auf den EU-Rahmenbeschluss. Zwar hatten Deutschland und Italien ursprünglich eine Klausel ausgehandelt, wonach ein Mitgliedstaat den Geltungsbereich des strafbewehrten Beste-

¹¹ KOM (2011), 308 endg., S. 4 f., 10 f.

¹² Vgl. nochmals Art. 10 Abs. 1, 3 des 36. Protokolls zum Vertrag von Lissabon (ABl. 2008 Nr. C 115/325 f.).

¹³ Insbesondere seitens Transparency International (vgl. zuletzt: Pressemitteilung vom 18.09.2011, http://www.transparency.de/12_09_18_UNCAC-Ratifizierung.2162.0.html); s. daneben auch BT-Drucks. 17/8613 (Entwurf zur Umsetzung der SPD-Fraktion).

¹⁴ Zu den Hintergründen für die fehlende Kriminalisierungsverpflichtung s. *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 49 f.

¹⁵ *Hauck*, *wistra* 2010, 255, 257; *Rönnau*, *StV* 2009, 302, 306 ff.; *ders./Golombek*, *ZRP* 2007, 193 (194); *Wollschläger*, *StV* 2010, 385 (390); *Zöller*, *GA* 2009, 137 (146 f.); *Rönnau*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2008, III 2 Rn. 69; wohl auch *Pieth*, bei *Schulz*, *StV* 2009, 332 (336).

¹⁶ Der Appell findet sich am Ende des Explanatory Reports (abrufbar unter <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/173.htm>).

¹⁷ Bsp.: *Greco RC-III* (2011) 4E, S. 2 (Schweden); *Greco Eval III Rep* (2010) 11E, S. 20 f. (Andorra).

chungsverbots auf Handlungen beschränken konnte, „die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können“ (Art. 2 Abs. 3).¹⁸ Die dementsprechend von Deutschland abgegebene Erklärung ist aber gemäß Art. 2 Abs. 4 am 22.7.2010 außer Kraft getreten. Eine nach Art. 2 Abs. 5 grundsätzlich mögliche Verlängerung wurde nicht beschlossen und ist auch nicht zu erwarten, nachdem in Folge der Änderungen durch den Vertrag von Lissabon hierfür auf Unionsebene ein einfacher Ratsbeschluss nicht mehr ausreichen würde, sondern vielmehr gemäß Art. 9 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen¹⁹ ein förmliches Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 ff. AEUV zu durchlaufen wäre.²⁰ Zu Recht geht daher auch die EU-Kommission in ihrem neuen Prüfbericht vom Außerkrafttreten der Vorbehaltserklärung aus und stellt fest, dass Deutschland eine nicht mehr gültige Erklärung abgegeben hat.²¹

2) Die Modelltatbestände

Alle eben genannten Übereinkommen²² enthalten weit gehend gleich lautende „Modelltatbestände“ für eine strafrechtliche Erfassung von Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor.²³ In diesem Zusammenhang gilt es freilich klarzustellen, dass sich auf Grund eben jenes Modell- und Rahmencharakters aus den internationalen Vorgaben nur selten eine bindende Vorgabe für eine bestimmte, diffizile Auslegungsproblematik des nationalen Rechts ergeben wird. So werden sich virulente Probleme der aktuellen Auslegungspraxis (z.B. die Erfassung niedergelassener Vertragsärzte oder innerbetrieblicher Bestechungsvorgänge) schon deswegen nicht mit Rekurs auf die internationalen Rechtsakte einer bestimmten Lösung zuführen lassen, weil die Vorgaben schon auf Grund der auf internationaler Ebene fehlenden Kasuistik in erster Linie einen an den Gesetzgeber gerichteten normativen Rahmen darstellen.

a) Tathandlung und -mittel

Nach den internationalen Vorgaben sollen als strafbare Bestechung das Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines ungerechtfertigten (unbilligen)²⁴ Vorteils erfasst werden. Tathandlungen der Bestechlichkeit sind das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines ungerechtfertigten (unbilligen) Vorteils. Die Handlungen können jeweils „unmittelbar“ oder über Mittelsleute verwirklicht werden. Zu kriminalisieren sind außerdem nur Bestechungshandlungen im Rahmen von Geschäftsvorgängen. Schließlich kann der Vorteil sowohl dem Bestechungsadressaten als auch einem Dritten (als sog. Drittvoiteil) zu Gute kommen.

Unterschiede im Vergleich zum deutschen Recht lassen sich zunächst in Bezug auf die Tathandlungen i.e.S. – also unter Außerachtlassung der vereinbarten Gegenleistung des Nehmers – nicht erkennen. Der Wortlaut von § 299 StGB entspricht diesbezüglich exakt den internationalen Vorgaben. Auch das Handeln „im Rahmen von Geschäftsvorgängen“ findet sein Äquivalent in § 299 StGB, wo vom Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ die Rede ist.²⁵ Soweit die internationalen Rechtsakte auch eine „mittelbare“ Tatbegehung erfasst sehen wollen, darf dies nicht (restriktiv) im Sinne einer mittelbaren Täterschaft i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB verstanden werden. Auf der anderen Seite wird damit aber auch nicht (extensiv) eine Kriminalisierung des „influence trading“ gefordert. In Bezug auf diese Sonderform korruptiven Handelns, bei der der Nehmer seinen Einfluss auf den eigentlichen Entscheidungsträger „verkauft“, wird nämlich in Art. 12 des Europaratsübereinkommens bzw. Art. 18 der UN-Konvention²⁶ lediglich für den staatlichen Bereich eine Kriminalisierungsvorgabe getroffen. Vielmehr sollte durch die Formulierung „mittelbar“ erreicht werden, dass unabhängig von den einzelstaatlichen Teilnahmeregelungen die verantwortlichen Unternehmensangehörigen auch beim Einsatz von Vermittlern oder der Zwischenschaltung von Banken und

¹⁸ Zum Sachgehalt dieser Regelung *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 123 f.

¹⁹ ABl. 2008 Nr. C 115/325.

²⁰ Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 122 f.; 271 f.

²¹ KOM (2011) 309 endg., S. 2, 4.

²² Der Begriff soll hier – im „untechnischen“ Sinne – auch den Rahmenbeschluss mit einschließen.

²³ Art. 2 Rahmenbeschluss; Art. 7, 8 Europaratsübereinkommen; Art. 21 UN-Konvention.

²⁴ In den englischen Fassungen wird jeweils der Begriff „undue“ gebraucht.

²⁵ Zum Merkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“ in § 299 Abs. 2 StGB s. unten c).

²⁶ Dort zudem nur fakultativ („zieht in Erwägung“).

Scheingesellschaften bestraft werden können.²⁷ Diesen Vorgaben wird die deutsche Rechtspraxis gerecht. Denn schon bisher hatten die Gerichte keine Probleme, auch in den Fällen „mittelbarer Bestechung“ die Unternehmensverantwortlichen abzuurteilen.²⁸ Dementsprechend hat auch die OECD in ihrem Prüfbericht zur Umsetzung des insoweit gleichlautenden²⁹ Bestechungsübereinkommens festgehalten, dass das deutsche Recht Fälle indirekter Bestechung auch ohne ausdrückliche Bezugnahme im Normwortlaut (von Art. 2 § 1 IntBestG i.V.m. § 334 Abs. 1 StGB) adäquat zu erfassen vermag.³⁰

Während die von den Vorgaben geforderte Einbeziehung von Dritt Vorteilen sich in § 299 StGB bereits seit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 findet, sticht die – dem deutschen Recht bisher fremde – Konnotation des Vorteils als „ungerechtfertigt“ ins Auge. Was hiermit gemeint sein soll, ist schon deswegen von hervorgehobenem Interesse, weil die EU-Kommission in einem ersten Prüfbericht zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses Deutschland diesbezüglich ein Umsetzungsdefizit bescheinigt hatte.³¹ Den Materialien zu den Übereinkommen lässt sich zur Bedeutung des Merkmals keine gesicherte Aussage entnehmen. Lediglich im Erläuternden Bericht zur Europaratskonvention wird auf die „Rechtmäßigkeit“ des Vorteils verwiesen, die sich aus dem geschriebenen Recht bzw. der Rechtsprechung eines Staates ergeben könne,³² wobei sich diese Äußerungen offenkundig auf die Amtsträgerkorruption beziehen. Nun ist nicht zu übersehen, dass auch in der nationalen Reformdiskussion bereits der Gedanke geäußert wurde, eine Abgrenzung korruptiver und sozialadäquater Verhaltensweisen durch eine negative Beschreibung des Vorteils zu erreichen.³³ Derartige Einschränkungsversuche sind aber nur dort sachgerecht, wo sich die verwerfliche Attribuierung des (korruptiven) Austauschverhältnisses nicht bereits anderweitig im Tatbestand verorten lässt. Genau dies ist aber bei den internationalen Modelltatbeständen der Fall. Denn die Verknüpfung eines Vorteils mit einer Pflichtwidrigkeit ist stets sachwidrig, so dass eine „Rechtfertigung“ oder „soziale Adäquanz“ der Vorteilsgewährung bzw. -annahme nicht in Betracht kommt.³⁴ Der Tadel der EU-Kommission geht daher in zweierlei Hinsicht fehl: Zum einen stellt der Rahmenbeschluss nur Mindestvorgaben auf, so dass (wegen eines weiteren Vorteilsbegriffs) punitivere Vorschriften der Mitgliedstaaten ohne Weiteres zulässig sind. Zum anderen kommt dem Merkmal „ungerechtfertigt“ – wie gesehen – kein weiterführender Gehalt zu, der eine Übernahme in das nationale Recht veranlassen könnte.

b) Täterkreis

Während die Bestechung wie allgemein üblich als Allgemeindelikt ausgestaltet ist, kommen als Täter einer strafbaren Bestechlichkeit und damit als taugliche Adressaten einer aktiven Bestechung nach den internationalen Vorgaben nur Personen in Betracht, „die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig sind“.

Obwohl der in § 299 Abs. 1 StGB erwähnte Täterkreis der „Angestellte[n] oder Beauftragte[n] eines geschäftlichen Betriebes“ von der h.M.³⁵ schon betont weit ausgelegt wird, hat die Kommission in ihrem Prüfbericht zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses auch an dieser Stelle ein Umsetzungsdefizit ausgemacht und gerügt, das deutsche Recht erfasse „Personen in leitender Stellung“ nicht.³⁶ Jener Vorwurf verwundert schon insoweit, als die Ausgestaltung der Unrechtsvereinbarung von § 299 StGB dazu führt, dass gerade leitende Angestellte mit Einfluss auf eine finale Bezugsentscheidung erfasst sind.³⁷ Nicht einbezogen ist allerdings der Betriebsinhaber,³⁸ wobei freilich zweifelhaft bleibt, ob die Kommission ernstlich

²⁷ Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 83 f.

²⁸ Vgl. BGHSt 43, 270, 275 [zu § 6c UWG a.F.]; 49, 275, 298 [zu § 333 StGB].

²⁹ Art. 1 Abs. 1, 2 OECD-Übereinkommen (Fn. 6).

³⁰ OECD Working Group, Phase 2 Report, Germany, Art. 145.

³¹ KOM (2007) 808 endg., S. 51.

³² Nr. 38 Explanatory Report.

³³ *Volk*, Referat zum 61. Deutschen Juristentag 1996, L 35 (L 39).

³⁴ Ausf. *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 95 ff.; damit ist freilich noch nichts über eine Restriktion auf Ebene der Pflichtwidrigkeit gesagt.

³⁵ Z.B. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 9 f.

³⁶ KOM (2007) 808 endg., S. 51; ebenso in KOM (2011) 309 endg., S. 5 bzgl. § 168c Abs. 1 österr. StGB (dort: „Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens“; ausf. zur Umsetzung in Österreich *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 169 ff.).

³⁷ *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 11.

³⁸ Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 68 ff. m.w.N.

dessen Erfassung fordert. Die Frage hängt letztlich davon ab, ob man die als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung erforderliche³⁹ „Pflichtverletzung“ (nur) als Treuwidrigkeit gegenüber dem Prinzipal versteht (in diesem Falle schied der Betriebsinhaber als Täter aus) oder einen extensiven Pflichtverletzungsbegriff vertritt.

Auch in Bezug auf die Institution, für welche der Täter tätig sein muss, ergibt sich Klärungsbedarf. Während es bei § 299 StGB – wie von Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses gefordert – irrelevant ist, ob der Nehmer für ein mit Gewinnerzielungsabsicht handelndes Unternehmen tätig ist,⁴⁰ gibt der in den authentischen englischen Sprachfassungen der Konventionen von Europarat und UN verwendete Begriff der „private sector entity“ Anlass zur sorgsamen Überprüfung etwaiger Divergenzen. Denn der Begriff „entity“ lässt sich – wenn überhaupt – am ehesten mit „Gesellschaft“ oder „Körperschaft“ übersetzen, so dass eine Begrenzung auf „geschäftliche Betriebe“ oder „Unternehmen“⁴¹ tendenziell zu kurz zu greifen scheint. Andererseits spricht der EU-Rahmenbeschluss, bei dem – im Gegensatz zu den Übereinkommen – auch die deutsche Sprachfassung für die Auslegung maßgeblich ist⁴² ohne Weiteres von „Unternehmen“ und weder GRECO⁴³ noch die EU-Kommission hatten bisher Probleme mit dergestalteten Umsetzungsvorschriften. Vor allem aber gilt es zu bedenken, dass einerseits der weite Begriff „entity“ schon dadurch wieder eine bedeutende Eingrenzung erfährt, dass die Tatbestandsvorgaben ein Handeln im wirtschaftlich-geschäftlichen Bereich voraussetzen, während andererseits der „geschäftliche Betrieb“ i.S.v. § 299 StGB unter Strapazierung der Wortlautgrenze derart weit ausgelegt wird,⁴⁴ dass sich im Ergebnis in der Tat kaum Unterschiede ergeben dürften.

c) Unrechtsvereinbarung

Auch die internationalen Vorgaben verlangen, dass die Vorteilsgewährung bzw. -annahme im Hinblick auf eine bestimmte Gegenleistung der bestochenen Person erfolgt. Die oben beschriebenen Tathandlungen müssen dementsprechend in Bezug darauf erfolgen, dass der Empfänger „unter Verletzung seiner Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt“. Schon bei unbefangener Betrachtung drängt sich auf, dass in diesem Merkmal die wohl bedeutendste Diskrepanz zu § 299 StGB, der auf eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb abstellt, zu verorten ist. Soweit das deutsche Recht demnach die Unrechtsvereinbarung auf die Bevorzugung eines Wettbewerbers in einer Konkurrenzsituation bezieht, ist dies im Vergleich zu den internationalen Vorgaben zu eng und führt zu einem entsprechenden Änderungsbedarf.

Die Herausarbeitung des weiteren Umsetzungsbedarfs im nationalen Recht wird dadurch erschwert, dass die internationalen Rechtsinstrumente nur wenige und teils widersprüchliche Aussagen zur Auslegung des Merkmals der „Pflichtverletzung“ enthalten. So enthält der Rahmenbeschluss in Art. 1 eine Definition, wonach der Begriff „zumindest jegliches treuwidrige Verhalten umfassen [soll], das eine Verletzung einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht bzw. einer beruflichen Vorschrift oder Weisung darstellt, die für den geschäftlichen Aufgabenbereich einer Person gilt, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist“. Auch wenn schon der Wortlaut – *treuwidrig* – auf ein Untreueelement und damit auf eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis zum Prinzipal hindeutet, wurde bisweilen die Ansicht vertreten, gemeint sei ein Verstoß gegen wirtschaftsrechtliche Außenregeln.⁴⁵ Auch die Kommission scheint in ihrem neuen Prüfbericht einem solchen Verständnis nicht abgeneigt, denn sie maßregelt die belgische und die niederländische Re-

³⁹ S. unten c).

⁴⁰ RGSt 50, 118, 119; BGHSt 2, 396, 403; Fischer, StGB, § 299 Rn. 4; ausf. Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 78 f.

⁴¹ So der in BT-Drs. 16/6558 in Anknüpfung in die Terminologie des UWG gewählte Umsetzungsvorschlag.

⁴² Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, § 9 Rn. 64.

⁴³ Die GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption);

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp ist u.a. für die Evaluation der Umsetzung der Europaratskonvention zuständig (zum Evaluationsmechanismus s. Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 42 f.).

⁴⁴ Vgl. LK/Tiedemann StGB, § 299 Rn. 20: erfasst sind bspw. (private) Krankenhäuser, freiberufliche Tätigkeiten von Ärzten, Architekten, Rechtsanwälten, Notaren und Steuerberatern sowie öffentliche Behörden und öffentlich-rechtliche Körperschaften bei (erwerbswirtschaftlich-)fiskalischem Handeln.

⁴⁵ Mölders, Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr, 2009, S. 153; zu ihr Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 109 f.

gelungen als zu eng, da beide ein fehlendes Einverständnis des Prinzipals voraussetzen.⁴⁶ Nun ist nicht nur die Kommission nicht die zu einer authentischen Auslegung des Rahmenbeschlusses berufene Instanz, auch das herkömmliche juristische Sprachverständnis sperrt sich dagegen, eine treuwidrige „Pflichtverletzung“ jedenfalls alleine am Verstoß gegen Außenregeln festzumachen⁴⁷ und dementsprechend auch dann zu bejahen, wenn der Nehmer nicht gegen seine vertraglichen Pflichten verstößt. Bestätigt wird diese Sichtweise von den Materialien zum Europaratsübereinkommen. Denn dort wird die Pflichtverletzung eindeutig im Treu- und Loyalitätsbruch gegenüber dem Prinzipal gesehen.⁴⁸ Dementsprechend hat auch GRECO bei der Evaluierung des deutschen Korruptionsstrafrechts die Straffreistellung der Bestechung und Bestechlichkeit des Betriebsinhabers, der sich selbst gegenüber naturgemäß keine Pflichten verletzen kann, als mit dem Übereinkommen vereinbar akzeptiert.⁴⁹

Weiteres, nicht unerhebliches Konfliktpotential im Vergleich zum nationalen Recht folgt außerdem daraus, dass § 299 StGB bisher einen Zusammenhang mit dem Bezug von Waren und gewerblichen Leistungen verlangt und damit Bestechungshandlungen gegenüber auf der eigenen Marktseite stehenden Personen aus dem Tatbestand ausnimmt.⁵⁰ Diese Restriktion hat im deutschen Regelungsmodell, das auf eine Bevorzugung gegenüber Mitbewerbern abstellt, ihren berechtigten Platz. Bei den internationalen Vorgaben ist sie hingegen nicht nur im Normwortlaut nicht auszumachen, sie passt auch nicht ohne Weiteres zur Pflichtverletzung als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung. Denn Bestechungskonstellationen unter Mitbewerbern haben häufig gerade klassische Pflichtverletzungen wie Geheimnisverrat oder Sabotageakte zum Gegenstand.

Der Entwurf eines deutschen Umsetzungsgesetzes⁵¹ meint dennoch am Erfordernis eines Bezugsvorgangs festhalten zu können, da Deutschland bei Verabschiedung des EU-Rahmenbeschlusses eine entsprechende Protokollerklärung abgegeben habe⁵² und eine solche auch bei Ratifikation des Europaratsübereinkommens abgeben werde.⁵³ Nun ist es freilich höchst zweifelhaft, ob eine derart weit gehende Einschränkung der Umsetzungsverpflichtung tatsächlich durch eine einseitige Protokollerklärung erreicht werden kann.⁵⁴ Das Problem lässt sich insbesondere am Beispiel des EU-Rahmenbeschlusses verdeutlichen, für den der EuGH spätestens ab Dezember 2014 eine umfassende und exklusive Auslegungszuständigkeit besitzen wird.⁵⁵ Jedenfalls in Bezug auf Richtlinien und Verordnungen hat es der EuGH, der der historischen Auslegung bekanntermaßen ohnehin nur untergeordnete Bedeutung beimisst, den Mitgliedstaaten bisher stets verwehrt, sich auf im Rechtssetzungsverfahren abgegebene einseitige Erklärungen zu berufen.⁵⁶ Zwar betrafen eben jene Entscheidungen stets originäre Handlungsformen des (damaligen) Gemeinschaftsrechts, während der Rahmenbeschluss der intergouvernemental strukturierten (ehemaligen) dritten Säule entstammt. Jedoch ist angesichts der bereits in der *Pupino*-Entscheidung⁵⁷ zum Ausdruck kommenden Intention des Gerichts, Rahmenbeschlüsse den Richtlinien anzunähern, und der Aufgabe der Säulenstruktur durch den Reformvertrag von Lissabon damit zu rechnen, dass der EuGH seine zu Richtlinien und Verordnungen entwickelten Auslegungsgrundsätze auf die Auslegung des Rahmenbeschlusses übertragen wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es eher unwahrscheinlich, dass der EuGH – anders als die Kommission im Rahmen ihrer Prüfberichte – der deutschen Interpretationserklärung überhaupt irgendeine Bedeutung beimessen wird,⁵⁸ zumal das Europaparlament erst kürzlich in einer Entschlie-ßung auf

⁴⁶ KOM (2011) 309, S. 4; interessanterweise gab es im ersten Prüfbericht an der (unveränderten) belgischen Regelung nichts auszusetzen (vgl. COM [2007] 808 EN, S. 41 f.).

⁴⁷ Vgl. Volk, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, 419, 426.

⁴⁸ § 55 Explanatory Report.

⁴⁹ Greco Eval III Rep (2009) 3E Theme I, S. 32.

⁵⁰ Näher Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 102, 120 m.w.N.

⁵¹ S. unten III.

⁵² Ratsdokument 11700/03 ADD 1, S. 7.

⁵³ BT-Drs. 16/6558, S. 14.

⁵⁴ Alternativ bietet sich zwar die Abgabe eines Vorbehalts an, der aber bzgl. des Rahmenbeschlusses nicht eingelegt werden kann (s. I. 1. b).

⁵⁵ Art. 10 Abs. 1, 3 des 36. Protokolls zum Vertrag von Lissabon (ABl. 2008 Nr. C 115/325 f.).

⁵⁶ EuGHE 1970, 47, 56 ff., Rn. 5 ff.; 1985, 43, 436, Rn. 13; 1996, I-1469 Rn. 38; 2003, I-11893 Rn. 51.

⁵⁷ EuGHE 2005, I-5285, dazu knapp Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 123 ff.

⁵⁸ Von daher ist die optimistischere Einschätzung in Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 111 f. zu relativieren.

die Gefahr einer Relativierung unionsrechtlicher Pflichten durch die Abgabe von Erklärungen sowie auf die ausschließliche Auslegungszuständigkeit des EuGH hingewiesen hat.⁵⁹

3) Die Rechtsfolgenregelungen

Die Rechtsakte beschränken sich nicht auf eine bloße Kriminalisierungsforderung, sondern machen auch unterschiedlich konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung der nationalen Sanktionsregelungen.

a) Sanktionen i.e.S.

Während im Bezug auf natürliche Personen Art. 30 Abs. 1 der UN-Konvention noch relativ unbestimmt „Sanktionen, die der Schwere der Tat Rechnung tragen“ fordert, sollen es nach Art. 19 Abs. 1 des Europaratsübereinkommens – unter offenkundiger Bezugnahme auf die Kriterien aus der „Maisskandal“-Entscheidung des EuGH⁶⁰ – „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ sein. Die Vorgaben aus dem Europaratsübereinkommen gewinnen vor allem dadurch an Bedeutung, dass die GRECO-Prüfer die nationale Umsetzungsgesetzgebung durchaus substantiell prüfen und bisweilen (ihrer Meinung nach) zu niedrige Strafraumen kritisieren.⁶¹ Noch konkretere Vorgaben in Bezug auf die Rechtsfolgenseite enthält Art. 4 des EU-Rahmenbeschlusses, wonach die Sanktionen nicht nur wiederum „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein sollen, sondern auch eine Mindesthöchststrafe zwischen einem und drei Jahren Freiheitsstrafe vorzusehen ist.

§ 299 StGB, der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (fünf Jahre in besonders schweren Fällen, § 300 StGB) vorsieht, genügt diesen formalen Anforderungen, so dass diesbezüglich seitens der EU-Kommission und GRECO die deutsche Rechtslage nicht beanstandet wurde.

b) Berufsverbot

Art. 4 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses fordert des Weiteren, dass einem wegen (aktiver oder passiver) Bestechungstaten verurteilten Manager⁶² die weitere Ausübung seiner Geschäftstätigkeit in der bisherigen oder einer ähnlichen Position vorübergehend untersagt werden können muss, „wenn der festgestellte Sachverhalt eindeutig auf das Risiko schließen lässt, dass die betreffende Person ihre Position oder Tätigkeit für Bestechung oder Bestechlichkeit missbrauchen könnte.“

§ 70 StGB als die entsprechende Vorschrift im deutschen Recht weist zunächst insoweit einen weiteren Anwendungsbereich als das Unionsrecht auf, als nicht nur Führungspersonen eines Unternehmens erfasst werden. Hinsichtlich der die Maßregel auslösenden Symptom- bzw. Anlasstat verlangt § 70 Abs. 1 StGB nach seinen beiden – nicht immer eindeutig voneinander abgrenzbaren⁶³ – Alternativen eine Verurteilung wegen einer rechtswidrigen Tat, die unter Missbrauch eines Berufs oder Gewerbes (Alt. 1) oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten (Alt. 2) begangen wurde. Im Ergebnis lassen sich Bestechungstaten in aller Regel unter beide Alternativen subsumieren. Die Missbrauchsalternative verlangt zwar einen „berufstypischen Zusammenhang“ zwischen Straftat und beruflicher Tätigkeit, so dass das bloße Ausnutzen von sich anlässlich der Berufsausübung ergebenden Tatgelegenheiten nicht ausreichen soll.⁶⁴ Jedoch wird bei Bestechungstaten nicht eine „allgemeine“ Straftat (z.B. Diebstahl von Betriebseigentum) im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit begangen, sondern die berufstypische Stellung als Entscheidungsträger (auf Nehmerseite) bzw. Verkäufer oder Verhandlungsführer (auf Geberseite) zur Begehung von Straftaten ausgenutzt. Desgleichen kann sich eine Tat nach § 299 StGB auch als Verletzung berufstypischer Pflichten darstellen. Denn das Schmiergeldverbot ergibt sich nicht nur aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 299 StGB, sondern (zumindest bzgl. der Annahme von Schmiergeldern) auch aus dem konkreten (vertraglichen) Anstellungsverhältnis.⁶⁵ Auf Voraussetzungsseite

⁵⁹ Entschließung vom 27.9.2011 (2011/2090(INI)); abgedruckt in BR-Drs. 644/11.

⁶⁰ EuGHE 1989, 2965; dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 25 ff.

⁶¹ Z.B. Greco Eval III Rep (2007) 8E, S. 26 bzgl. der Rechtslage in den Niederlanden.

⁶² Die Vorschrift soll „zumindest dann“ eingreifen, wenn der Verurteilte „im Rahmen der betreffenden Geschäftstätigkeit in einem Unternehmen eine Führungsposition inne hatte“.

⁶³ Vgl. *Hanack*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 70 Rn. 17.

⁶⁴ BGH StV 2008, 80.

⁶⁵ Zum arbeitsrechtlichen Schmiergeldverbot s. nur BAG NJOZ 2002, 508, 514.

sind damit auch die Vorgaben des Rahmenbeschlusses erfüllt. Zwar lässt dieser einen (bloßen) „Zusammenhang“ zwischen Berufstätigkeit und Bestechungstat ausreichen, gestattet jedoch die Berücksichtigung der nationalen „verfassungsrechtlichen Vorschriften und Grundsätze“. Angesichts dessen, dass die engen Anordnungsvoraussetzungen nach § 70 Abs. 1 StGB direkter Ausfluss des Grundrechtsschutzes (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Verhältnismäßigkeitsprinzips sind,⁶⁶ ist diesbezüglich eine Divergenz mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht auszumachen.

Die mögliche Reichweite eines Berufsverbots gestaltet sich insoweit als nicht ganz unproblematisch, als der Rahmenbeschluss mit der Forderung nach einem Verbot auch einer „vergleichbaren Geschäftstätigkeit in [auch?] einer ähnlichen Position oder Eigenschaft“ eine betont weite Formulierung zu nutzen scheint. Allerdings steht § 70 Abs. 1 StGB, der ein Verbot des bisher ausgeübten Berufs(zweiges), Gewerbes oder Gewerbezweiges zulässt, hierzu schon dem Wortlaut nach in keinem unauflösbaren Widerspruch. Begreift man diese Voraussetzungen dahin gehend, dass die *Gattung* des Berufs oder Gewerbes, in dem sich der Täter bisher betätigt hat, getroffen werden soll⁶⁷ und fasst man zudem ins Auge, dass § 70 Abs. 3 StGB auch einer Umgehung durch den Einsatz von Strohleuten entgegen steht, so ist das deutsche Recht unter Beachtung der den Einzelstaaten überlassenen Umsetzungsspielräume insoweit mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Gleiches gilt im Ergebnis für die von § 70 Abs. 1 StGB vorausgesetzte strenge Gefährlichkeitsprognose, die sich im Rahmenbeschluss in ganz ähnlicher Form findet („*eindeutig* auf das Risiko schließen lässt“). Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Vorgaben aus Art. 4 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses bereits durch § 70 StGB abgedeckt werden. Eines Rückgriffs auf außerstrafrechtliche Möglichkeiten zur Verhängung eines Berufs- oder Gewerbeverbots⁶⁸ bedarf es daher nicht.

c) Sanktionen gegen juristische Personen

Art. 5 des Rahmenbeschlusses und Art. 18 des Europaratsübereinkommens sowie – in allerdings stark abgeschwächter Form – auch Art. 26 Abs. 1 der UN-Konvention verlangen, dass juristische Personen „verantwortlich“ gemacht werden können für zu ihren Gunsten begangene Bestechungstaten, die von einer natürlichen Person begangen werden, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person handelt und die auf Grund einer Vertretungsmacht für die juristische Person oder einer Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person innehat. Die gegen das Unternehmen zu verhängenden Sanktionen müssen nicht zwingend (kriminal-)strafrechtlicher Natur sein (Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses⁶⁹; Art. 19 Abs. 2 des Europaratsübereinkommens), so dass die Einrichtung einer Verbandsstrafbarkeit nicht erforderlich ist. Im Übrigen hat Deutschland bereits im Jahre 2002⁷⁰ sein Sanktionenrecht an die insoweit gleich lautenden Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1, 2 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG⁷¹ angepasst. Dies führte zur Aufnahme von § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG, der nunmehr Verbandsgeldbußen auch bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von Überwachungs- und Aufsichtspersonen (z.B. Aufsichtsräten) zulässt und damit (ggf. i.V.m. § 130 i.V.m. § 9 OWiG) den internationalen Vorgaben genügt.

4) Strafanwendungsrechtliche Regelungen

Unter den für manchen deutschen Rechtsanwender ungewohnten⁷² Überschriften „Zuständigkeit“ (Art. 7 des Rahmenbeschlusses) bzw. „Gerichtbarkeit“ (Art. 17 des Europaratsübereinkommens und Art. 42 der UN-Konvention) machen die internationalen Rechtsakte den

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 25, 88, 101.

⁶⁷ OLG Celle MDR 1965, 152; OLG Karlsruhe NStZ 1995, 446, 447; vgl. für weitere Kasuistik LK/Hanack StGB, § 70 Rn. 53 ff.

⁶⁸ Hierzu LK/Hanack StGB, § 70 Rn. 85 ff.

⁶⁹ Seltenerweise spricht die deutsche Fassung direkt von „Geldstrafen und Geldbußen“, während – bei gleicher englischer Sprachfassung („non-criminal fines“) – sonst von „nichtstrafrechtlichen Geldsanktionen“ die Rede ist (z.B. Art. 9 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zum strafrechtlichen Schutz des Euros; ABI EG 2000 Nr. L 140, S. 1).

⁷⁰ BGBl. I 2002, 3387 („EG-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz“); näher BT-Drs. 14/8998.

⁷¹ ABl. C 221 vom 19.7.1997, S. 12–22.

⁷² Herrührend aus den englischen Fassungen, wo von „jurisdiction“ – aber im Sinne der Rechtsmacht der Legislative („jurisdiction to prescribe“) – die Rede ist.

Nationalstaaten auch Vorgaben zur Ausgestaltung des transnationalen Geltungsbereichs der Bestechungstatbestände.

Das nationale Strafrecht soll danach jedenfalls dann Anwendung finden, wenn die Tat ganz oder teilweise im nationalen Hoheitsgebiet (Territorialitätsprinzip) oder von einem eigenen Staatsangehörigen begangen wurde (aktives Personalitätsprinzip).⁷³ Art. 7 Abs. 1 Buchst. c des Rahmenbeschlusses sieht darüber hinaus die Begründung nationaler Strafgewalt für den Fall vor, dass die Tat zugunsten einer juristischen Person begangen wurde, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats hat. Anders als andere in den Übereinkommen genannte Anknüpfungspunkte⁷⁴ sind jene Vorgaben grundsätzlich nicht fakultativ ausgestaltet. Allerdings können die Einzelstaaten Vorbehalte bzgl. der Erfassung von Taten zu Gunsten nationaler Unternehmen⁷⁵ bzw. von Auslandstaaten eigener Staatsbürger⁷⁶ erklären, soweit in letztgenannten Fällen sichergestellt ist, dass nicht auslieferungsfähige Staatsbürger vor nationalen Gerichten abgeurteilt werden können.⁷⁷

Das deutsche Strafrecht ist im Grundsatz in der Lage, alle im Inland begangenen Taten (§§ 3, 9 StGB) sowie die Auslandstaaten eigener Staatsangehöriger (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu erfassen.⁷⁸ Jedoch ist in letztgenannten Fällen die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts von der Strafbarkeit am ausländischen Tatort abhängig. Dieses Erfordernis der Tatortstrafbarkeit findet sich hingegen in den internationalen Vorgaben nicht. Auch die Einlegung eines der oben bezeichneten Vorbehalte hilft in den Fällen nicht weiter, in denen Deutschland auf Grund eines Auslieferungersuchens bzgl. eines nicht auslieferungsfähigen Deutschen – auch bei fehlender Tatortstrafbarkeit – *zwingend* die Strafverfolgung durchzuführen hat.⁷⁹ In diesen Fällen lässt sich eine vollumfängliche Umsetzung allein durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht erreichen. Jedoch bietet sich für diese Fälle eine Lösung über § 6 Nr. 9 StGB an. Denn diese Vorschrift statuiert die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts für Auslandstaaten, zu deren Verfolgung Deutschland auf Grund eines verbindlichen zwischenstaatlichen Übereinkommens verpflichtet ist. Man mag ein solches „Übereinkommen“ schon im EU-Rahmenbeschluss erblicken,⁸⁰ jedenfalls ergibt sich eine solche Verfolgungspflicht auch bzgl. der Auslandstaaten nicht auslieferungsfähiger Deutscher (und zwar unabhängig von der Strafbarkeit am Tatort) nach Ratifikation des Europaratsübereinkommens.⁸¹

III. Anpassung von § 299 StGB

Nach den bisherigen Ausführungen ist jedenfalls an einer Anpassung der Unrechtsvereinbarung von § 299 StGB nicht vorbeizukommen. Das Bundesjustizministerium hatte daher noch unter der Großen Koalition einen Umsetzungsentwurf vorgelegt⁸², nach welchem § 299 StGB in beiden Absätzen um eine weitere Alternative ergänzt werden sollte. Neben der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb sollte danach auch eine Verletzung von „Pflichten gegenüber dem Unternehmen“ Gegenstand der Unrechtsvereinbarung sein können, wobei beide Alternativen einen Zusammenhang zum Bezug von Waren und (jetzt) *Dienstleistungen* aufweisen mussten.⁸³ Der Entwurf ist im Gesetzgebungsverfahren und darüber hinaus ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen.⁸⁴ Die Kritik hat sich dabei in erster Linie am Merkmal der „Pflichtverletzung“ und der Ausgestaltung des Tatbestandes als „kleine Untreue“ nach Vorbild des sog. Geschäftsherrenmodells, das den Schutz des Unternehmens

⁷³ Art. 7 Abs. 1 Buchst. a, b Rahmenbeschluss; Art. 17 Abs. 1 Buchst. a, b Europaratsübereinkommen; Art. 42 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 2 Buchst. b UN-Konvention.

⁷⁴ Art. 17 Abs. 4 Europaratsübereinkommen enthält einen allgemeinen Vorbehalt zu Gunsten anderer Anknüpfungspunkte; Art. 42 Abs. 2 Buchst. a, d UN-Konvention nimmt auf das Realprinzip Bezug.

⁷⁵ Art. 7 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. Abs. 2 Rahmenbeschluss.

⁷⁶ Art. 7 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Rahmenbeschluss; Art. 17 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Europaratsübereinkommen; Art. 42 Abs. 2 Buchst. b i.V.m. Art. 4 UN-Konvention.

⁷⁷ Art. 7 Abs. 3 Rahmenbeschluss; Art. 17 Abs. 3 Europaratsübereinkommen; Art. 44 Abs. 11 UN-Konvention.

⁷⁸ Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 130 ff.

⁷⁹ Ausf. zu den fraglichen Konstellationen *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 145 ff.

⁸⁰ So *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 6 Rn. 19; a.A. *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2011, Bd. 1, § 6 Rn. 19.

⁸¹ Ausf. *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 147 ff.

⁸² BT-Drs. 16/6558 vom 4.10.2007 = BR-Drs. 548/07 vom 10.8.2007.

⁸³ Ausführliche Darstellung des Entwurfs mit Synopse bei *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 178 ff. m. zahlr. w. N.

⁸⁴ Zuletzt *Krack*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), *Recht-Wirtschaft-Strafe – Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 377 ff.; *Schünemann*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, S. 509 ff.; umfassende weitere Nachweise bei *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 177 m. Fn. 745 ff.

vor seinen bestechlichen Agenten als ratio des Straftatbestandes ansieht, entzündet. Bemängelt wurden in diesem Zusammenhang insbesondere eine Pönalisierung bloßer zivilrechtlicher Vertragsverletzungen, die Unbestimmtheit und Weite des Merkmals der Pflichtverletzung und die Herbeiführung von Wertungswidersprüchen zu § 266 StGB.⁸⁵ Das Gesetzgebungsverfahren wurde jedoch bis zum Ablauf der vergangenen Legislaturperiode nicht zu Ende geführt und gilt folglich wegen des Grundsatzes der Diskontinuität (vorerst) als erledigt. An den unions- und völkerrechtlichen Bindungen ändern diese innenpolitischen Umstände freilich nichts, so dass der Umsetzungsdruck auf der Bundesrepublik zukünftig – insbesondere nach dem neuen Evaluationsbericht der EU-Kommission – eher noch zunehmen wird. Als erwägenswerte Alternative zum stark am Wortlaut der internationalen Vorgaben orientierten, untreueähnlichen Umsetzungsvorschlag des Bundesjustizministeriums bietet sich aber ein wettbewerbsbezogener Ansatz an, der weniger den Schutz des Geschäftsherrn vor Pflichtverletzungen seiner Angestellten und Beauftragten als vielmehr die Gewährleistung lauterer Geschäftsgebarens in den Vordergrund stellt. So könnte ein neuer § 299 (Abs. 1) StGB etwa folgendermaßen formuliert werden:

„Wer als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens im in- oder ausländischen geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er durch rechtserhebliches Verhalten einem anderen in unlauterer Weise eine Begünstigung verschaffe, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“⁸⁶

Die Vorteile eines solchen Tatbestandes liegen auf der Hand: Er würde anders als der Regierungsentwurf nicht zwei nur schwer zu vereinbarende Regelungsmodelle in einem Tatbestand kombinieren, sondern führte zu einer sachlich und sprachlich⁸⁷ einheitlichen Regelung. Mit der (von den internationalen Vorgaben freilich nicht zwingend geforderten) Begrenzung auf ein Handeln „ohne Zustimmung des [Geschäftsherren-] Unternehmens“ wäre zudem die umstrittene, aus teleologischen und wertungssystematischen Gründen aber vorzugswürdige⁸⁸ Strafflosigkeit sog. „entschleierter Schmiergelder“ im Gesetz klargestellt. Auch würde der Tatbestand mit der Begünstigung durch ein rechtserhebliches Verhalten den sozialen Sinn der Bestechungshandlung treffend beschreiben, denn der Geber leistet den Vorteil nicht um einer Pflichtverletzung willen, sondern um selbst eine Besserstellung zu erlangen.

Vornherein vor Kritik gefeit ist freilich auch die hier vorgeschlagene Umsetzungslösung nicht. Von konservativer Seite mag eine gegenüber der bisherigen Tatbestandsfassung nicht unerhebliche Ausweitung der Strafbarkeit bemängelt werden – eine Kritik, die angesichts der unions- und völkerrechtlichen Bindungen freilich reichlich spät kommt. Andererseits fällt eine *im Wortlaut* erhebliche Diskrepanz zu den Modelltatbeständen auf. Demgegenüber ist jedoch nachdrücklich festzuhalten, dass der hier gemachte Umsetzungsvorschlag in der Sache durchaus in der Lage ist, den internationalen Vorgaben Genüge zu tun. Denn mit der Aufgabe der Erfordernisse einer Wettbewerbssituation und eines Bezugsvorgangs werden letztlich die nach den internationalen neu zu kriminalisierenden Bestechungskonstellationen⁸⁹ im (allein relevanten) Ergebnis strafbar gestellt, während sich gleichzeitig die angestrebte Begünstigung angesichts der fehlenden Zustimmung des Geschäftsherrenunternehmens auch regelmäßig als Pflichtverletzung im Sinne der internationalen Vorgaben darstellen wird.⁹⁰

IV. Fazit

Die Unrechtsvereinbarung des § 299 StGB unterscheidet sich deutlich von der der internationalen Tatbestandsvorgaben, an die das deutsche Recht früher oder später anzupassen sein wird. Was die genaue Implementation der Modelltatbestände in das deutsche Straf-

⁸⁵ Wohl zuerst *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 ff.; *ausf. Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 193 ff.

⁸⁶ Umfassend zu diesem Vorschlag *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 271 ff.; die dortige Begrenzung auf Bestechungshandlungen beim „Bezug von Waren und Dienstleistung“ ist zwar sachlich vorzugswürdig, angesichts der unter II. 2. c) angestellten Überlegungen aber auf Unionsebene wohl nicht durchzusetzen.

⁸⁷ Die Aufnahme des „ausländischen geschäftlichen Verkehrs“ in den ersten Absatz ermöglicht zudem die ersatzlose Streichung des dritten Absatzes.

⁸⁸ Dazu zuletzt *Erb*, in: *Geisler/Kretschmer/Schneider* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 97 ff.

⁸⁹ *Ausf. zu den fraglichen Konstellationen Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 113 ff.

⁹⁰ *Vgl. Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 281 f.

recht angeht, so bietet sich als Alternative zur bisher erwogenen Ergänzung des § 299 StGB um ein Pflichtverletzungselement an, in Fortführung der bisherigen Rechtslage weiterhin den Schutz des fairen Wettbewerbs in den Vordergrund zu stellen und das Verschaffen einer Begünstigung im geschäftlichen Verkehr zum Gegenstand der Unrechtsvereinbarung zu machen. Eine solche Lösung könnte auf internationaler Ebene jedenfalls eher auf Akzeptanz hoffen als das bisher weithin favorisierte Ignorieren der unions- und völkerrechtlichen Bindungen Deutschlands. Soweit auch das deutsche Strafanwendungsrecht den internationalen Vorgaben bisher nicht vollumfänglich genügt, können die fraglichen Konstellationen zumindest nach Ratifikation des Europaratsübereinkommens über § 6 Nr. 9 StGB erfasst werden.

Einführung und Schulung

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln

Grundzüge des Arbeitsstrafrechts (I)

I. Einleitung

Das Arbeitsstrafrecht hat eine rasante Entwicklung in den vergangenen Jahren genommen. Diese lässt sich festmachen anhand der stetigen Einführung neuer bzw. der Verschärfung bestehender Tatbestände, des Auf- und Ausbaus eines spezifischen Ermittlungsapparates – im Bereich der illegalen Beschäftigung insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – sowie nicht zuletzt der zunehmenden Beachtung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Strafrechtswissenschaft.

Zunehmende Ahndung und Verfolgung der einschlägigen Straf- und Bußgeldtatbestände, aber auch der Ausbau und die Verschärfung der teils sehr einschneidenden rechtlichen und faktischen Nebenfolgen stellen an Verteidiger und Berater in diesem Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts¹ erhebliche Anforderungen: Eine wahre Flut an einschlägigen Normen, die ihrerseits oftmals auf diverse genuin arbeits-, sozialversicherungs- oder auch verwaltungsrechtliche Bestimmungen verweisen, kennzeichnen die Materie. In komplexeren Fällen führt oft kaum ein Weg an einer interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen arbeits- und strafrechtlichem Berater bzw. Verteidiger vorbei. Gleichwohl ist für eine sachgerechte Bearbeitung naturgemäß ein Grundverständnis der jeweils „anderen“ Materie erforderlich.

Das Arbeitsstrafrecht kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Auch wenn das neuere Schrifttum² das Arbeitsstrafrecht wieder an das Tageslicht geholt hat, so liegen seine Wurzeln im 19. Jahrhundert;³ bereits in der Weimarer Republik gab es zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen zum Arbeitsstrafrecht, unter anderem von *Max Alsberg*.⁴

Die Bedeutung des Arbeitsstrafrechts lässt sich beispielhaft an folgenden Daten illustrieren: Im Jahre 2011 sollen nach einer Studie des Instituts für Angewandte Wirtschaftsforschung (IAW) EUR 344 Milliarden im Bereich der „Schattenwirtschaft“ umgesetzt worden sein.⁵ Bei den Unfallversicherern der gewerblichen Wirtschaft wie der öffentlichen Hand wurden für 2010 über 950.000 Arbeitsunfälle registriert.⁶ Für 2008 meldete die deutsche Rentenversi-

¹ Vgl. *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, 510, 511.

² Vgl. die Darstellungen bei *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2008; *Gercke/Kraft/Richter*, Arbeitsstrafrecht – Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement, 2012; *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008; vgl. ferner die Monographie von *Hahn*, Arbeitsstrafrecht, 1992.

³ Vgl. hierzu: *Gercke* in: *Gercke/Kraft/Richter*, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 16 ff.

⁴ *Alsberg*, Arbeits- und Finanzstrafrecht, 1931.

⁵ Pressemitteilung des IAW vom 24.01.2012 (abrufbar unter: www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemitteilung).

⁶ Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften und Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand 2010 (unter www.dugv.de), S. 17.

cherung rund 195.000 Verdachtsfälle hinsichtlich des Verstoßes gegen sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten.⁷

Hierauf hat auch der „spezifische arbeitsstrafrechtliche Ermittlungsapparat“ (vgl. IV.) reagiert: Im Jahre 2011 wurden allein von den Zollbehörden 524.015 sog. Personenbefragungen an den jeweiligen Arbeitsstellen durchgeführt; 67.680 Arbeitgeber wurden überprüft. Es kam allein im Bereich der illegalen Beschäftigung als einem wesentlichen Teilbereich des Arbeitsstrafrechts zur Einleitung von 109.166 strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und weiteren 59.218 Bußgeldverfahren.⁸

Auch wenn die illegale Beschäftigung zumindest vorübergehend nach neueren Prognosen im Trend zurückgehen soll,⁹ besteht diesbezüglich nach wie vor enormer anwaltlicher Beratungs- und Verteidigungsbedarf, zumal der Verfolgungsdruck – insbesondere der Zoll- und Finanzbehörden – keinesfalls nachlässt.

II. Begriff des Arbeitsstrafrechts

Es existieren unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung des Begriffs „Arbeitsstrafrecht“.¹⁰ Herrschend und auch überzeugend ist letztlich eine Begriffsbestimmung anhand materieller Kriterien: Danach fallen unter den Begriff des Arbeitsstrafrechts nur Delikte, die einen norm-spezifischen Bezug zum Arbeitsverhältnis selbst haben, also insbesondere auf die jeweilige Rolle als Arbeitgeber und Arbeitnehmer abstellen.¹¹

Von dieser Definition werden neben dem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) insbesondere die Delikte rund um die „illegale Beschäftigung“, ferner Tatbestände zum Zweck des sozialen Arbeits- bzw. Arbeitnehmerschutzes, weiterhin solche in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz sowie Tatbestände zum Schutz der Betriebsverfassungsorgane erfasst. Eine zunehmende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auch dem strafbewehrten Arbeitnehmerdatenschutz zu.

Erfasst werden vom Begriff des Arbeitsstrafrechts auch die diversen einschlägigen Bußgeldtatbestände, denen insoweit erhebliche Bedeutung zukommt.¹² Es liegt insoweit eine „funktionale Vergleichbarkeit von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht“¹³ vor, die eine stringente Trennung kaum möglich macht, zumal in diversen Gesetzen der Grundtatbestand als Ordnungswidrigkeit konzipiert ist, während die Qualifikation als Straftatbestand ausgestaltet ist. Jedenfalls für das Unternehmen selbst und seine Verantwortlichen werden insbesondere über die §§ 30, 130 OWiG die teilweise erheblichen (finanziellen) Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts in der Praxis oftmals ähnlich gravierend wie eine (Kriminal-) Strafe wahrgenommen.¹⁴

III. Normadressaten

Auch wenn entsprechend der unterschiedlichen Ausrichtung der Tatbestände die einzelnen Rechtsgüter differieren, ist doch kennzeichnend für die meisten Delikte, dass sie sich an den Arbeitgeber (bzw. den „Unternehmer“, den Ver- oder Entleiher etc.) als Normadressaten richten. Arbeitsstrafrecht ist daher vor allem Arbeitgeberstrafrecht.¹⁵

1) Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbegriff

Das Strafrecht kennt keinen eigenständigen Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerbegriff. Regelmäßig ist hier auf die jeweiligen Bezugsnormen zurückzugreifen, zumal die Delikte ins-

⁷ BT-Drucks. 16/13768, S. 17 ff.

⁸ Jahresstatistik der Bundeszollverwaltung 2011, S. 18.

⁹ Vgl. Pressemitteilung des IAW vom 24.01.2012, (abrufbar unter: www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemittteilung).

¹⁰ Ausführlich zur terminologischen Entwicklung vgl. Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 5 ff.

¹¹ So auch: Rixen in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 1 Rn. 1, 12; Achenbach in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 1 Rn. 2; Rieble in: Rieble/Giesen/Junker, Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, S. 17, 21 ff.; aA Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Rn. 17, nach denen „sämtliche Delikte, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz stehen“, dem Arbeitsstrafrecht zuzuordnen sein sollen.

¹² So auch Rixen in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 1 Rn. 4.

¹³ Schönemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 7 f.

¹⁴ Vgl. auch Gercke wistra 2012, 291, 292.

¹⁵ Achenbach in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 1 Rn. 1; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht – Besonderer Teil, 2. Aufl., 2008, Rn. 534; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., 2011, Rn. 1.

besondere aus dem Bereich der illegalen Beschäftigung oder dem sozialen Arbeitsschutz akzessorische Normen bzgl. der jeweiligen einschlägigen arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Verhaltensgebote sind. Von besonderer Bedeutung sind daher die Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerbegriffe im arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Sinne.¹⁶

a) Arbeitsrechtlicher Arbeitgeberbegriff

Für den Außenstehenden *prima facie* überraschend kennt auch das Arbeitsrecht keine entsprechende Legaldefinition des Arbeitgeberbegriffs. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und das einschlägige Schrifttum haben insoweit eigenständig einen solchen entwickelt. Maßgeblich ist hierbei der Arbeitsvertrag: Das BAG und ihm folgend die herrschende Lehre sieht denjenigen als Arbeitgeber an, der mit einem Arbeitnehmer¹⁷ einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, aus dem er einerseits die Arbeitsleistung verlangen kann und andererseits zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist.¹⁸

Neben diesem Definitionsansatz, der auf den Arbeitsvertrag abstellt, kann sich die Arbeitgeberstellung aus gesetzlicher Anordnung bzw. Fiktion ergeben. Wichtigstes Beispiel und für das Arbeitsstrafrecht von höchster Relevanz ist die Fiktion des § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG, wonach die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Verleiher und Leiharbeiter dazu führt, dass der Entleiher kraft Gesetzes als Arbeitgeber gilt. Dass sich hieraus erhebliche, auch strafrechtliche Konsequenzen, insbesondere im Hinblick auf § 266a StGB ergeben, soll an geeigneter Stelle vertieft werden.¹⁹

Der Begriff des Arbeitnehmers im arbeitsrechtlichen Sinne, der wie dargelegt letztlich auch für die Bestimmung des Arbeitgebers (mit-)entscheidend ist, ist umstritten: Weitgehend Einigkeit besteht dahingehend, dass es insoweit nicht auf die Parteibezeichnungen im Arbeitsvertrag ankommt, sondern vielmehr auf den tatsächlichen Inhalt des Verhältnisses;²⁰ entscheidend ist insoweit die Leistung unselbständiger und fremdbestimmter Arbeit bzw. die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.²¹

Für die Bestimmung dieser für die Beurteilung maßgeblichen Abhängigkeit hat das BAG in ständiger Rechtsprechung folgende Kriterien entwickelt:²²

- Eingliederung in fremde betriebliche Organisationsbereiche
- Persönliche Leistung oder Einsatz Dritter
- Weisungsgebundenheit (Ort, Dauer, Zeit, und Art der Tätigkeit)
- Überwachung sowie Verhaltens- und Ordnungsregeln
- Verteilung des unternehmerischen Risikos
- Art der Vergütung

Keinem Kriterium kommt für sich genommen ausschlaggebende Bedeutung zu; es handelt sich insoweit lediglich um Indizien. Entscheidend ist folglich eine Gesamtschau.²³

b) Arbeitgeber und Arbeitnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinne

Für das Sozialversicherungsrecht ist ungeachtet vertraglicher Formulierungen das Beschäftigungsverhältnis entscheidend. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV stellt insoweit klar, dass Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht nicht deckungsgleich sind („Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“).

¹⁶ Auf eine Darstellung „sonstiger Beschäftigter“, etwa arbeitnehmerähnlicher Beschäftigter, freier Mitarbeiter oder geringfügig Beschäftigter soll angesichts des begrenzten Raums an dieser Stelle verzichtet werden; es wird insoweit auf die ausführliche Darstellung von Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 84 ff. verwiesen.

¹⁷ Vgl. hierzu sogleich unter III.2.

¹⁸ BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB (st. Rspr.); Preis in: Dieterich u.a. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 611 Rn. 183, m. w. Nachw.; zu Relativierungen dieser Begriffsbestimmung in Teilbereichen vgl. Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 33 f.

¹⁹ Vgl. V. 1); ausführlich zur Fiktion der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG und den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen: Kraft in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 587 ff.

²⁰ Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 57, m. w. N.

²¹ BAGE 93, 310, 315; BAG NZW-RR 2007, 424, 425.

²² BAG NJW 1984, 1985; 1993, 86; NZA 2002, 142; vgl. auch Ignor/Rixen in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 2 Rn. 18.

²³ BVerfG NJW 1996, 2644.

nis.“). Allerdings folgt hieraus jedenfalls, dass zumindest bei jedem Arbeitsverhältnis auch ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, da es sich bei ersterem um einen Unterfall von letzterem handelt.

Das BSG stellt letztlich – ähnlich wie das BAG (s.o.) – im Rahmen einer wertenden Gesamtschau auf die persönliche Abhängigkeit ab und bemüht insoweit ähnliche Kriterien wie das BAG, insbesondere auch die Frage der Eingliederung in den Betrieb sowie die Frage des Weisungsrechts bzgl. Dauer, Zeit, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit.²⁴ Insoweit sind arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Arbeitnehmer- und demnach *vice versa* auch Arbeitgeberbegriff jedenfalls für entgeltliche Beschäftigung in der Praxis weitgehend deckungsgleich.²⁵

c) Arbeitgeber und Arbeitnehmer im steuerrechtlichen Sinne

Auch wenn der Begriff des Arbeitgebers für das Steuerrecht, insbesondere für das Lohnsteuerabzugsverfahren von erheblicher Relevanz ist (vgl. §§ 38, 39 – 41c, 42b, 42d, 42e, 42f EStG) und das Steuerrecht bekanntlich grundsätzlich nicht mit Reglementierungen und Begriffsbestimmungen geizt, existiert weder im EStG noch in der LStDV eine Legaldefinition des Arbeitgeberbegriffs. In § 1 Abs. 2 S. 1 LStDV werden lediglich die öffentliche Körperschaft, der Unternehmer und der Haushaltsvorstand als Beispiele möglicher Arbeitgeber genannt. Allerdings findet sich in § 1 Abs. 1 S. 1 LStDV eine Legaldefinition des Arbeitnehmers. Hieraus wird in der Rechtsprechung des BFH gefolgert, dass Arbeitgeber im steuerrechtlichen Sinne „*derjenige ist, dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schuldet, unter dessen Leitung er tätig wird oder dessen Weisungen er zu folgen hat*“.²⁶ Auch insoweit kommt den Kriterien der Weisungsgebundenheit und der organisatorischen Eingliederung maßgebliche Bedeutung zu.²⁷ Darüber hinaus misst der BFH dem Kriterium des Unternehmerrisikos besondere Bedeutung bei.²⁸ Mit Blick auf die Eigenständigkeit des steuerlichen Arbeitgeberbegriffs entfaltet die Qualifizierung als Arbeitgeber nach arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben trotz ähnlicher Ansätze zur Begriffsbestimmung allerdings keine Bindungs-, sondern nur Indizwirkung.²⁹

2) Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB bzw. § 9 OWiG)

Bei einer Vielzahl arbeitsstrafrechtlicher Tatbestände handelt es sich um Sonderdelikte, die nur von einem bestimmten Personenkreis, regelmäßig dem Arbeitgeber bzw. dem „Unternehmer“ oder dem Ver- oder Entleiher i.S.d. AÜG begangen werden können. Nur in den selteneren Fällen ist der Arbeitgeber, Unternehmer etc. in der modernen Arbeitswelt aber eine natürliche Person; die meisten Arbeitnehmer sind vielmehr bei Unternehmen beschäftigt, die juristische Personen sind. Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze der Organ- und Vertreterhaftung nach § 14 StGB bzw. § 9 OWiG, wobei insbesondere der Rechtsfigur des faktischen Organs in der Praxis eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt.³⁰ § 14 StGB und § 9 OWiG sowie erst recht die Grundsätze zur Annahme einer faktischen Organstellung führen insoweit zu einer Ausweitung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung: Durch sie werden Personen zu tauglichen Tätern, denen an sich ein täterschaftsbegründendes persönliches Merkmal fehlt.³¹

IV. Zuständige Behörden

Die Praxis des Arbeitsstrafrechts ist durch einen eigenen „spezifischen Ermittlungsapparat“ gekennzeichnet:

²⁴ BSGE 87, 53, 55; näher hierzu *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 36 ff.

²⁵ *Ignor/Rixen* in: *Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht, § 2 Rn. 26.

²⁶ BFH BB 1995, 1172, 1173.

²⁷ BFHE 129, 565; 126, 311.

²⁸ BFH DB 1999, 1044, 1045.

²⁹ BFH DB 1999, 1044, 1046; zu Einzelfällen, in denen trotz Indizwirkung aufgrund der Besonderheiten des Steuerrechts eine abweichende Behandlung ggü. dem Arbeits- und/oder Sozialversicherungsrecht erforderlich wird, vgl. *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 45 ff.

³⁰ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen von *Lenger/Apfel*, WiJ 2012, 34, 35 f.; ausführlich hierzu: *Gercke* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 137 ff.

³¹ *Venn* in: *Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht, § 11 Rn. 1.

Neben der Staatsanwaltschaft (und den Polizeibehörden) ist im Bereich des Arbeitsstrafrechts eine Vielzahl weiterer Behörden sowohl zur Durchführung von Ermittlungen als auch zur Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten berufen.

1) Zuständige Behörden im Bereich der illegalen Beschäftigung

a) Behörden der Zollverwaltung, insbesondere FKS

Im Bereich der Bekämpfung der illegalen Beschäftigung liegt die Federführung seit dem 01.01.2004 bei der „**Finanzkontrolle Schwarzarbeit**“ (FKS),³² einer beim Zoll angesiedelten Behörde der Bundesfinanzverwaltung mit polizeilichen Befugnissen. Die zentrale Facheinheit der FKS ist seit 2008 bei der Bundesfinanzdirektion West in Köln angesiedelt.³³ Bei 43 Hauptzollämtern werden täglich etwa 6.500 Mitarbeiter im Bereich der Bekämpfung illegaler Beschäftigung eingesetzt.³⁴

Zentrale Zuständigkeitsnorm ist § 2 SchwarzArbG, welche den Behörden der Zollverwaltung weitgehende – auch anlass- und verdachtsunabhängige³⁵ – Prüfaufgaben zuweist, wie z.B. die Kontrolle der Erfüllung sozialversicherungsrechtlicher Meldepflichten, der Rechtmäßigkeit des Bezugs sozialer Leistungen oder des Vorliegens erforderlicher Genehmigungen und Aufenthaltstitel für die Aufnahme einer Beschäftigung. Zur Erfüllung ihrer Prüfungsaufgaben stehen den Zollbehörden weitreichende Kontrollbefugnisse zu, welche u.a. Betretungsrechte und die Befugnis zur Überprüfung von Personen sowie zur Prüfung von Geschäftunterlagen umfassen (§§ 3, 4 SchwarzArbG). § 5 SchwarzArbG statuiert entsprechende Duldungs- und Mitwirkungspflichten der Betroffenen. Wenn sich ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit ergibt, ist die Prüfung nach § 2 SchwarzArbG umgehend abzubrechen und in ein Ermittlungsverfahren überzuleiten.³⁶

§ 14 Abs. 1 SchwarzArbG verpflichtet und ermächtigt die Zollbehörden zur Verfolgung derjenigen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die in engem Zusammenhang mit den Prüfgegenständen des § 2 Abs. 1 SchwarzArbG stehen; die Norm verleiht den Zollämtern weitreichende Ermittlungsbefugnisse, die denen der Polizeibehörden nach StPO und OWiG entsprechen.³⁷

b) Sonstige zuständige Behörden

Im Bereich der Bekämpfung illegaler Beschäftigung besteht eine weitreichende Pflicht zur Zusammenarbeit unterschiedlicher Behörden.³⁸ § 2 Abs. 2 SchwarzArbG beinhaltet einen Katalog sog. Zusammenarbeitsbehörden, welche die Behörden der Zollverwaltung generell und permanent zu unterstützen haben.³⁹ Hierzu zählen u.a. die Finanzbehörden – die insbesondere in Fällen der Beitragsvorenthaltung und der illegalen Beschäftigung wegen der auch steuerrechtlichen Implikation häufig eine tragende Rolle neben der FKS einnehmen –, die Bundesagentur für Arbeit, die Träger der Sozialversicherung etc. Darüber hinaus sind zudem etwa die Einwohnermeldeämter, Gewerbeämter und die Sozialkasse der Bauwirtschaft zu nennen, welche im Rahmen der Bekämpfung illegaler Beschäftigung mit der FKS kooperieren.⁴⁰ §§ 6, 13 SchwarzArbG treffen Regelungen zu wechselseitigen Informationspflichten und zur Zusammenarbeit der Behörden mit der Zollverwaltung.

Neben dem Prüfverfahren nach § 2 SchwarzArbG sowie straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Ermittlungsverfahren existiert zudem ein gesondertes Betriebsprü-

³² Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I 2003, 2484; vgl. hierzu auch: *Venn* in: *Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht*, § 11 Rn. 1; *Thiele, Kriminalistik* 2004, 178 ff.

³³ Elfter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung v. 03.07.2009, BT-Drucks. 16/13768, S. 14.

³⁴ Vgl. die Darstellung zur „Schwarzarbeitsbekämpfung“ auf www.zoll.de [Aug. 2012].

³⁵ *Lechner* in: *Bayerische Verwaltungsschule* (Hrsg.), *Schwarzarbeit*, 4. Aufl. 2007, S. 37; krit. hierzu *Berwanger* in: *Fehn* (Hrsg.), *SchwarzArbG*, 2006, § 2 Rn. 15.

³⁶ *Wamers* in: *Fehn, SchwarzArbG*, § 14 Rn. 21; *Boxleitner* in: *Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl. 2007, Kap. 17 Rn. 15; es gelten dann die Beschuldigten- und Zeugenrechte der StPO bzw. des OWiG, vgl. näher hierzu *Gercke/Kraft* in: *Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht*, 1. Kap. Rn. 210 ff.

³⁷ *Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht*, Rn. 500; *Gercke* in: *Böttger* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, 2011, Kap. 11 Rn. 18.

³⁸ *Harder* in: *Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftsstrafrecht*, Kap. 20 Rn. 19.

³⁹ *Berwanger* in: *Fehn, SchwarzArbG*, § 2 Rn. 35.

⁴⁰ *Möhenschlager, wistra* 2010 Reg XXVI.

fungsverfahren der Rentenversicherungsträger zur Überwachung der Einhaltung der Meldepflichten zur Sozialversicherung (§ 28p SGB IV).

2) Zuständige Behörden im Bereich des Arbeitsschutzes

Der Bereich des Arbeitsschutzes in Deutschland ist geprägt durch ein „duales System“: Während das staatliche Arbeitsschutzrecht (Gesamtheit aller staatlich erlassenen Arbeitsschutznormen) von den staatlichen Arbeitsschutzbehörden überwacht wird, obliegt die Wahrnehmung des Unfallverhütungsrechts als autonomes Satzungsrecht den Unfallversicherungsträgern.⁴¹

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales als oberste staatliche Arbeitsschutzbehörde wird auf Bundesebene durch die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) beraten und unterstützt.⁴² In den verschiedenen Bundesländern tragen die nach Landesrecht zuständigen obersten Arbeitsschutzbehörden unterhalb der Ebene des jeweils zuständigen Landesministeriums unterschiedliche Bezeichnungen.⁴³ Gemäß § 22 Abs. 1 ArbSchG (bzw. § 139b GewO) stehen diesen Behörden zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben u.a. Betretungs- und Prüfungsrechte sowie die Befugnis zur Anordnung von Schutzmaßnahmen zu.

Die Beratung und Überwachung der Durchführung von Maßnahmen zur Verhinderung von Arbeitsunfällen obliegt gemäß § 17 SGB VII den Unfallversicherungsträgern (gewerbliche und landwirtschaftliche Berufsgenossenschaften sowie Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand). § 19 Abs. 2 SGB VII sieht hierzu einen Katalog von Betretungs-, Auskunfts-, Einsichts- und Prüfungsrechten vor. Neben der Kooperation mit den staatlichen Arbeitsschutzbehörden und den Betriebs- oder Personalräten (vgl. § 20 SGB VII) erfolgt bei der Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten gemäß § 211 SGB VII u.a. auch eine Zusammenarbeit mit den Zollbehörden, der Bundesagentur für Arbeit, den Krankenkassen und den Finanzbehörden.⁴⁴

V. Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, § 266a StGB

Von besonders hoher praktischer Relevanz ist die Strafvorschrift des § 266a StGB, da aufgrund der wenigen objektiven Tatbestandsvoraussetzungen ein Tatnachweis für die Strafverfolgungsbehörden vergleichsweise einfach zu führen ist.⁴⁵ Neben dem gesetzlichen Strafrahmen, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (sechs Monate bis zehn Jahre in besonders schweren Fällen) oder Geldstrafe vorsieht, drohen im Fall einer Verurteilung nach § 266a StGB eine Reihe weiterer empfindlicher Konsequenzen, wie etwa der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen (§ 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SchwarzArbG), die Eintragung in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 4 GewO) und ggf. in ein sog. Korruptionsregister sowie ein Berufsverbot gemäß § 70 StGB.⁴⁶

1) Schutzrichtung der Norm und Täterkreis

Geschütztes Rechtsgut von § 266a Abs. 1, 2 StGB sind die Vermögensinteressen der Sozialversicherungsträger und die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung insgesamt.⁴⁷ Diese Normen dienen dagegen nicht dem Schutz der Vermögensinteressen einzelner Arbeitnehmer, sind somit auch keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Beschäftigten,⁴⁸ eine rechtfertigende Einwilligung des Arbeitnehmers kommt mithin auch weder im

⁴¹ Doms, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für den Arbeitsschutz im Betrieb, 2006, S. 28; zur Zusammenarbeit im Rahmen der gemeinsamen Arbeitsschutzstrategie siehe § 20a ArbSchG.

⁴² Vgl. baua Aktuell1/09 S. 7 ff., unter www.baua.de.

⁴³ Z.B. Landesamt für Arbeitsschutz (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern), Arbeitsschutzverwaltung bei der Bezirksregierung (Nordrhein-Westfalen); vgl. Adressenliste der staatl. Arbeitsschutzbehörden (Stand Januar 2012), unter www.baua.de.

⁴⁴ Greeve in: Volk, MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 27 Rn. 208.

⁴⁵ Eine Aufweichung der Anforderungen an tatrichterliche Feststellungen erfolgte durch BGH NSTz 2011, 161; anders noch BGH wistra 2006, 425, 426; OLG Düsseldorf StV 2009, 193 f.; vgl. näher zu den Anforderungen an tatrichterliche Feststellungen Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 121 ff.

⁴⁶ Näher hierzu Gercke, wistra 2012, 291, 292 ff.

⁴⁷ Vgl. BT-Drucks. 10/5058 S. 31; BVerfG NJW 2003, 961; BGH wistra 2005, 339.

⁴⁸ Ganz h.M., vgl. BGH wistra 2005, 458; OLG Köln NSTz-RR 2003, 212; OLG Hamm NJW-RR 1999, 915; OLG Celle NJW 1992, 190; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 266a Rn. 2 m.w.N.

Falle des Abs. 1 noch des Abs. 2 in Betracht.⁴⁹ § 266a Abs. 3 StGB dient hingegen ausschließlich dem Schutz der Vermögensinteressen der Arbeitnehmer.⁵⁰

Täter des § 266a StGB kann nur der Arbeitgeber oder eine ihm gleichgestellte Person sein, es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt.⁵¹ Grund hierfür ist, dass (allein) der Arbeitgeber für die Zahlung sowie die ordnungsgemäße Anmeldung und Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verantwortlich ist (§§ 249 Abs. 1 SGB V, § 58 SGB XI, § 346 Abs. 1 SGB III, 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV), ebenso wie für die Berechnung und die erforderlichen Erklärungen (§ 28 f Abs. 3 SGB IV).⁵² Damit sind dem Arbeitgeber nicht nur erhebliche Mitwirkungspflichten auferlegt, sondern auch Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet, denen strafrechtlich entgegen gewirkt werden soll.⁵³

Maßgeblich ist allein die Anstellung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer,⁵⁴ für die Tätertauglichkeit ist es daher grundsätzlich irrelevant, ob der Arbeitgeber Gewinn erzielt oder dies beabsichtigt.⁵⁵ Auf das Bestehen eines wirksamen Arbeitsvertrages kommt es nicht an, es genügt auch ein faktisches Arbeitsverhältnis.⁵⁶ Arbeitgeber kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein; im letzteren Fall richtet sich die Haftung nach § 14 StGB (siehe hierzu oben, III. 2.). Nicht Arbeitgeber im Sinne der Norm ist im Falle der zulässigen Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher, (strafrechtlich) verantwortlich für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bleibt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG der Verleiher.⁵⁷ Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung wird die Arbeitgeberstellung des Entleihers gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert, so dass er Täter i.S.d. § 266a StGB sein kann. Daneben gilt nach § 10 Abs. 3 S. 2 AÜG auch der Verleiher als Arbeitgeber, wenn und soweit er die Entlohnung der Leiharbeitnehmer vornimmt.⁵⁸ Schließlich werden bestimmte Personen, die eine arbeitgeberähnliche Stellung einnehmen, durch die Regelung des § 266a Abs. 5 StGB dem Arbeitgeber gleichgestellt.

2) Die objektiven Straftatbestände des § 266a StGB

a) § 266a Abs. 1 StGB

Gemäß § 266a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (inkl. Arbeitsförderung) vorenthält.

Voraussetzung der Strafbarkeit ist zunächst das Vorliegen eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses in Deutschland, welches kraft Gesetzes mit der Aufnahme einer nichtselbständigen Arbeit (§ 7 Abs. 1 SGB IV) zustande kommt (vgl. §§ 22 SGB IV, 186 Abs. 1 SGB V). Die Beitragspflicht zur Sozialversicherung muss in Deutschland bestehen; stellt ein ausländischer Sozialversicherungsträger eine sog. A1-Bescheinigung (früher: E-101) aus, so ist nach § 5 Abs. 1 SGB IV das deutsche Sozialversicherungsrecht – und damit auch § 266a StGB – unanwendbar.⁵⁹ Die Beitragspflicht des Arbeitgebers richtet sich nach den allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften. Von § 266a Abs. 1 StGB werden allein die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung erfasst, die Teil des Bruttolohns sind. Keine Sozialversicherungspflicht im Sinne von § 266a Abs. 1 StGB besteht im Falle der selbständigen Beschäftigung, eines geringfügig entlohnten Ausbildungsverhältnisses sowie eines freiwilligen sozialen Jahres (vgl. § 20 Abs. 3 SGB IV).⁶⁰ Das gleiche gilt grundsätzlich⁶¹ im Fall der geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV).⁶² Die Höhe der Beiträge hängt von den einschlägigen Normen der Sozialgesetzbücher in Verbindung mit den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkasse ab; maßgebliche Bezugsgröße ist grundsätzlich das vereinbarte Bruttoentgelt, welches auf der Grundlage von § 14 SGB IV zu

⁴⁹ Vgl. LG Fürth NJW 1988, 1857; *Bente* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 2 Rn. 44.

⁵⁰ LAG Düsseldorf ZIP 2005, 90; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266a Rn. 2.

⁵¹ *Fischer*, StGB, § 266a Rn. 3.

⁵² *Greeve* in: Volk, MAH Wirtschafts- u. Steuerstrafsachen, § 27 Rn. 162.

⁵³ *Gercke/Leimenstoll*, HRRS 2009, 442 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. zur Abgrenzung zur Selbständigkeit LG Cottbus, Urt. v. 04.01.2011 – 22 KLs 39/09.

⁵⁵ BVerfG NJW 2003, 961.

⁵⁶ BGH wistra 2012, 28; BGH wistra 2010, 29; *Köhler* in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 7 Rn. 223.

⁵⁷ *Krekeler/Werner*, Unternehmer und Strafrecht, 2006, Rn. 909.

⁵⁸ BGH NStZ 2001, 599.

⁵⁹ BGHSt 51, 124; ausführlich hierzu *Gercke* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 28 ff.

⁶⁰ *Gercke/Leimenstoll*, HRRS 2009, 442, 445 m.w.N.

⁶¹ Anders bei Verzicht des Arbeitnehmers auf die Versicherungsfreiheit gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 SGB VI.

⁶² BGH StV 1993, 364; *Radtke* in: MüKo-StGB, 4. Band, 2006, § 266a Rn. 23.

berechnen ist.⁶³ Im Falle der (rechtlich zulässigen) Nettolohnabrede wie auch bei (rechtswidriger) Schwarzlohnabrede – eine solche steht der Entstehung eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses nicht entgegen (vgl. §§ 7, 22 SGB IV) – ist das gem. § 14 Abs. 2 SGB IV aus dem ausgezahlten Nettobetrag hochzurechnende Bruttogehalt als Beitragsbemessungsgrundlage heranzuziehen.⁶⁴

Ein tatbestandliches Vorenthalten liegt vor bei Unterlassen der Zahlung der Beiträge spätestens am Fälligkeitstag (grds. drittletzter Bankarbeitstag des laufenden Monats); ein darüber hinausgehendes Unrechtselement ist nicht erforderlich.⁶⁵ Eine Stundung des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers schiebt die Fälligkeit ebenso auf wie eine (vorhergehende) Stundung durch die Einziehungsstelle.⁶⁶ Eine bloße stillschweigende Duldung der nicht fristgerechten Zahlung oder eine erst im Nachhinein vereinbarte Stundung heben die bereits eingetretene Strafbarkeit hingegen nicht auf.⁶⁷ Auch eine verspätete Zahlung wird sich regelmäßig nur noch als Schadenswiedergutmachung bei der Strafzumessung mildernd auswirken.⁶⁸ Die Strafbarkeit setzt nicht voraus, dass eine (zumindest teilweise) Lohnauszahlung an die Arbeitnehmer erfolgt.⁶⁹ Auch die (nur) teilweise Nichtbezahlung fälliger Beiträge ist tatbestandsmäßig;⁷⁰ Teilzahlungen sind allerdings auch ohne ausdrückliche Bestimmung derart zu berücksichtigen, dass eine Strafbarkeit so weitgehend wie möglich ausgeschlossen wird.⁷¹

Als echtes Unterlassungsdelikt setzt § 266a Abs. 1 StGB für den Arbeitgeber die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung voraus.⁷² Bei Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Fälligkeit kann es daran fehlen.⁷³ Da Sozialversicherungsbeiträge vorrangig zu entrichten sind, führen Überschuldung oder nur partielle Zahlungsunfähigkeit allerdings nicht zwingend zum Tatbestandsausschluss, sondern erst bei finanziellem Unvermögen des Arbeitgebers hinsichtlich der konkret benötigten Mittel zur Abführung nur der Arbeitnehmeranteile.⁷⁴ Auch bei tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt ist jedoch eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB dann nicht ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber es im Vorfeld bei Anzeichen von Liquiditätsproblemen pflichtwidrig und vorwerfbar unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen,⁷⁵ insbesondere wenn er andere Gläubiger inkongruent befriedigt oder Gelder beiseite geschafft hat.⁷⁶ Umstritten ist, ob der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein (auf die Strafbewehrung des § 266a StGB zurückzuführender) absoluter Vorrang vor anderen Verbindlichkeiten zukommt.⁷⁷ Nach wenig überzeugender, gleichwohl aber herrschender Auffassung ist eine Strafbarkeit nach § 266a StGB auch dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber vor Fälligkeit der Beiträge Gelder anderweitig verwendet und Ansprüche anderer Gläubiger (kongruent) befriedigt, und so (sehenden Auges) seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.⁷⁸ Auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung soll allerdings während des Laufs der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist eine Ausnahme von diesem grundsätzlichen Vorrang gelten.⁷⁹ Nach allgemeinen Grundsätzen entfällt die Straf-

⁶³ Wiedner in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 266a Rn. 30.

⁶⁴ BGHSt 30, 265, 266; BGH wistra 2011, 344; BGH wistra 2009, 107.

⁶⁵ Fischer, StGB, § 266a Rn. 11.

⁶⁶ Bittmann in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 21 Rn. 67.

⁶⁷ Köhler in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 7 Rn. 235.

⁶⁸ OLG Dresden GmbHR 1997, 647.

⁶⁹ Fischer, StGB, § 266a Rn. 12 m.w.N.; Saliger in: SSW-StGB, 2009, § 266a Rn. 15.

⁷⁰ Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 9.

⁷¹ Vgl. hierzu BGH NSTz 1990, 588; BayObLG NSTz-RR 1999, 142; Saliger in: SSW-StGB, § 266a Rn. 16; Wegner, wistra 2000, 35 ff.; a.A. BGH(Z) NJW 1998, 1485.

⁷² BGHSt 47, 318, 320; BGH NJW 1997, 134; Esser in: AnwK-StGB, 2011, § 266a Rn. 63.

⁷³ BGHSt 47, 318, 320; BGHZ 134, 304, 307; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 39.

⁷⁴ BGH wistra 1997, 64; OLG Köln wistra 1997, 231.

⁷⁵ Vgl. BGH NJW 2002, 1123, 1125; OLG Köln wistra 1997, 231; Esser in: AnwK-StGB, § 266a Rn. 64 ff.; Wittig in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2010, § 266a Rn. 17; Wegner, wistra 1998, 283, 290 f. (Ausschluss der Berufung auf die Unmöglichkeit).

⁷⁶ Fischer, StGB, § 266a Rn. 15a; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 10 m.w.N.

⁷⁷ Ausführlich hierzu Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 54 ff. sowie Ischebeck, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i.S.v. § 266a StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, 2009.

⁷⁸ BGHSt 46, 318; BGH NJW 1997, 1237; OLG Celle wistra 1996, 115, Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 10; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 39; Bittmann, wistra 1999, 441, 449; Rönna, wistra 1997, 13, 16; Wegner, wistra 1998, 289.

⁷⁹ BGHSt 48, 307; Fischer, StGB, § 266a Rn. 17; Bittmann, wistra 2004, 327 ff.

barkeit schließlich, wenn dem Arbeitgeber die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge – beispielsweise bei Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter – nicht zumutbar ist.⁸⁰

b) § 266a Abs. 2 StGB

§ 266a Abs. 2 StGB sanktioniert das Nichtabführen von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung. Erfasst werden auch solche Beiträge, die vom Arbeitgeber allein zu tragen sind (z.B. die Unfallversicherung nach § 150 Abs. 1 SGB VII),⁸¹ nicht aber Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung geringfügig Beschäftigter in Privathaushalten.⁸² Neben der Nichtabführung der Beiträge setzt der Tatbestand auch eine Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Erklärungspflichten voraus,⁸³ welche zudem in ursächlichem Zusammenhang zum Vorenthalten der Beiträge stehen muss.⁸⁴ Anders als im Anwendungsbereich des Abs. 1 besteht kein Vorrang der Beitragsabführung gegenüber anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten.⁸⁵

§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst das Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung, wenn dieses darauf beruht, dass der Arbeitgeber gegenüber der zuständigen Einzugsstelle unrichtige oder unvollständige Angaben über Tatsachen macht, die Einfluss auf Grund und/oder Höhe der Sozialversicherungsbeiträge haben können.⁸⁶ § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist beim Unterlassen verbindlich vorgeschriebener Angaben gegenüber den Sozialversicherungsträgern einschlägig, welches auch im Falle nicht rechtzeitiger Übermittlung mitteilungspflichtiger Tatsachen vorliegen kann;⁸⁷ eine Täuschung oder Irrtumserregung bei der Einzugsstelle ist nicht erforderlich.⁸⁸

c) § 266a Abs. 3 StGB

§ 266a Abs. 3 StGB stellt das Nichtabführen von (nicht von Abs. 1 erfassten) Lohnbestandteilen unter Strafe, die der Arbeitgeber – bei tatsächlicher Auszahlung des (entsprechend gekürzten) Arbeitsentgelts⁸⁹ – einbehalten und entgegen einer (auch vertraglichen) Verpflichtung nicht an einen Dritten abgeführt hat (z.B. Pfändungen, vermögenswirksame Leistungen, Beiträge zu Versicherungen etc.).⁹⁰ Der Tatbestand setzt weiterhin voraus, dass dem betroffenen Arbeitnehmer das Unterlassen der jeweiligen Zahlung verheimlicht wird;⁹¹ mithin reicht eine (auch formlose) Unterrichtung des Arbeitnehmers unverzüglich nach Fälligkeit aus, um die Verwirklichung des Tatbestands zu vermeiden.⁹²

3) Subjektiver Tatbestand/Irrtümer

In subjektiver Hinsicht setzt § 266a (Abs. 1-3) StGB zumindest bedingten Vorsatz voraus, welcher naturgemäß sämtliche (vorgenannten) Merkmale des objektiven Tatbestands (ggf. einschließlich der Anzeichen von Liquiditätsproblemen im Vorfeld) umfassen muss.⁹³ Auch in Fällen der zulässigen Delegation der Beitragsabführung, in denen den Geschäftsführer (nur) eine Überwachungspflicht trifft, muss dieser mithin Vorsatz hinsichtlich der Nichtabführung der Beiträge haben.⁹⁴ Versucht der Arbeitgeber zumindest – wenn auch erfolglos –, die Beiträge abzuführen, so fehlt es dann am Vorsatz, wenn er dabei auf den Zahlungserfolg vertraut hat.⁹⁵ Bei irriger Annahme einer Unmöglichkeit der Beitragsabführung oder einer (vermeintlichen) Stundung liegt ebenso ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor wie im Fall der Unkenntnis eines Beschäftigungsverhältnisses oder des Fälligkeitszeitpunk-

⁸⁰ Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 10; Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 447.

⁸¹ Fischer, StGB, § 266a Rn. 19.

⁸² BT-Drucks. 15/2573, S. 28; insoweit kann aber eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 111 SGB V, 209 SGB VII in Betracht kommen.

⁸³ Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 51; es werden so auch betrugsähnliche Konstellationen unter Strafe gestellt, in denen mangels konkreter diesbezüglicher (Fehl-)Vorstellungen seitens der Sozialversicherungsträger eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB regelmäßig nicht in Betracht kommt.

⁸⁴ Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 447.

⁸⁵ Rönnau/Kirch-Heim, wistra 2005, 321, 326.

⁸⁶ Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 922.

⁸⁷ BT-Drucks. 15/2573, S. 28; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 266a Rn. 12.

⁸⁸ Fischer, StGB, § 266a Rn. 21a.

⁸⁹ Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 57.

⁹⁰ Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 13.

⁹¹ Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 926.

⁹² Fischer, StGB, § 266a Rn. 22b.

⁹³ BGH NJW 1992, 177, 178; Bente in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 2 Rn. 41.

⁹⁴ Pananis in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 6 Rn. 14.

⁹⁵ Vgl. BGH NJW 1992, 177, 179 zur versuchten Zahlung mit einem später nicht eingelösten Scheck.

tes.⁹⁶ Die Einholung eines (fehlerhaften) Rechtsrats bei einer nicht offensichtlich unzuständigen Behörde kann die Schuld des Betroffenen entfallen lassen;⁹⁷ ein Irrtum über das Vorliegen (und den Umfang) der Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge oder die Eigenschaft als Arbeitgeber⁹⁸ stellt bei Kenntnis aller pflichtbegründenden Umstände nur einen – in der Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum dar.⁹⁹

4) Besonders schwere Fälle, § 266a Abs. 4 StGB

§ 266a Abs. 4 S. 2 StGB enthält einen – nicht abschließenden – Katalog von Regelbeispielen, dem (nur) eine indizielle Wirkung zukommt.¹⁰⁰ Er beinhaltet als benannte besonders schwere Fälle das Vorenthalten von Beiträgen großen Ausmaßes aus grobem Eigennutz (Nr. 1),¹⁰¹ die fortgesetzte Beitragsvorenthaltung unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege (Nr. 2) sowie das Ausnutzen der Mithilfe eines Amtsträgers, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht (Nr. 3). Auf eine Aufnahme des Strafschärfungsgrundes der Gewerbsmäßigkeit – welche dem Tatbestand des § 266a StGB grundsätzlich immanent ist – hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet; die Annahme eines – auch unbenannten – besonders schweren Falles gemäß § 266a Abs. 4 StGB kommt insoweit daher regelmäßig nicht in Betracht.¹⁰²

5) Strafbefreiende Selbstanzeige, § 266a Abs. 6 StGB

In § 266a Abs. 6 StGB hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige vorgesehen. Umstritten ist, ob diese Regelung trotz des eng gefassten Wortlauts großzügig auszulegen ist, um der gesetzgeberischen Intention und dem Gedanken der Unrechts- und Schuldinderung Rechnung zu tragen,¹⁰³ oder ob dies wegen der vom Gesetzgeber bewusst aufgenommenen Unterschiede zu § 371 AO abzulehnen ist.¹⁰⁴

Gemäß § 266a Abs. 6 S. 1 StGB kann das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Strafe absehen, wenn sich der Arbeitgeber der Einzugsstelle durch schriftliche Mitteilung rechtzeitig¹⁰⁵ und vollständig offenbart. Erforderlich ist eine Angabe zur Höhe der abzuführenden Beiträge sowie eine nachvollziehbare Begründung dafür, dass der Arbeitgeber trotz ernsthafter Bemühungen zur fristgerechten Beitragszahlung nicht in der Lage ist.¹⁰⁶ Nach § 266a Abs. 6 S. 2 StGB tritt – zwingend – Straffreiheit ein, wenn die ausstehenden Beiträge innerhalb einer dem Arbeitgeber von der Einzugsstelle gesetzten Frist bezahlt werden, und eine ordnungsgemäße schriftliche Mitteilung an die Einzugsstelle im Sinne des S. 1 vorliegt.¹⁰⁷

6) Konkurrenzen

Das Verhältnis von § 266a Abs. 1 zum (Beitrags-)Betrug war lange Zeit umstritten.¹⁰⁸ Inzwischen ist es aber unstrittig, dass § 266a StGB als *lex specialis* Vorrang gegenüber § 263 StGB hat; dies gilt sowohl für Fälle des § 266a Abs. 2 StGB als auch für Fälle des Abs. 1.¹⁰⁹ Allenfalls dort, wo der Schutzbereich des Betrugs weiter gefasst ist, verbleiben mögliche Anwendungsfälle.¹¹⁰ Einen solchen hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung bereits angedeutet: Wird eine durch Täuschung erschlichene A1-Bescheinigung (s.o.), die während ihres Vorliegens Pflichten i.S.d. § 266a StGB nicht entstehen lässt und eine Verfolgung nach deut-

⁹⁶ Fischer, StGB, § 266a Rn. 23.

⁹⁷ BGH NStZ 2000, 364 f.

⁹⁸ Vgl. hierzu BGH wistra 2010, 29, 30.

⁹⁹ BGHZ 133, 370, 381; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 61; Bente in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 2 Rn. 46; a.A. Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 17, wonach sich der Vorsatz auch auf die Rechtspflicht selbst beziehen soll.

¹⁰⁰ Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 72; Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 448.

¹⁰¹ Das Merkmal des großen Ausmaßes ist im Einzelnen sehr umstritten, vgl. näher hierzu Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 84.

¹⁰² BGH wistra 2007, 307; Steinberg, wistra 2009, 55, 57.

¹⁰³ Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 78; Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Rn. 200; Joecks, wistra 2004, 441, 443.

¹⁰⁴ Fischer, StGB, § 266a Rn. 30 ff.; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 21; Laitenberger, NJW 2004, 2703 ff.

¹⁰⁵ Vgl. näher hierzu die Darstellung bei Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 450.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 10/318 S. 31; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 24.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 10/318 S. 30; BGH wistra 1990, 353.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 102 ff.

¹⁰⁹ BT-Drucks. 14/2573, S. 32; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 84.

¹¹⁰ Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 937.

schem Recht grundsätzlich ausschließt, wieder zurückgenommen, so kommt eine Strafverfolgung wegen Betruges zu Lasten deutscher Sozialversicherungsträger in Betracht.¹¹¹

Zur Steuerhinterziehung steht § 266a StGB in Tatmehrheit,¹¹² ebenso zu Ordnungswidrigkeiten nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III bzw. Straftaten nach §§ 10, 11 SchwarzArbG¹¹³ sowie Ordnungswidrigkeiten nach § 23 AEntG.¹¹⁴ Mit Bankrottstraftaten kann je nach Umständen Tateinheit (z.B. Beiseiteschaffen von Vermögenswerten zugleich als schuldhaftes Vorverhalten im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB, s.o.) oder Tatmehrheit gegeben sein.¹¹⁵

VI. Illegale Beschäftigung

Bei illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit handelt es sich um eine Form der Wirtschaftskriminalität, durch welche dem Gemeinwesen ein erheblicher Schaden zugefügt wird; diese Delikte werden mit zunehmender Vehemenz verfolgt und mit empfindlichen Sanktionen belegt.¹¹⁶

1) Illegale Ausländerbeschäftigung und -erwerbstätigkeit nach § 404 SGB III

Aus dem Ordnungswidrigkeitenkatalog des § 404 SGB III (insges. 28 einzelne OWI-Tatbestände) kommt den Regelungen des Abs. 2 Nr. 3 und 4 sowie des Abs. 1 für den Bereich der illegalen Beschäftigung besondere Bedeutung zu.

a) Illegale Beschäftigung eines Arbeitnehmers (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III)

§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sanktioniert die Beschäftigung von Ausländern ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung bei (Neu-)EU-Bürgern bzw. ohne Aufenthaltstitel bei Nicht-EU-Bürgern; die Norm gilt als Grundtatbestand der illegalen Beschäftigung.¹¹⁷

Voraussetzung ist zunächst die Beschäftigung (unselbständige Arbeit) eines Ausländers; aufgrund der Fiktion der Arbeitgeberstellung des Entleihers nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG kann eine solche auch in den Fällen unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Gemäß § 4 Abs. 3 AufenthG unterliegt die Erwerbstätigkeit von Ausländern grundsätzlich einer Genehmigungspflicht; dies gilt nicht für freizügigkeitsberechtigte Staatsangehörige der Europäischen Union – mit Einschränkungen für neu beigetretene Staaten (§ 284 Abs. 1 SGB III) – und des Europäischen Wirtschaftsraums sowie im Falle von Freizügigkeitsabkommen.¹¹⁸ Sofern ein wirksamer Aufenthaltstitel bzw. eine wirksame Arbeitsgenehmigung vorliegt, ist zu prüfen, ob sich die ausgeübte Beschäftigung im Rahmen der erteilten Genehmigung hält.¹¹⁹

Der Tatbestand der illegalen Ausländerbeschäftigung kann sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig verwirklicht werden. Aufgrund der häufig gegebenen Beweisschwierigkeiten wird in der Praxis regelmäßig auf die fahrlässige Tatbestandsverwirklichung zurückgegriffen, wobei die Rechtsprechung hier ein hohes Maß an Prüfpflichten für den Arbeitgeber anlegt.¹²⁰

b) Illegale Ausübung einer Beschäftigung (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III)

Die Regelung des § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III stellt gewissermaßen das „Spiegelbild“ zur illegalen Beschäftigung eines Arbeitnehmers dar. Die Norm richtet sich an den Arbeitnehmer, der eine Beschäftigung ohne Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III bzw. ohne Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 AufenthG ausübt.

¹¹¹ Vgl. BGH wistra 2007, 65, 68.

¹¹² BGH StV 2006, 14.

¹¹³ OLG Stuttgart NStZ 1982, 514; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 28.

¹¹⁴ BGH PStR 2012, 137.

¹¹⁵ Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 67.

¹¹⁶ Kraft/Adamski, NZBau 2011, 321.

¹¹⁷ Mosbacher in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 4 Rn. 32.

¹¹⁸ Näher zum Prüfungskomplex betreffend Notwendigkeit, Erteilung, Wirksamkeit, Erlöschen und Beschränkung einer Arbeitserlaubnis etc. Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 148 ff.

¹¹⁹ Vgl. hierzu Mosbacher in: Ignor/Rixen Arbeitsstrafrecht, § 4 Rn. 63.

¹²⁰ Vgl. etwa BayObLG wistra 2000, 317.

c) Mittelbare illegale Beschäftigung eines Arbeitnehmers (§ 404 Abs. 1 SGB III)

Gemäß § 404 Abs. 1 SGB III haftet auch der (Haupt-)Unternehmer, welcher Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang von einem Subunternehmer (Abs. 1 Nr. 1) bzw. einem Sub-Subunternehmer (Abs. 1 Nr. 2) ausführen lässt.¹²¹ Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber wirtschaftliche Vorteile des Betreffenden durch die Auftragsvergabe an Subunternehmer verhindern, die nur wegen der illegalen Ausländerbeschäftigung günstige Angebote machen können.¹²² Dieser Regelung kommt gerade in der Baubranche, in welcher der Einsatz von Subunternehmen üblich ist, große Bedeutung zu.

Der Tatbestand kann vorsätzlich und fahrlässig verwirklicht werden. Insbesondere mit Blick auf die empfindliche Bebußung (bis EUR 500.000,00) empfiehlt sich für den Hauptunternehmer gerade bei Großaufträgen, bei denen er sich mehrerer Subunternehmer bedient, eine sorgfältige Überwachung. Besondere Prüfpflichten treffen den Hauptunternehmer allerdings grundsätzlich nur bei verdachtsbegründenden Anhaltspunkten, die Anforderung dürfen insoweit nicht überspannt werden.¹²³

2) Illegale Beauftragung und Erwerbstätigkeit eines Ausländers nach § 98 Abs. 2a und Abs. 3 Nr. 1 AufenthG

§ 98a Abs. 2a AufenthG sanktioniert die vorsätzliche oder fahrlässige illegale Beauftragung eines Ausländers mit einer nachhaltigen entgeltlichen Dienst- oder Werkleistung, die dieser auf Gewinnerzielung ausgerichtet ausübt.¹²⁴ Durch das Kriterium der Nachhaltigkeit hat der Gesetzgeber nur gelegentliche Hilfeleistungen, reine Gefälligkeiten gegen kein bzw. nur geringes Entgelt, Nachbarschaftshilfe und ähnliche Gelegenheitssituationen vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen.¹²⁵ Auf Seiten des beauftragten Ausländers ist Gewinnerzielungsabsicht erforderlich; auf eine tatsächliche Entlohnung kommt es hingegen nicht an.¹²⁶ Angesichts von Beweisschwierigkeiten wird auch bei § 98 Abs. 2a AufenthG in der Praxis regelmäßig auf eine fahrlässige Nichtkenntnis der fehlenden Erlaubnis abgestellt.

„Spiegelbildlich“ zu dieser Regelung sanktioniert § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG die illegale Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit (eines Ausländers) ebenfalls als Ordnungswidrigkeit.

3) Tatbestände nach dem SchwarzArbG

Das SchwarzArbG in seiner aktuellen Fassung, als ein Element des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung verabschiedet, ist zum 01.08.2004 in Kraft getreten.¹²⁷ In § 1 Abs. 2 SchwarzArbG ist erstmals der Begriff der Schwarzarbeit als das Erbringen oder die Inanspruchnahme von Dienst- oder Werkleistungen unter Missachtung steuerrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Pflichten legal definiert.¹²⁸

a) Ordnungswidrigkeiten nach § 8 SchwarzArbG

§ 8 SchwarzArbG sanktioniert den Verstoß gegen gesetzliche Mitteilungspflichten zu Sozialleistungen (Abs. 1 Nr. Buchst. 1 a - c) und gewerbe- bzw. handwerksrechtliche Vorgaben (Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d und e), die Beauftragung eines anderen mit der Erbringung von Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen diese Regelungen (Abs. 1 Nr. 2) und den Verstoß gegen die Pflicht zur Mitwirkung bei Kontrollen, zur Vorlage von Dokumenten und zur Übermittlung von Daten (Abs. 2) als Ordnungswidrigkeiten.¹²⁹ Die Norm nimmt als zentral im SchwarzArbG verankerte Bußgeldvorschrift in den einzelnen Tatbeständen des Abs. 1 Nr. 1 jeweils Bezug auf den Regelungsgehalt originär sozial-, gewerbe- oder handwerksrechtli-

¹²¹ Näher zu den Begriffen der „Werk- und Dienstleistungen“ sowie des „erheblichen Umfangs“ siehe die Darstellung bei Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, Kap. 2 Rn. 204 ff.

¹²² BT-Drucks. 12/7563, S. 7 ff.

¹²³ So auch *Amb* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 189. Aufl. 2012 (Loseblatt), § 404 SGB III Rn. 6d.

¹²⁴ Zur Genehmigungspflicht der Erwerbstätigkeit eines Ausländers s. o. die Ausführungen zu § 404 SGB III.

¹²⁵ BT-Drucks. 16/5065, S. 159.

¹²⁶ *Mosbacher* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 4 Rn. 155.

¹²⁷ BGBl. I 2004, 1842

¹²⁸ BT-Drucks. 15/3497; *Joecks*, wistra 2004, 441, 442; *Kossens*, BB-Special 2/2004, 2 f.

¹²⁹ Ausführlich zu den Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände Gercke in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 11 Rn. 68 ff.

cher Vorschriften aus unterschiedlichen Gesetzen. Während die Tatbestände in Abs. 1 Vorsatz erfordern, reicht für die Begehung einer Ordnungswidrigkeit nach Abs. 2 eine fahrlässige Begehungsweise aus.

b) Erschleichen von Sozialleistungen in Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkverträgen (§ 9 SchwarzArbG)

Nach § 9 SchwarzArbG werden Verstöße gegen Mitteilungspflichten zu Sozialleistungen nach § 8 Abs.1 Nr. 1 Buchst. a - c SchwarzArbG dann als Vergehen geahndet, wenn der Betreffende infolge des Verstoßes gegen die Mitteilungspflichten tatsächlich entsprechende Leistungen nach dem SGB oder dem Asylbewerbergesetz¹³⁰ zu Unrecht bezieht. Die Erregung eines Irrtums ist nicht Voraussetzung des Tatbestandes.¹³¹ In subjektiver Hinsicht genügt Eventualvorsatz; bei bloßer Fahrlässigkeit verbleibt es bei einer Ordnungswidrigkeit.

c) Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel (§ 10 SchwarzArbG)

Die illegale Beschäftigung von Ausländern zu ungünstigen Arbeitsbedingungen wird nach § 10 Abs. 1 SchwarzArbG als Vergehen geahndet, der die Vorschrift des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III (s.o.) zu einem Straftatbestand erweitert.

Täter kann nur ein Arbeitgeber sein. Die (illegale) Beschäftigung des Ausländers muss zu Bedingungen erfolgen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer stehen, was anhand einer Gesamtbetrachtung zu überprüfen ist. Eine Strafbarkeit setzt Vorsatz hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale – insbesondere auch ein Bewusstsein der erheblich besseren Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer – voraus.¹³²

Die Regelbeispiele der Gewerbsmäßigkeit sowie des groben Eigennutzes begründen gemäß § 10 Abs. 2 einen besonders schweren Fall, der einen erhöhten Strafrahmen von 6 Monaten bis 5 Jahren nach sich zieht.

d) Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel in größerem Umfang (§ 11 SchwarzArbG)

aa) Illegale Beschäftigung/Beauftragung von Ausländern in größerem Umfang (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG)

Die Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG stellt als Erweiterung zu § 404 Abs. 2 Nr. 3 und 4 SGB III sowie § 98a Abs. 2a, Abs. 3 Nr. 1 AufenthG die vorsätzliche illegale Beschäftigung oder Beauftragung einer Mehrzahl von Ausländern unter Strafe. Täter kann auch hier nur der Arbeitgeber bzw. nur der Auftraggeber sein. Tathandlung ist die gleichzeitige Beschäftigung von mindestens sechs Ausländern ohne Aufenthaltstitel bzw. ohne Arbeitsgenehmigung, ferner die Beauftragung der gleichen Anzahl illegaler Ausländer mit nachhaltigen entgeltlichen, in Gewinnerzielungsabsicht erbrachten Dienst- oder Werkleistungen.¹³³

bb) Beharrliche Wiederholung der illegalen Beschäftigung/Beauftragung von Ausländern (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. 2 a u. c SchwarzArbG)

Die Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sowie des § 98 Abs. 2a AufenthG werden im Falle vorsätzlich begangener beharrlicher Verstöße durch § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und c SchwarzArbG zu Straftatbeständen qualifiziert. Beharrlichkeit setzt als täterbezogenes Merkmal eine besondere Hartnäckigkeit voraus, in der eine gesteigerte Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck kommt und die eine Gefahr weiterer Verstöße indiziert.¹³⁴

¹³⁰ Leistungerschleichung nach anderen Gesetzen wird hingegen nicht erfasst, vgl. *Fehn* in: *Fehn*, SchwarzArbG, §§ 8, 9 Rn. 29.

¹³¹ Vgl. *Fehn* in: *Fehn*, SchwarzArbG, §§ 8, 9 Rn. 30; liegt ein Irrtum vor, ist die Vorschrift subsidiär zu § 263 StGB.

¹³² *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, Rn. 461.

¹³³ *Mosbacher* in: *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, § 4 Rn. 153.

¹³⁴ BGH GewArch 1992, 179 ff.

cc) Beharrliche Wiederholung der vorsätzlichen illegalen Erwerbstätigkeit eines Ausländers (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. 2 b u. d SchwarzArbG)

§ 11 Abs. 1 Nr. Buchst. 2 b und d SchwarzArbG stellen die beharrliche Wiederholung der vorsätzlichen unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit eines Ausländers ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel unter Strafe und richten sich damit wie die zugrundeliegenden Ordnungswidrigkeitstatbestände § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III bzw. § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG an den beschäftigten Arbeitnehmer bzw. Auftragnehmer.

dd) Qualifikation, § 11 Abs. 2 SchwarzArbG

Handelt der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 oder 2 Buchst. a oder Buchst. c aus grobem Eigennutz, erhöht sich der Strafraum gemäß der echten Qualifikation des § 11 Abs. 2 SchwarzArbG auf eine Obergrenze von bis zu drei Jahren.¹³⁵

[Beitrag wird fortgesetzt]

¹³⁵ Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 774.

Internationales

Länderbericht Österreich

Rechtsanwältin Mag. Kathrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, RAA Mag. Julian Korisek MBA, LL.M., RAA Mag. Anna Katharina Radschek, cand. iur. Katharina Biowski, alle Wien

Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

Die Frage der Bestellung von Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren hat im Schrifttum seit Inkrafttreten des österreichischen Strafprozessreformgesetzes, in jüngster Vergangenheit auch in der österreichischen Tagespresse für Diskussionen gesorgt.¹ Auch im Rahmen des 10. Österreichischen StrafverteidigerInnentages am 23./24.03.2012 in Wien ist die Praxis der nahtlosen Übernahme der sachverständigen Person vom Ermittlungs- ins Hauptverfahren von den Vortragenden am Panel, Katrin Ehrbar, Thomas Kralik, Norbert Wess und Gerhard Ruhri, scharf kritisiert worden:

I. „Der Kampf um Sachverständigengutachten in Wirtschaftsstrafprozessen“ (Vortrag Katrin Ehrbar)

Der Begriff „Kampf“ ist gemessen an der gerichtlichen Praxis in Wirtschaftsstrafprozessen ein durchaus angemessener, gewinnt doch die Verteidigung nicht selten den Eindruck, das gerichtliche Sachverständigengutachten sei „in Stein gemeißelt“.

Bereits die Ausgangslage zu Beginn der Hauptverhandlung ist eine im Sinne des Art. 6 Abs. 1 und 3 Buchst. d EMRK durchaus bedenkliche: Gängige Praxis ist, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren Sachverständige beauftragt, deren Gutachten meist als Basis für die Anklageschrift dienen; fast immer werden dieselben Sachverständigengutachten sowie der Sachverständige selbst in der Hauptverhandlung als Beweis bzw. Beweismittel herangezogen. Und dies, obwohl die Staatsanwaltschaft ab Beginn des Hauptverfahrens Verfahrensbeteiligte ist und das Gericht eigentlich für Zwecke der Beweisaufnahme einen anderen oder zumindest einen zusätzlichen Sachverständigen bestellen müsste. Es gibt gute

¹ Die in diesem Artikel angeführten Rechtsnormen beziehen sich auf die österreichische Rechtsordnung, sofern im Einzelnen nicht ausdrücklich auf andere Rechtsordnungen verwiesen wird.

Gründe dafür, dass ein Richter nach § 43 Abs. 1 Ziff. 3 StPO vom Hauptverfahren ausgeschlossen ist, wenn er im Ermittlungsverfahren Beweise aufgenommen hat (§ 104 StPO), ein gegen den Beschuldigten gerichtetes Zwangsmittel bewilligt, über einen von ihm erhobenen Einspruch oder einen Antrag auf Einstellung entschieden oder an einer Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens oder an einem Urteil mitgewirkt hat, das infolge eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs aufgehoben wurde. Für einen Sachverständigen soll dies nicht gelten, obwohl er nicht nur bereits im Ermittlungsverfahren tätig war, sondern – sollten in der Hauptverhandlung Gutachtensmängel hervortreten – zudem Schadenersatzpflichtig wird.

Gemäß ständiger Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofes (in der Folge kurz: OGH) taugen Privatgutachten, auch von gerichtlich beeedeten Sachverständigen, nicht als Beweismittel. Nach der ständigen Rechtsprechung sind also die Gerichte nicht verpflichtet, Privatgutachten einer Würdigung zu unterziehen. Begründet wird das damit, dass nicht klar ist, ob und wie der Gutachter vom Verteidiger den vollständigen Sachverhalt mitgeteilt bekommen hat.

Zwar kann der Angeklagte nach § 249 Abs. 3 StPO in der Hauptverhandlung einen Privatsachverständigen zur Befragung eines bestellten Sachverständigen beiziehen, jedoch kann das die Beweiskraft eines schriftlichen Gegengutachtens nicht ersetzen.

Als Ausweg schlägt der OGH nun in seinem Tätigkeitsbericht vor, „die Bestellung von Sachverständigen und die Auftragserteilung an diese im Ermittlungsverfahren dem Gericht zu übertragen“. Dies würde eine Rückkehr zur alten Rechtslage bedeuten. Einer anderen geforderten Variante, einen neuen Gutachter für das Hauptverfahren zu bestellen, ist aus meiner Sicht ebenso nichts abzugewinnen. Abgesehen davon, dass sich die Gutachterkosten dadurch automatisch verdoppeln, würden sich gerade die schwierigen (Wirtschaftsstraf-) Verfahren zwangsläufig weiter in die Länge ziehen. Die Verteidigung sollte vielmehr verstärkt ihren eigenen Gutachter ins Verfahren einbringen können, konsequenterweise bereits im Ermittlungsverfahren, damit sich dieser kritisch mit der Arbeit des Staatsanwalts-/Gerichtsgutachters auseinandersetzen kann. Die von der Verteidigung beauftragten Gutachten sollten schon im Ermittlungsverfahren als Beweismittel zugelassen werden.

Bis zu einer Lösung dieses Dilemmas bleibt nur, einen kurzen Überblick über bereits jetzt zur Verfügung stehende Möglichkeiten der Verteidigung zu geben:

1) Rechte des Beschuldigten:

a) Informationsrecht

Der Beschuldigte ist vor Bestellung des Sachverständigen zu verständigen und hat das Recht, Einwände gegen die Wahl des Sachverständigen vorzubringen. Die Nichtverständigung ist die Verletzung eines subjektiven Informationsrechtes. Dennoch wird das in der Praxis immer wieder unterlassen und ist mit Einspruch gem. § 106 Abs. 1 Ziff. 1 StPO zu rügen, hat aber keine Nichtigkeitfolgen.

b) Antrag gem. § 55 Abs. 1 StPO

Der Beschuldigte kann im Rahmen eines Beweisantrages (§ 55 Abs. 1 StPO) die Bestellung eines Sachverständigen und die Erteilung eines Gutachtensauftrages beantragen. Folgt die Staatsanwaltschaft diesem Antrag nicht, so hat sie den Beschuldigten unter Anführung der Gründe vom Unterbleiben des Sachverständigenbeweises zu verständigen. Der Antragsteller kann die unterbliebene Beweisaufnahme als Rechtsverletzung mit Einspruch geltend machen, über den der Einzelrichter des Landesgerichts entscheidet. Der Einzelrichter kann der Staatsanwaltschaft die Beweisaufnahme auftragen.

c) Einwendungsrecht

Die Frist zur Erhebung von Einwänden gem. § 126 Abs. 3 letzter Satz StPO gilt nicht für Einwände wegen Befangenheit oder fehlender Qualifikation des Sachverständigen. Diese können auch später erhoben werden, stellen sie sich in der Praxis ja meist erst später heraus.

Für Sachverständige gelten die Befangenheitsgründe des § 47 Abs. 1 StPO sinngemäß. Soweit sie befangen sind oder ihre Sachkunde in Zweifel steht, sind sie von der Staatsanwaltschaft, im Falle einer Bestellung durch das Gericht von diesem, von Amtes wegen oder auf Grund von Einwänden (Abs. 3) ihres Amtes zu entheben, bei Vorliegen eines Befangenheitsgrundes gemäß § 47 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 StPO bei sonstiger Nichtigkeit. Im Hauptverfahren kann die Befangenheit eines Sachverständigen nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist.

In der Praxis häufig auftretendes Beispiel (vgl. OGH 26.11.1992, 15Os103/92): Hat der Masseverwalter als gesetzlicher Vertreter der Konkursmasse und Treuhänder der Massegläubiger, somit Interessenvertreter gegenüber Personen, die die Masse durch deliktische Handlung schädigten und denen gegenüber er allenfalls Schadenersatzforderungen in einem Adhäsionsverfahren geltend zu machen hat, womit er auch prozessual die Stellung eines Gegners dieses Angeklagten einnimmt, einen Buchsachverständigen als Hilfsorgan beigezogen, so sind Einwendungen gegen eine Bestellung eben desselben Sachverständigen im Strafverfahren als erheblich und damit berechtigt anzusehen, ohne dass es darüber hinaus noch der Dartuung spezieller, eine Befangenheit des Sachverständigen indizierender Gründe bedürfte. Ob sich der Sachverständige subjektiv befangen fühlt, ist angesichts der durch die Gesetzeslage bedingten potentiellen Interessenkollision nicht entscheidend.

d) Antrag gem. § 127 Abs. 3 S. 1 StPO

Nach Erstattung des Gutachtens kann kein Einwand wegen mangelnder Sachkunde gegen den Sachverständigen mehr erhoben werden, sondern nur mehr ein begründeter Antrag auf Heranziehung eines zweiten Sachverständigen (§ 127 Abs. 3 S. 1 StPO). Dieser Antrag ist damit zu begründen, dass der Befund mangelhaft oder das Gutachten widersprüchlich oder mangelhaft ist. Formalvoraussetzung für die Verfahrensrüge ist, dass das zur Mängelbehebung vorgesehene Verbesserungsverfahren erfolglos bleibt und der Antrag mit Beschluss abgelehnt wurde (§ 238 Abs. 1 StPO).

[OGH 08.04.2010, 12 Os 18/10d: Ein weiterer Sachverständiger ist im Strafverfahren nur beizuziehen, wenn das bereits vorliegende Gutachten mangelhaft im Sinne des § 127 Abs. 3 StPO ist und diese Bedenken durch nochmalige Befragung des bestellten Sachverständigen nicht behoben werden können. Ein aus § 345 Abs. 1 Ziff. 5 StPO garantiertes Überprüfungsrecht hinsichtlich eines bereits durchgeführten Sachverständigenbeweises hat der Beschwerdeführer demnach nur dann, wenn er in der Hauptverhandlung einen in § 127 Abs. 3 S. 1 StPO angeführten Mangel von Befund oder Gutachten aufzeigt und das dort beschriebene Verbesserungsverfahren erfolglos bleibt.² Siehe auch OGH 23.12.2010, 14 Os 143/09z: Eine auf mangelnde Sachkunde des Sachverständigen gegründete Einwendung gegen diesen ist nach Erstattung von Befund und Gutachten zufolge der Spezialregelung des § 127 Abs. 3 S. 1 StPO nicht mehr zulässig. Da spätestens mit der Abgabe des schriftlichen Gutachtens die Meinungsbildung erfolgt ist, liegt Befangenheit im Sinn des § 47 Abs. 1 Ziff. 3 StPO (iVm § 126 Abs. 4 StPO) in solchen Fällen nur vor, wenn die Annahme indiziert ist, der Sachverständige werde sein Gutachten auch dann nicht ändern, wenn die Beweisergebnisse dessen Unrichtigkeit aufzeigen.]

Sachverständigengebühren sind ein gewaltiger Kostenfaktor. In Strafverfahren werden die Sachverständigenkosten im Hinblick auf das Legalitätsprinzip und den Untersuchungsgrundsatz weitgehend durch den Staat getragen. Gem. § 381 Abs. 1 StPO umfassen die Kosten des Strafverfahrens, die von der zum Kostenersatz verpflichteten Partei zu ersetzen sind die Gebühren der Sachverständigen.

2) Kosten

Gem. § 25 Abs. 1a GebAG hat der Sachverständige das Gericht beziehungsweise die Staatsanwaltschaft rechtzeitig auf die voraussichtlich entstehende Gebührenhöhe hinzuweisen, wenn zu erwarten ist, dass die tatsächlich entstehende Gebühr EUR 4.000,00 übersteigen wird, wenn das Gericht beziehungsweise die Staatsanwaltschaft den oder die Sachverständige nicht anlässlich des Auftrags von dieser Verpflichtung befreit hat. Unterlässt der Sachverständige diesen Hinweis, so entfällt insoweit der Gebührenanspruch.

² Vgl. RIS-Justiz RS0117263; Ratz, WK-StPO § 281 Rz. 351.

Die Warnung hat der Sachverständige gegenüber dem Gericht auszusprechen. Die Warnung muss ausdrücklich (schriftlich, mündlich zu Protokoll, zumindest gerichtlicher Aktenvermerk) erfolgen und objektive, nachvollziehbare Angaben über den voraussichtlichen Kostenaufwand enthalten. Die eigene Kostenschätzung des Sachverständigen hat die Wirkung eines verbindlichen Kostenvoranschlages nach § 1170a Abs. 1 ABGB.

Die Warnpflicht des Sachverständigen verpflichtet nicht nur zu einer ersten Bekanntgabe der voraussichtlichen Kosten, sondern der Sachverständige muss auch warnen, wenn sich zeigt, dass er die voraussichtliche Gebühr zu gering geschätzt hat.³ Die Warnpflicht beinhaltet also eine laufende Verpflichtung.

Die Kosten für Privatgutachten sind von den Auftraggebern zu bezahlen. Nur wenn die Gutachteneinholung für die gerichtliche Rechtsverfolgung notwendig und zweckmäßig war, besteht die Möglichkeit, diese Kosten auch im Verfahren geltend zu machen.

Auch der Revisor kann eine Befangenheit des Sachverständigen geltend machen. Damit entfällt der Gebührenanspruch des Sachverständigen (vgl. auch JSt 1/2012 S. 16ff von Katrin Ehrbar).

3) Kein Recht auf Vertagung der Hauptverhandlung zur Beiziehung eines Privatsachverständigen

Im Sinne des § 249 Abs. 2 StPO ist es zulässig, einen Sachverständigen bei seiner Befragung mit wissenschaftlich fundierten Lehrmeinungen zu konfrontieren, aus denen Zweifel an von ihm gezogenen Schlüssen entstehen sollen. Dazu kann der Verteidiger die Hilfe eines sogenannten Privatsachverständigen ("Person mit besonderen Fachwissen") in Anspruch nehmen, dem es nicht verwehrt werden darf, neben dem Verteidiger Platz zu nehmen, ohne allerdings selbst das Fragerecht ausüben zu dürfen (§ 249 Abs. 3 StPO).

Der Sachverständige hat diese Fragen zu beantworten. Sieht er sich hierzu nicht sofort in der Lage, ist die Hauptverhandlung zu unterbrechen oder zu vertagen. Umgekehrt kann man aber nicht eine Hauptverhandlung vertagen lassen, nur weil man sich nicht auf die Hauptverhandlung unter Beiziehung eines Privatsachverständigen vorbereitet hat.

Dem Angeklagten kommt kein Recht auf Vertagung der Hauptverhandlung zur Beiziehung einer Person mit besonderem Fachwissen zu, wenn er rechtzeitig von der Aufnahme des Sachverständigenbeweises Kenntnis hatte.

In der Entscheidung vom 30.08.2011, 14 Os 59/11z beschäftigte sich der OGH unter anderem mit der Problematik, wonach der Verteidiger in der Hauptverhandlung unmittelbar nach Gutachtenerstattung durch den Sachverständigen beantragt hatte, "der Verteidigung ausreichend Zeit zu geben zur Sichtung der beantworteten Fragen des Sachverständigen, da diese erst jetzt schriftlich ausgeteilt werden", und solcherart die Vertagung der Hauptverhandlung gar nicht deutlich und bestimmt verlangte.

Laut OGH kommt dem Angeklagten kein Recht auf Vertagung der Hauptverhandlung zu, soweit er - wie hier - rechtzeitig von der Aufnahme des Sachverständigenbeweises Kenntnis hatte (ebenso für den Fall der [vorliegend gar nicht begehrten] Beiziehung einer Person mit besonderem Fachwissen gemäß § 249 Abs. 3 StPO, vgl. 15 Os 131/08s). Im gegenständlichen Fall wurde dem tatsächlich vom Verteidiger gestellten Antrag im Übrigen nach Auffassung des OGH dadurch Rechnung getragen, dass die im Wesentlichen zwei Seiten umfassende Stellungnahme zu den vom Verteidiger der Beschwerdeführerin schriftlich gestellten vier Fragen mündlich in der Hauptverhandlung vorgetragen wurde und diesem auch die Möglichkeit ergänzender Fragestellung eingeräumt war.

II. Privatbeteiligtenanschluss unterbricht Verjährung

Gerade in Wirtschaftsstrafprozessen werden oft zivilrechtliche Entschädigungen im Rahmen einer Privatbeteiligung im Strafverfahren geltend gemacht.

³ Entscheidungstext OGH 07.02.2011, 16 Ok 7/10.

Anschlussberechtigter ist jeder, der durch eine strafgesetzwidrige Tat des Beschuldigten in Rechten verletzt worden ist, die zur Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruchs berechtigen.⁴

Damit sind jene Personen umfasst, die durch die Begehung einer Straftat einen unmittelbaren oder mittelbaren Schaden erlitten haben. Das Opfer hat das Recht, den Ersatz des durch die Straftat erlittenen Schadens oder eine Entschädigung für die Beeinträchtigung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter zu begehren.

Privatbeteiligte haben weitgehende, über die Opferrechte hinausgehende verfahrensrechtliche Möglichkeiten.

Im Unterschied zur deutschen Rechtslage wird in Österreich nicht zwischen dem Nebenkläger und dem Adhäsionsverfahren unterschieden.

Durch den Anschluss als Privatbeteiligter hat dieser zum einen ähnliche Rechte wie der Staatsanwalt, und zum anderen wird über Schadenersatzansprüche entschieden. Er kann alles prozessual Zulässige tun, um die Schuld des Angeklagten zu beweisen. Zu diesem Zweck ist er berechtigt, Beweismittel dem Gericht vorzulegen oder die Aufnahme solcher zu beantragen. Zusätzlich zu den allgemeinen Opferrechten (vgl. § 66 Abs. 1 StPO) muss der Privatbeteiligte zur Hauptverhandlung geladen werden und die Möglichkeit haben, zur Schuldfrage Stellung zu nehmen.

Tritt die Staatsanwaltschaft von der Anklage zurück, hat der Privatbeteiligte das Recht als Subsidiarankläger das Strafverfahren weiterzuführen sowie gegen die gerichtliche Einstellung des Verfahrens Beschwerde einzulegen. Der Privatbeteiligte kann gegen einen Freispruch die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen, wenn er wegen eines Freispruchs auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurde und die Abweisung des von ihm in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrags bzw. der Beweisanträge für die Geltendmachung seiner privatrechtlichen Ansprüche nachteilig war (§ 282 Abs. 2 StPO). Der Privatbeteiligte kann Berufung einlegen, wenn er in einem verurteilenden Erkenntnis ganz oder teilweise auf den Zivilrechtsweg verwiesen wird, obwohl seine privatrechtlichen Ansprüche begründet und entscheidungsreif sind (§ 283 Abs. 4, § 366 Abs. 3, § 465 Abs. 2, 3 StPO).

Neben der Erlangung der Stellung eines Opfers hat jede betroffene Person erweiterte verfahrensrechtliche Möglichkeiten:

- Privatbeteiligung (§ 65 Ziff. 2 StPO): Das Opfer kann sich am Verfahren beteiligen, um Ersatz für den erlittenen (materiellen) Schaden oder die erlittene Beeinträchtigung (ideeller Interessen) zu begehren; die Privatbeteiligung hat die Wiedergutmachung des Schadens zum Ziel.
- Privatanklage (§ 65 Ziff. 3 StPO): In den Fällen einer nicht von Amts wegen zu verfolgenden Straftat kann das Opfer eine Anklage oder einen anderen Antrag auf Einleitung des Hauptverfahrens bei Gericht einbringen.
- Subsidiaranklage (§ 65 Ziff. 4 StPO): Ein Opfer, das sich als Privatbeteiligte(r) dem Verfahren angeschlossen hat, kann eine von der Staatsanwaltschaft zurückgezogene Anklage aufrecht halten.
- Fortführungsantrag (§ 195 StPO): Das Opfer kann unter bestimmten Voraussetzungen die Fortführung eines von der Staatsanwaltschaft eingestellten Verfahrens beantragen.

Die Rechte eines Opfers sind ausführlich in den §§ 66 ff. StPO geregelt. Diese Rechte sind den Opfern von Amts wegen zu gewähren. Sie können wie folgt zusammengefasst werden:

- Persönlichkeitsschutzrechte (Recht auf Achtung und Anerkennung der persönlichen Würde).
- Belehrungs- und Informationsrechte sowie Kommunikationsgarantien (Gegenstand und Fortgang des Verfahrens, Akteneinsicht, Übersetzungshilfe): Hier ist wichtig, dass es sich um eine aktive Informationspflicht durch Sicherheitsbehörden, Gerichte und Staatsanwaltschaft handelt.

⁴ EvBl. 1966/147.

- **Verfahrens- und Beteiligungsrechte:** Das Recht auf Entschädigung ist im Wesentlichen durch die Möglichkeit der Privatbeteiligung nach § 67 StPO gewährleistet, wonach Opfer „das Recht [haben], den Ersatz des durch die Straftat erlittenen Schadens oder eine Entschädigung für die Beeinträchtigung ihrer strafrechtlich geschützten Rechtsgüter zu begehren.“

Der Anschluss als Privatbeteiligter im Strafverfahren hat die gleichen rechtlichen Wirkungen iSd § 1497 ABGB wie eine Klage. Zur Unterbrechung der Verjährung kommt es aber letztlich nur dann, wenn der Privatbeteiligte seinen Anspruch nach Beendigung des Strafverfahrens innerhalb angemessener Frist im Streitverfahren geltend macht. Ob insoweit eine ungewöhnliche Untätigkeit vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. In dem vom OGH geprüften Sachverhalt wurde die Klage am Vortag jenes Tages eingebracht, an dem sich die Urteilsverkündung (samt Verweisung der privatrechtlichen Ansprüche auf den Zivilrechtsweg) zum dritten Mal jährte. Laut OGH komme es hier nur darauf an, dass der Schadenersatzanspruch nach Beendigung des Strafverfahrens gehörig (weiter) verfolgt hätte werden müssen. Für das Zuwarten mit der Schadenersatzklage über einen Zeitraum von knapp drei Jahren ab Beendigung des Strafverfahrens war nach Meinung des OGH keine sachliche Rechtfertigung zu erkennen.⁵

III. Rechtsprechung

1) VfGH hebt Gerichtsgebühren für selbst angefertigte Kopien auf

Gerade in Wirtschaftstraftprozessen sind die Kopierkosten für die meist mehrere Bände umfassenden Akten ein großer Kostenfaktor.

Das Gerichtsgebührengesetz (GGG) war in jüngster Zeit häufig Gegenstand von Gesetzesänderungen. Die der Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zugrunde liegenden Sachverhalte ereigneten sich im Jahr 2010. Prüfungsgegenstand im Verfahren vor dem VfGH war daher das GGG in der Fassung BGBl. I 2009/52. Danach wurden die betreffenden Bestimmungen jährlich geändert und erhöht.

Daher war besonders in der letzten Zeit die Erhebung einer Gebühr für das Anfertigen von Ablichtungen mittels von der Partei selbst mitgebrachter Geräte (wie Scanner oder Digitalkameras) ein vieldiskutiertes Thema in der Anwaltschaft.

Der VfGH hat nunmehr in seinem Erkenntnis vom 13.12.2011⁶ die entsprechenden Passagen des Gerichtsgebührengesetzes⁷ zum 30.6.2012 als verfassungswidrig aufgehoben bzw festgestellt, dass diese verfassungswidrig waren. Die Erlässe und Verordnungen dazu wurden als gesetzwidrig aufgehoben. Grundsätzlich widerspreche die Einhebung von Gebühren für die Anfertigung von Kopien durch Parteien in gleicher Höhe – unabhängig davon, ob die Infrastruktur des Gerichtes genutzt wird oder nicht – dem Gleichheitsgrundsatz. Überhaupt widerspreche diesem auch die Erhebung einer Gebühr für das Anfertigen von Ablichtungen mittels von der Partei selbst mitgebrachter Geräte (wie Scanner oder Digitalkameras). Dies stelle „bloß eine im Rahmen der Akteneinsicht vorgenommene, zeitgemäße Form der Abschriftnahme“ dar, so der VfGH. Auch die Bestimmung des § 29a GGG, welche die Einhebung derartiger Kopierkosten im Strafverfahren ermögliche, sei nicht verfassungskonform.

Zuletzt wurden für vom Gericht hergestellte Kopien EUR 1,10 pro Seite eingehoben, für selbst erstellte Kopien je EUR 0,60. Durch das Budgetbegleitgesetz 2012⁸ wurden diese Kosten, nach lang andauernder Kritik, vor allem von Seiten der Rechtsanwaltschaft, reduziert: Die Kosten für vom Gericht angefertigte Kopien wurden auf EUR 0,60 herabgesetzt, für selbst hergestellte Kopien werden immer noch EUR 0,30 eingehoben. Seit Inkrafttreten des 2. Stabilitätsgesetzes 2012⁹ sind jedoch selbst hergestellte Aktenabschriften, -ablichtungen und sonstige Kopien, die ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Infrastruktur hergestellt werden, gebührenfrei.

⁵ OGH 20.03.2012, 5 Ob 25/12 f ZAK 2012/305, 154 (Heft 8).

⁶ G 85, 86/11-17, V 77-81/11-17.

⁷ Anmerkung 6 zu TP 15 GGG idF BGBl. I 2009/52 und BGBl. II 2009/188 sowie § 29a GGG idF BGBl. I 2008/100.

⁸ BGBl. I 2011/112, seit 1. 1. 2012 in Kraft.

⁹ BGBl. Nr. 35/2012 vom 24.04.2012.

2) Kein Anspruch auf Bekanntgabe von Stammdaten, wenn die Verarbeitung von Verkehrsdaten zur Erlangung dieser erforderlich ist (OGH vom 14.07.2009, 4 Ob 41/09x)

In seinem Rechtssatz (RS0124952) hielt der OGH fest: Die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 87b Abs. 3 UrhG kann daran scheitern, dass die begehrte Auskunft nur aufgrund einer rechtswidrigen Verarbeitung von Verkehrsdaten erteilt werden könnte.

Sachverhalt: Die Klägerin, eine österreichische Verwertungsgesellschaft, welche die Rechte von Tonträgerherstellern und ausübenden Künstlern, die den Vortrag von Werken der Tonkunst öffentlich zur Verfügung zu stellen, treuhändig wahrnimmt, verfolgt Nutzer von File-Sharing-Systemen im Internet. Dazu ließ sie die File-Sharing-Systeme durch ein beauftragtes Unternehmen auf rechtsverletzende Angebote überprüfen. Dabei wurden in File-Sharing-Systemen verschiedene Musiktitel nachgefragt und durch die Software jeweils auf Computer eines anderen Teilnehmers zugegriffen, von welchem die nachgefragten Musikdateien zur Verfügung gestellt wurden. Die Dateien, welche Datum und Uhrzeit des Test-Downloads, die IP-Adresse, die dem Computer des Tauschpartners in diesem Zeitraum zugeordnet war, Name und Anschrift des Access-Providers und den "Nickname" des Tauschpartners enthielten, wurden zu Beweis Zwecken heruntergeladen.

Einige der dokumentierten Fälle betrafen Kunden der Beklagten, welche als Access-Provider ihren Kunden den Zugang zum Internet vermittelt. Dafür wird den Kunden (zumeist) eine dynamische IP-Adresse zugewiesen. Durch die von ihr gespeicherten Logfiles kann die Beklagte jene Anschlussinhaber identifizieren, denen zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte IP-Adresse zugeordnet war.

Die Klägerin ersuchte die Beklagte um Bekanntgabe von Name und Anschrift jener Kunden, denen im jeweiligen Zeitraum die vom beauftragten Unternehmen ermittelte IP-Adresse zugeordnet war, da die Beklagte als Access-Provider Vermittler im Sinne des § 81 Abs. 1a UrhG sei, welcher der Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 der RL 2001/29/EG (Info-RL) dient, und daher nach § 87b Abs. 3 UrhG zur Auskunft verpflichtet sei. Denn es würden nur Stammdaten im Sinne von § 92 Abs. 3 Ziff. 3 TKG 2003 weitergegeben und Verkehrsdaten allenfalls nur verwertet, aber nicht offen gelegt, weswegen keine Missbrauchsgefahr bestehe.

Die Beklagte verweigerte die Bekanntgabe von Name und Anschrift der Anschlussinhaber, da für die Identifikation dieser der Öffentlichkeit unbekanntem Nutzer der IP-Adressen das Auswerten von Logfiles erforderlich sei, wobei es sich um eine Auswertung von Zugangsdaten (Verkehrsdaten) und deren Speicherung handle. Darüber hinaus sei ein Access-Provider nicht Vermittler im Sinne von § 81 Abs. 1a UrhG. Daher sei eine Auskunftserteilung ohne Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG 2003 nicht möglich. Nur zur Verfolgung schwerer Straftaten werde das Fernmeldegeheimnis durchbrochen, dies zeige sich auch an der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation. Jedenfalls erfordere eine Auskunft jedoch eine vorherige richterliche Genehmigung.

Entscheidungsgründe: Hierzu stellte der OGH ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, in welchem er diesem die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung des Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (in der Folge kurz "Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation") vorlegte.

Der EuGH hielt im Beschluss C-557/07 in Beantwortung der gestellten Fragen fest, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen aufzustellen. Auch wurde festgestellt, dass ein Access-Provider, der den Nutzern nur den Zugang zum Internet verschafft, ohne weitere Dienste anzubieten oder eine rechtliche oder faktische Kontrolle über den genutzten Dienst auszuüben, „Vermittler“ im Sinne des Art. 8. Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 sei.

Daher entschied der OGH, dass die Beklagte in den Anwendungsbereich der Bestimmung der §§ 81 und 87 UrhG falle und dass § 87b Abs. 3 UrhG einen zivilrechtlichen Auskunftsan-

spruch anordne, es müsse aber ein "ausreichend begründetes" Verlangen des Verletzten vorliegen, das „insbesondere hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverletzung begründenden Tatsachen" zu enthalten habe. Die Beurteilung der Frage, ob eine Rechtsverletzung durch Nutzung einer bestimmten IP-Adresse bescheinigt ist, obliegt gemäß § 87b Abs. 3 UrhG dem Provider. Anders als in Deutschland (vgl. § 101 Abs. 9 deutsches UrhG) ist aber kein obligatorisches gerichtliches Verfahren für die Auskunftserteilung vorgesehen; vielmehr haben die Gerichte nur dann zu entscheiden, wenn der Vermittler die Erfüllung eines nach Auffassung des Verletzten bestehenden Anspruchs verweigert.

Allerdings könnte in diesem Fall eine Stammdatenauskunft nur erfolgen, wenn die Beklagte (intern) nur für eine bestimmte Zeit zugewiesene (dynamische) IP-Adressen, welche in die Kategorie Zugangs- und damit Verkehrsdaten einzuordnen sind, verarbeitet. Es sei daher nicht möglich, auf die Bekanntgabe von Stammdaten abzustellen und die Vorgänge bei deren Ermittlung völlig auszublenden, denn dies sei auch gemeinschaftsrechtlich nicht gangbar. Grundsätzlich stehe es den einzelnen Mitgliedstaaten aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht frei, zum Schutz von Urheberinteressen die Speicherung und Verarbeitung von Verkehrsdaten auch für die Erteilung von Auskünften über nähere Umstände von Urheberrechtsverletzungen zu gestatten. Österreich hat von dieser Möglichkeit bislang jedoch keinen Gebrauch gemacht, weshalb die Verarbeitung von Verkehrsdaten zum Zweck der Erteilung von Auskünften nach § 87b Abs. 3 UrhG unzulässig ist. Eine implizite Ableitung aus der urheberrechtlichen Bestimmung ist nicht möglich. Denn es ließe sich den Materialien der UrhG-Novellen 2003 und 2006 nicht entnehmen, dass dem Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtliche Problematik der Verarbeitung von Verkehrsdaten überhaupt bewusst war. Dies unterscheidet § 87b Abs. 3 UrhG von der ausdrücklich auf die Verarbeitung von Verkehrsdaten Bezug nehmenden Regelung des § 101 Abs. 9 deutsches UrhG.

Daher müssen Ansprüche nach § 87b Abs. 3 UrhG derzeit aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen am Speicherverbot und der Lösungsverpflichtung nach § 99 Abs. 1 TKG 2003, welche die Umsetzung des Art. 6 Abs. 1 RL 2002/58/EG darstellt, scheitern, wenn diese nur durch eine rechtswidrige Verarbeitung von Verkehrsdaten erfüllt werden können, da man nicht zu einem rechtswidrigen Verhalten verpflichtet werden kann.

3) **Kein Auskunftsbegehren gegen einen Host-Provider nach § 18 Abs. 4 ECG, wenn nur die IP-Adresse bekannt ist (OGH vom 22.06.2012, 6 Ob 119/11k)**

Ein Auskunftsbegehren über die IP-Adresse eines Nutzers gegen den Betreiber eines Internet-Diskussionsforums als Host-Provider nach § 18 Abs. 4 ECG scheitert daran, dass mit der begehrten IP-Adresse Name und Adresse des Posters auf legalem Weg nicht eruiert werden können.

Sachverhalt: Anfang November 2009 postete ein Nutzer mit der Bezeichnung „Bundesheer-Fan“ im Online-Diskussionsforum eines Internetportals der Beklagten einen Eintrag mit der Klägerin, ein weiblicher Hauptmann, beleidigendem Inhalt. Da die Klägerin keine Vorstellung hatte, wer das Posting in diesem Online-Diskussionsforum geschaltet hatte, forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr die Identität des Posters bekanntzugeben, um strafrechtliche Schritte gegen diesen einleiten zu können und stützte ihren Anspruch auf § 18 Abs. 4 ECG, da dies die vorrangige Spezialvorschrift gegenüber § 93 Abs. 1 TKG sei. Die Beklagte sei verpflichtet, die Daten, über die sie verfüge zur Verfügung zu stellen.

Der Beklagten ist die Identität des als „Bundesheer-Fan“ auftretenden Posters nicht bekannt, da der Poster in einem anonymen Forum ein anonymes Posting machte, für welches er sich lediglich einen „Nicknamen“ zulegen musste und den Inhalt, der gepostet werden sollte, bekannt zu geben hatte. Der Beklagten ist nur die konkrete IP-Adresse bekannt, über die das Posting des „Bundesheer-Fans“ in das Forum gelangte.

Anhand dieser kann die Beklagte nicht beurteilen, ob es sich dabei um eine dynamische oder um eine statische IP-Adresse handelt. Nur im Fall einer statischen IP-Adresse wird vom Provider tatsächlich immer die gleiche IP-Adresse als Ausgangspunkt einer Sendung vergeben, im Falle der dynamischen IP-Adresse ordnet der eigene Provider des Versenders je nach Verfügbarkeit einmal die eine, einmal eine andere IP-Adresse zu. In diesem Fall kann also nicht gesagt werden, dass mit Bekanntwerden der IP-Adresse auch gleich das konkrete Absendegerät identifiziert ist.

Daher verweigerte die Beklagte über die IP-Adresse des Nutzers „Bundesheer-Fan“ Auskunft zu erteilen und wendete ein, dass § 18 Abs. 4 ECG nicht einschlägig sei. Denn weder Name noch Anschrift des Posters seien bekannt, und eine IP-Adresse sei keine „Adresse“ im Sinne des § 18 Abs. 4 ECG. Diese Vorschrift sei auch keine Grundlage für die Auswertung von Log-Dateien, bei IP-Adressen handle es sich um „personenbezogene Daten“ im Sinne des DSGVO 2000, deren erlaubte Verwendung im Zusammenhang mit gerichtlich strafbaren Handlungen abschließend in § 8 Abs. 4 DSGVO geregelt sei, sodass der Klägerin auch aus diesem Grund kein Anspruch auf die Herausgabe der IP-Adresse zustehe. Überdies sei die konkrete IP-Adresse ein temporäres technisches Merkmal, das dem Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG unterliege, sodass dessen rechtswidrige Weitergabe nicht durchsetzbar sei und berief sich hierfür auf die oben angeführte Entscheidung 4 Ob 41/09x.

Außerdem nütze der Klägerin die Kenntnis der IP-Adresse nichts, weil sie keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Provider besitze, der den Namen und die Anschrift des Inhabers der IP-Adresse im fraglichen Zeitpunkt kenne. Der Klägerin fehle somit das von § 18 Abs. 4 ECG geforderte rechtliche Interesse.

§ 18 Abs. 4 ECG lautet:

„Die in § 16 genannten Diensteanbieter haben den Namen und die Adresse eines Nutzers ihres Dienstes, mit dem sie Vereinbarungen über die Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, auf Verlangen dritten Personen zu übermitteln, sofern diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität eines Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft machen, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.“

Entscheidungsgründe: Der OGH hielt fest, dass der Betreiber eines Internet-Diskussionsforums in Rechtsprechung und Lehre als Host-Provider anerkannt ist und hierin ein wesentlicher Unterschied zu dem Erkenntnis 4 Ob 41/09x läge, da hier ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Betreiber einer Website bzw. eines darauf enthaltenen Diskussionsportals erhoben werde. Das Telekommunikationsrecht kenne den Begriff des Host-Providers nicht. Datenschutzkommission und VwGH gehen davon aus, dass der Betreiber eines Internet-Chat-Forums kein Telekommunikationsdienstebetreiber ist,¹⁰ weshalb die Vorschriften des TKG auf Betreiber eines Internet-Diskussionsforums nicht anzuwenden sind.

Zu einem etwaigen Anspruch nach § 18 Abs. 4 ECG hielt der OGH fest, dass die Klägerin zwar das überwiegende rechtliche Interesse an der Feststellung der Identität des Posters „Bundesheer-Fan“ und einen rechtswidrigen Sachverhalt glaubhaft gemacht habe, doch sei fraglich, ob die Klägerin nach einer allfälligen Bekanntgabe der IP-Adresse in einem weiteren Schritt oder mehreren weiteren Schritten auf legalem Weg den Inhaber dieser IP-Adresse zum fraglichen Zeitpunkt herausfinden könnte. Gelänge ihr dies nicht, so fehle es an der nach § 18 Abs. 4 ECG glaubhaft zu machenden Voraussetzung, dass die Kenntnis dieser Information eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

Aufgrund der unbekämpft gebliebenen Feststellungen des Erstgerichtes hatte der OGH davon auszugehen, dass es sich bei der fraglichen IP-Adresse um eine dynamische handle. Daher hatte sich der OGH mit der Frage der Zulässigkeit der Verarbeitung von Verkehrsdaten durch einen Access-Provider zu beschäftigen. Wie schon in der Entscheidung des 4. Senats zu 4 Ob 41/09x hielt der OGH fest, dass Access-Providing ein Telekommunikationsdienst im Sinne der § 3 Ziff. 9 TKG bzw. Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 RL 2002/58/EG i.V.m. Art. 2 Buchst. c, ErwGr 10 RL 2002/21/EG ist. Daher sind auf Access-Provider die Datenschutzvorschriften der RL 2002/58/EG sowie der §§ 92 ff. TKG jedenfalls anwendbar.

Somit würde der Access-Provider gegen die in den §§ 92 ff. TKG normierten Pflichten verstoßen, wenn er nach Bekanntgabe der dynamischen IP-Adresse des Posters „Bundesheer-Fan“ durch die Klägerin die Identität dieses Posters preisgäbe. Die Klägerin könne also mit der IP-Adresse des Posters „Bundesheer-Fan“ auf legalem Weg Namen und Adresse des Posters nicht erlangen. Es fehle daher für den Auskunftsanspruch nach § 18 Abs. 4 ECG an der Voraussetzung, dass die Kenntnis der IP-Adresse eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

¹⁰ DSK 03.10.2007, K121.279/0017-DSK/2007; VwGH 27.05.2009, 2007/05/0280.

4) Ermittlung der IP-Adresse bei "offener Kommunikation" zulässig (VfGH vom 29.06.2012, B 1031/11-20)

Sachverhalt: Anfang November 2009 kommunizierte der Beschwerdeführer von seinem PC aus im Internet unter einem "Nicknamen" (oder englisch „nickname“) in einem auf sexuelle Kontakte spezialisierten Chatroom mit der ihm zugeteilten IP-Adresse. Hierbei erweckte er bei einem Chatpartner den Eindruck, unmündige Personen für sexuelle Handlungen anzubieten. Dieser Sachverhalt wurde dem Landeskriminalamt Wien unter Bekanntgabe der Internetseite und des vom Beschwerdeführer verwendeten "Nicknamen" bekanntgegeben. Es wurde von einer konkret und unmittelbar drohenden Gefahr für die Sicherheit Unmündiger ausgegangen, weshalb die zuständigen Beamten gemäß § 53 Abs. 3a Ziff. 2 und 3 Sicherheitsgesetz im Wege einer „Whois“-Abfrage den Provider, dem die IP-Adresse innerhalb eines Adressenblocks zugeordnet war, und über diesen schließlich Namen und Adresse des Beschwerdeführers als Anschlussinhaber und Benutzer ausforschten. Auf dieser Grundlage wurde er gemeinsam mit einer Reihe weiterer Personen wegen des Verdachts der versuchten Bestimmung zum schweren sexuellen Missbrauch von Unmündigen sowie zur entgeltlichen Förderung fremder Unzucht (§§ 15, 12 i.V.m. § 206 und § 214 StGB) bei der Staatsanwaltschaft Wien angezeigt.

Der Beschwerdeführer brachte gegen die Bundespolizeidirektion Wien und gegen das Landespolizeikommando Wien (LPK Wien) bei der Datenschutzkommission Beschwerde wegen Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten ein, in der er einen Eingriff in das gemäß Art. 10a StGG verfassungsgesetzlich geschützte Fernmeldegeheimnis behauptete und das Fehlen einer bei verfassungskonformem Verständnis des § 53 Abs. 3a Ziff. 2 Sicherheitspolizeigesetz (in der Folge kurz: SPG) bzw. mit Blick auf § 18 Abs. 2 ECG erforderlichen gerichtlichen Bewilligung rügte. Bei der IP-Adresse und Benutzernamen handle es sich um Verkehrsdaten im Sinne des § 92 Abs. 3 Ziff. 4 TKG 2003. Da der Betreiber des Chatrooms für die Ermittlung dieser Daten seine „Logfiles“ durchsuchen müsse, würden die verlangten Auskünfte dem Richtervorbehalt des Art. 10a StGG unterliegen; diese Verfassungsbestimmung gelte auch für Stammdaten.

Bei einer verfassungskonformen Interpretation des § 53 Abs. 3a Ziff. 2 SPG sei dieser Paragraph so zu verstehen, dass zumindest die Ermittlung von IP-Adressen einer gerichtlichen Bewilligung bedürfe.

Die Datenschutzkommission legte die Verwaltungsakten an den österreichischen Verfassungsgerichtshof (in der Folge kurz: VfGH) vor, da ihr keine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf allfällige Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis zukomme und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragte.

Entscheidungsgründe: Der VfGH entschied, dass die Bestimmungen des § 53 Abs. 3a Ziff. 2 SPG und aus folgenden Gründen nicht in den Schutz des Fernmeldegeheimnisses im Sinne des Art. 10a StGG eingreifen:

Ob eine im Wege des Internets übermittelte Nachricht vom Schutzbereich des Art. 10a StGG erfasst ist, hänge davon ab, ob es sich um eine Kommunikation handelt, die dem Telegraphen- und Fernmeldeverkehr entspricht. Dabei handelt es sich um ein mit dem Briefgeheimnis „verwandtes Recht“, das die Vertraulichkeit aller „nicht für die Öffentlichkeit bestimmten, im Wege des Fernmeldeverkehrs übermittelten Nachrichten oder Mitteilungen“ schützt. Dabei kommt es auf die Bestimmung der Information für „eine konkrete Person“ an, und nicht darauf, ob die Nachricht allgemein bekannt geworden ist. „Maßnahmen der rein technischen Überwachung des Fernmeldeverkehrs“ stellen keine Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis dar, weil „ein geordneter und sicher funktionierender Fernmeldeverkehr ohne entsprechende betriebliche und technische Aufsicht nicht denkbar“ sei. Dem Schutz unterliegt daher – wie beim Briefgeheimnis, das die Vertraulichkeit des Briefinhaltes garantiert – der weitergegebene Gedankeninhalt, ohne äußere Gesprächsdaten zu erfassen.

Daraus lasse sich der Schluss ziehen, der Nachrichtenaustausch sei jedenfalls dann geschützt, wenn bestimmte Teilnehmer miteinander kommunizieren wollen und die Nachricht jeweils nur für diese Teilnehmer bestimmt ist, es sich also um eine sogenannte geschlossene Kommunikation – wie etwa bei einem E-Mail-Verkehr – handle. Daraus folge, dass Art. 10a StGG zwar die Vertraulichkeit des Inhalts der über Telekommunikation weitergegebenen Nachricht schütze, nicht aber sämtliche andere damit zusammenhängende Daten.

Gemäß § 53 Abs. 3a Ziff. 2 SPG ist den Sicherheitsbehörden die Ausforschung einer IP-Adresse ausschließlich auf Grund einer bestimmten, ihnen durch Mitteilung eines Kommunikationspartners oder durch offene, jedermann zugängliche Internetkommunikation bekannt gewordenen Nachricht erlaubt. Sobald der Inhalt einer solchen Nachricht von den Sicherheitsbehörden aus einer offenen Kommunikation rechtmäßig ermittelt wurde oder aus einer geschlossenen Kommunikation von einem der Teilnehmer der Sicherheitsbehörde zugänglich gemacht wurde, sind die so ermittelten (Einzel-)Daten nicht vom Schutzbereich des Art. 10a StGG erfasst, sodass die Übermittlung der Verkehrsdaten und so möglich gewordene Ermittlung jener Personen, die an dem Nachrichtenverkehr teilgenommen haben, nicht als Eingriff in das Fernmeldegeheimnis zu qualifizieren ist.

Dies ermächtigt jedoch von vornherein weder zur geheimen Überwachung des Internetverkehrs oder den Zugang zu einer Nachricht aus einem geschlossenen Internetforum noch ermächtigen sie zur vorsorglichen anlasslosen Speicherung oder zur systematischen Verknüpfung von Datensträngen. Der Betreiber dürfe vielmehr bloß punktuelle Auskünfte erteilen, die keinen Rückschluss auf andere, nicht bekannte Inhalte erlauben. Doch sei auch diese Grenze nicht überschritten worden.

Es liegt auch kein unverhältnismäßiger Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Datenschutz gemäß § 1 Abs. 2 DSG 2000 vor. Denn Eingriffe einer staatlichen Behörde aufgrund eines Gesetzes, die aus den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind und die ausreichend präzise regeln, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung bzw. die Verwendung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben erlaubt sind, wird durch § 53 Abs. 3a Ziff. 2 und 3 SPG Rechnung getragen. Auch eine richterliche Genehmigung staatlicher Überwachungsmaßnahmen ist durch Art. 8 EMRK nicht geboten.

5) Entziehung der Gewerbeberechtigung

Einem gewerblichen Vermögensberater wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 26.01.2012 die Gewerbeberechtigung „Gewerbliche Vermögensberatung mit Berechtigung zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen in der Form Versicherungsmakler und Berater in Versicherungs-Angelegenheiten“ entzogen.

Über den Vermögensberater waren im Zeitraum von Oktober 2009 bis April 2011 aus seiner Tätigkeit als gewerberechtl. Geschäftsführer eines Vermögensberatergewerbes fünf rechtskräftige Verwaltungsstrafen und aus der Tätigkeit seines eigenen Vermögensberatergewerbes drei rechtskräftige Verwaltungsstrafen, also insgesamt acht Verwaltungsstrafen, verhängt worden.

Der Vermögensberater hatte im Zuge von angebotenen Vermittlungen von Personalkredit-Unterlagen für die Gewährung eines Kredites (Informationen über die Kreditkonditionen wie Ratenhöhe, Zinsen und Kreditdauer) gegen eine Nachnahmegebühr als Provisionsvorschuss an die Kreditwerber übermittelt. Damit hat er gegen § 367 Ziff. 22 und § 69 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 (in der Folge kurz: GewO) i.V.m. den §§ 2 und 3 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für das Gewerbe der Personalkreditvermittler und § 7 Abs. 1 Maklergesetz verstoßen. Diese Bestimmungen untersagen die Verrechnung einer Nachnahmegebühr als Provisionsvorschuss an die Kreditwerber, da der Anspruch auf Provision erst mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäftes entsteht und der Personalkreditvermittler keinen Anspruch auf einen Vorschuss hat.

Ein ähnlich gelagerter Sachverhalt hat auch zu einer gerichtlichen Verurteilung des Vermögensberaters geführt. Mit Urteil eines Bezirksgerichtes vom 05.10.2010 war der Vermögensberater wegen des Vergehens des Betruges nach § 146 StGB für schuldig erkannt und zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen verurteilt worden. Er habe im Frühjahr 2010 mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten einer getäuschten Person unrechtmäßig zu bereichern, eine Person durch Täuschung über Tatsachen, nämlich mit dem falschen Versprechen, ihr werde ein Kredit vermittelt, zur Einzahlung einer Nachnahmegebühr für die Übersendung von Unterlagen, sohin zu einer Handlung veranlasst, die diese Person an ihrem Vermögen geschädigt hat.

Eine Berufung gegen dieses Urteil wurde mit Urteil vom 11.04.2011 abgewiesen und u.a. damit begründet, dass die Tat einen bedeutenden Handlungsunwert aufweise, weil es dazu einer raffinierten Vorgangsweise bedurft habe. Dem Vermögensberater wurde eine Überzeugungstäterschaft bescheinigt, weil er bis zum Ende der Berufungsverhandlung hartnäckig seine betrügerische Vorgangsweise geleugnet und wortreich versucht habe, dies als gewöhnliche Vermögensberatung darzustellen.

Nach der GewO ist (neben speziellen taxativ aufgezählten gerichtlichen Verurteilungen) gem. § 13 Abs. 1 Ziff. 1 Buchst. b von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wer „wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen“ verurteilt wurde, solange die Verurteilung nicht getilgt ist.

Dieser Ausschlussgrund von der Gewerbeausübung war mit dem bezirksgerichtlichen Urteil vom 05.10.2010 nicht verwirklicht worden, da lediglich eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen verhängt worden war.

Dem Vermögensberater wurde die Gewerbeberechtigung mit Bescheid vom 26.01.2012 aber auf anderer gesetzlicher Grundlage, nämlich des § 87 Abs. 1 Ziff. 3 GewO, entzogen. Nach dieser Bestimmung ist die Gewerbeberechtigung von der Behörde zu entziehen, „wenn der Gewerbeinhaber infolge schwerwiegender Verstöße gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insbesondere auch zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, die für die Ausübung dieses Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt“.

Der Entzug der Gewerbeberechtigung wurde damit begründet, dass der Beschwerdeführer auch nach der Verurteilung durch das Bezirksgericht am 05.10.2010 wegen der gleichen standeswidrigen Geschäftspraxis, aufgrund derer die Behörde erster Instanz bereits sechs Strafen ausgesprochen habe, kein Einsehen erkennen lassen, weshalb er wiederum bestraft werden müsse.

Der Verwaltungsgerichtshof (in der Folge kurz: VwGH) hatte über eine Beschwerde des Vermögensberaters gegen den Bescheid vom 26.01.2012 zu erkennen, mit dem dem Vermögensberater die Gewerbeberechtigung entzogen worden war.

Der VwGH hat zum Entziehungstatbestand des § 87 Abs. 1 Ziff. 3 GewO 1994 auf die Gesetzesmaterialien verwiesen, nach denen ein Verstoß dann als schwerwiegend anzusehen ist, „wenn er geeignet ist, das Ansehen des betreffenden Berufszweiges herabzusetzen; außerdem muss es sich um Verstöße gegen Rechtsvorschriften und Schutzinteressen handeln, die bei der Ausübung gerade des gegenständlichen Gewerbes "besonders" zu beachten sind, wozu etwa Verstöße gegen die Ausübungs- und Standesregeln gehören.“

Bei der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für das Gewerbe der Personalkreditvermittler¹¹, deren Bestimmungen nach §§ 2 und 3 der Vermögensberater ausgehend von seinen rechtskräftigen Bestrafungen übertreten hat, handelt es sich gerade um derartige, nach § 69 Abs. 2 GewO erlassene Ausübungs- und Standesregeln.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH kann das in § 87 Abs. 1 Ziff. 3 GewO enthaltene Tatbestandsmerkmal der "schwerwiegenden Verstöße" nicht nur durch an sich als schwerwiegend zu beurteilende Verstöße erfüllt werden, sondern auch durch eine Vielzahl geringfügiger Verletzungen der im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften. Entscheidend ist somit, dass sich aus dieser Vielzahl unter Berücksichtigung der Art der verletzten Schutzinteressen und der Schwere ihrer Verletzung der Schluss ziehen lässt, der Gewerbetreibende sei nicht mehr als zuverlässig anzusehen.

Die Beschwerde des Vermögensberaters gegen den Entzug seiner Gewerbeberechtigung wurde vom VwGH daher abgewiesen.¹²

¹¹ BGBl. Nr. 505/1996.

¹² Gz. 2012/04/0026 vom 18.06.2012.

6) Zustellvollmacht in Abgabensachen

Das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel hat in einer Aussendung Anfang 2012 darauf hingewiesen, dass mit der Umstellung von sogenannten Einmal- auf Dauerkonten Anfang 2011 von der in § 213 Abs. 2 BAO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht worden sei, künftig auch nicht wiederkehrend zu erhebende Abgaben zusammengefasst zu verbuchen. Seither bestehen für jeden Abgabepflichtigen nur noch Dauerkonten.

Daraus ergibt sich dem Finanzamt zufolge i.V.m. § 103 Abs. 2 BAO, dass eine bekanntgegebene Zustellvollmacht unwirksam ist, wenn sie ausdrücklich auf ein bestimmtes Abgabeverfahren beschränkt ist. Erledigungen werden zukünftig nur mehr dann an den Bevollmächtigten zugestellt, wenn die Vollmacht nach der Aktenlage für die Zustellung aller Erledigungen der zusammengefasst verbuchten Abgaben erteilt wurde. In diesem Fall erfolgt die Zustellung sämtlicher Erledigungen aller gemeinsam verbuchten Abgaben an den Bevollmächtigten.

Gibt es mehrere Zustellbevollmächtigte, gelte die Zustellung gem. § 9 Abs. 4 S. 2 Zustellgesetz als bewirkt, sobald sie an einen der Zustellbevollmächtigten vorgenommen worden ist. Auch wenn vom Vertragsrichter eine uneingeschränkte Zustellvollmacht bekannt gegeben wurde, erlischt die Zustellvollmacht des anderen Zustellbevollmächtigten nicht automatisch.

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

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

WisteV-Standards

Fortsetzung aus WiJ 1/2012, S. 62 – 80 (Themenblöcke 1 – 3); WiJ 2/2012, S. 142 – 148 (Themenblöcke 4 – 6) und WiJ 3/2012, S. 213 – 220 (Themenblöcke 7 – 9)

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

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

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

WisteV ist ein Zusammenschluss verschiedener am Wirtschaftsstrafrecht beteiligter Berufsgruppen. Das bietet den Vorteil, Themen aus unterschiedlicher Sicht betrachten zu können. Auch damit wird es allerdings nicht gelingen, in jeglicher Hinsicht Konsens herzustellen. Bereits das Anstreben eines solchen Zieles wäre von vorn herein, weil völlig unrealistisch, zum Scheitern verurteilt. Aber mehr Klarheit zu schaffen, hinsichtlich des Trennenden wie des Gemeinsamen, erscheint als wünschenswert, sinnvoll und vor allem erreichbar. Ungewissheiten mögen zwar den professionell am Wirtschaftsstrafrecht Beteiligten aus unterschiedlichen bis gegensätzlichen Gründen durchaus zupass kommen, weil dabei die Chance argumentativer Beeinflussung des Ergebnisses größer ist als beim Bewegen auf gesichertem Terrain. Aber derjenige, der sich fragt, wie er auf rechtmäßige Weise ein (wirtschaftliches) Ziel erreichen kann, der hat keinerlei Interesse an Ungewissheiten. Er strebt nach einem ‚safe

harbour'. Dieses Interesse ist völlig legitim: in einer freiheitlichen Gesellschaft darf – prinzipiell, trotz des faktisch erforderlichen Freischwimmens in einem Meer <und Mehr!> aus Bürokratie – frei gehandelt und damit auch frei gewirtschaftet werden. Um von dieser Freiheit innerhalb des legalen Rahmens Gebrauch machen zu können, bedarf es der Rechtssicherheit. Diese wird in einer sich wandelnden Welt immer nur partiell erreicht werden können. Das stellt die Sinnhaftigkeit dieses Ziels allerdings nicht in Frage.

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

Die vorliegende Ausgabe des WiJ enthält keine neuen Themenblöcke. Zum Themenblock 8 (WiJ 2012, 216 – 218) hat jedoch der WisteV Arbeitskreis Compliance, Fraud und Investigations aufgrund seiner Treffen in Frankfurt am Main am 15.11.2011 und 21.3.2012 sowie in Bonn am 14.6.2012 folgende Ergänzungsvorschläge erarbeitet (breits abgedruckte Thesen sind farblich in grau abgesetzt):

8) Themenblock: Compliance

a) Begriffliches (siehe Wi-J 4/2012, S. 216)

b) Compliance im engeren Sinne

8. Zwingende Vorschriften an die Organisation gibt es nur ausnahmsweise (AktG, KWG, WpHG). Die Gestaltung ist weitgehend frei. In Betracht kommen

- Unternehmensrichtlinien mit Verhaltenskodices, z.B. Compliance-Richtlinien,
- die Bestellung eines Compliance-Officers,
- der Aufbau einer Compliance-Abteilung,
- die Übertragung der Aufgaben auf die bestehende Innenrevision,
- die Übernahme seitens der Geschäftsleitung selbst (in kleineren Unternehmen),
- Information, Schulung und Beratung der Verantwortlichen wie der Mitarbeiter,
- Rotation,
- Vier-Augen-Prinzip
- Kontrollmaßnahmen (Auswertung von Beschäftigtendaten, akustische und optische Überwachung, Ombudsmann, Whistleblowing).
- Schulungen

Der weitgehend freie Gestaltungsrahmen wird jedoch eingeschränkt durch die Notwendigkeit, bereichsspezifische Regelungen einzuhalten, z.B.

- BaFin, Rundschreiben 4/2010 [WA] vom 14.6.2011 – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen [MaComp].
- aus dem Ausland: Ministry of Justice, Bribery Act 2010 Guidance, 2011.

Zum Thema Internal Investigations hat sich der Arbeitskreis auf folgende ausdifferenzierte Fassung verständigt:

c) Internal Investigations

1. Internal Investigations als Aufarbeitung möglicherweise begangener Regelverstöße richten den Blick in die Vergangenheit.
2. Bei einem Verdacht auf Verstöße gegen gesetzliche und/oder unternehmensinterne Regelungen sind die Geschäftsleitungs- bzw. Überwachungsorgane regelmäßig aufgrund ihrer Pflicht, eine Schädigung des Unternehmens abzuwenden oder zu begrenzen (unter anderem gemäß §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG), zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Die Sachverhaltsaufklärung muss dazu bestimmt und erforderlich sein, zukünftige Pflichtverletzungen zu vermeiden, das Bestehen oder Nichtbestehen von Schadensersatzansprüchen festzustellen und/oder Imageschäden zu vermeiden.
3. Internal Investigations sind eine Form der Sachverhaltsaufklärung. Daneben besteht die Möglichkeit einer Straf- oder Ordnungswidrigkeitenanzeige. In der Regel besteht für das Geschäftsleitungs- oder Überwachungsorgan keine unmittelbare Pflicht zur Anzeige eines Verdachts bei der Staatsanwaltschaft oder einer anderen Behörde (anders z. B. in Fällen des § 8 GwG und § 10 WpHG).
4. Der Umfang von Internal Investigations richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls:
 - Bedeutung des (potentiellen) Regelverstoßes (Verstoß gegen unternehmensinterne Richtlinie; Straftat oder Ordnungswidrigkeit; Hinweise auf „Systemfehler“; Verschuldensgrad; Höhe des eingetretenen Schadens),
 - Schwere des Verdachts,
 - bereits vorhandenes Wissen und zur Verfügung stehende Informationsquellen (z. B. aus Ermittlungsverfahren oder „Parallelprozessen“),
 - abstrakt und konkret drohende Folgen für das Unternehmen,
 - Regelungsfähigkeit und wirtschaftliche Realisierbarkeit von Schadensersatzansprüchen,
 - Kosten der Internal Investigations.
5. Das Geschäftsleitungsorgan kann die Zuständigkeit für Internal Investigations im Unternehmen an geeignete Stellen – unbeschadet seiner Gesamtverantwortung – delegieren. Besteht der Verdacht gegen das Geschäftsleitungsorgan oder eines seiner Mitglieder, liegt die Zuständigkeit bei dem Überwachungsorgan. Die Zuständigkeit des Überwachungsorgans ist regelmäßig begründet, wo wegen einer besonderen gesetzlichen Einstandshaftung der Verdacht eines Regelverstoßes sich stets gegen ein Geschäftsleitungsmitglied richtet (z. B. dem Ausführverantwortlichen im Außenwirtschaftsrecht).
6. Bei Internal Investigations werden Externe eingeschaltet, um entweder bereits bekannte oder (nur oder auch) vermutete Regelverstöße durch Unbeteiligte mit vorhandenem Spezialwissen aufzuklären.
7. Soweit Internal Investigations mit der Erhebung personenbezogener Daten verbunden sind, unterliegen sie stets den Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes, und zwar auch wenn es sich um keine automatisierte Datenverarbeitung handelt (§ 32 Abs. 2 BDSG). Daneben können weitere Verbotstatbestände zu beachten sein (StGB, TKG).
7. Betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungserfordernisse sind einzuhalten.
8. Internal Investigations müssen auf die Feststellung der Wahrheit gerichtet sein und dürfen nicht der „Steuerung“ späterer Strafverfahren dienen.
9. Auf bekannt werdende Informationen ist sachgerecht zu reagieren (Organisatorische, ggf. personelle Konsequenzen, Verfolgung zivilrechtlicher Haftungsan-

sprüche, <Verdachts->Kündigung, steuerliche Selbstanzeige, evtl. Übermittlung der Erkenntnisse <nebst Unterlagen> an Strafverfolgungsbehörden z.B. zwecks Ergreifen vermögensabschöpfender Maßnahmen).

10. Internal Investigations können behindert werden durch ein geringeres Aufklärungsinteresse in solchen Unternehmen, in denen bereits ein objektiver Rechtsverstoß eine Verantwortlichkeit eines Geschäftsleitungsmitglieds auslöst (Einstandshaftung) und der daran anknüpfende Verdacht fehlender Zuverlässigkeit wiederum eine verwaltungsrechtliche Suspendierung laufender Genehmigungsverfahren zur Folge hat (z. B. bei einem Ausführverantwortlichen im Außenwirtschaftsrecht).
11. Internal Investigations begegnen immer größer werdenden (elektronischen) Datenmengen. Die Auswertung erfordert die Verwendung von IT-Systemen, um Zeit, Kosten und andere Ressourcen für die Beweisermittlung und Datenverarbeitung zu minimieren. Softwarelösungen können Vertraulichkeit, Integrität und Schutz vor Manipulation fallbezogener Daten sicherstellen. Die sinnvolle Verwendung von IT-Systemen verlangt jedoch vorab Kenntnis und Lokalisierung der Daten, die für die Sachverhaltsaufarbeitung relevant sind.

Verwertung und Verwendung in Strafverfahren

12. Eine Verfügungsbefugnis über Beweismittel, die während einer internen Ermittlung gewonnen wurden, hat ein Unternehmen nicht, wenn es Strafanzeige wegen eines Officialdelikts erhebt.
13. Vertraulichkeitszusagen privater Vernehmungspersonen binden staatliche Ermittlungsbehörden nicht. Jedoch kann der Betroffene ein Auskunftsverweigerungsrecht als „gefährdeter Zeuge“ (§ 55 StPO) haben.
14. Der bei einer internen Ermittlung von einer privaten Vernehmungsperson befragte Beschäftigte erlangt nicht den strafprozessualen Beschuldigtenstatus.

Kontrovers:

- Frage 1: Gestattet das Datenschutzrecht interne Ermittlungen bereits bei Vorliegen einer Einwilligung des Betroffenen unerachtet einer weiteren Interessenabwägung?
- Frage 2: Kann ein Geschäftsleitungs- oder Überwachungsorgan seine Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung auch (und ausschließlich) durch Veranlassung eines Ermittlungsverfahrens (Straf- oder Ordnungswidrigkeitenanzeige) erfüllen? Ist das Organ durch ein vorhandenes Ermittlungsverfahren seiner Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung – dauerhaft oder einstweilen bis zum Abschluss des Verfahrens – enthoben?
- Frage 3: Gibt es Umstände, unter denen ein Geschäftsleitungs- oder Überwachungsorgan den Verdacht einer Straftat der Staatsanwaltschaft oder einer anderen Behörde allein im Unternehmensinteresse anzuzeigen hat (etwa um die Einleitung eines zu erwartenden Ermittlungsverfahrens zu verhindern oder staatliche Zwangsmittel für eine anderweitig unmögliche Sachverhaltsaufklärung zu veranlassen)?
- Frage 4: Besteht eine Auskunftspflicht auch bezüglich eigener (auch in unterlassener Überwachung bestehender) Rechtsverstöße, gar strafbarer Handlungen?
- Frage 5: Sind auf arbeits- oder gesellschaftsvertraglicher Basis pflichtgemäß erteilte Informationen strafprozessual verwertbar?
- Frage 6: Wenn solche Angaben nicht verwertbar sein sollten, besteht dann auch ein darüber hinausgehendes strafprozessuales Verwendungsverbot?
- Frage 7: Bestehen etwaige strafprozessuale Verwertungs- oder Verwendungsverbote nur im Verhältnis zum Aussagenden? Ist eventuell auch danach zu differenzieren, ob ein oder mehrere Ermittlungs- bzw. Strafverfahren geführt werden?

Tagungsbericht

Dr. Patrick Teubner und Dr. Matthias Brockhaus, Rechtsanwälte und FAefStrR, für den Arbeitskreis Medizin- und Arztstrafrecht des WisteV

Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Aktuelle Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht bei Vertragsärzten“ am 01.06.2012 in Recklinghausen

Am 01.06.2012 fand eine Vortrags- und Diskussionsveranstaltung des Arbeitskreises Medizin- und Arztstrafrecht des WisteV e.V. in Kooperation und in den Räumen der Justizakademie des Landes Nordrhein-Westfalen (JAK NRW) in Recklinghausen statt.

Die JAK NRW ist im Jahr 1988 gegründet worden, um dem wachsenden Bedarf an fachlicher sowie überfachlicher Fort- und Weiterbildung für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen gerecht werden zu können. Neben typischen justiz-internen Fortbildungsmöglichkeiten besteht ein Angebot und großes Interesse an ressort-übergreifenden Veranstaltungen (vgl. hierzu das Interview mit dem Leiter der Akademie *Steffens*, in: KammerMitteilungen RAK Düsseldorf vom 30.06.2012, S. 127, 129 mit dem Hinweis auf diese Veranstaltung). Entsprechend angenehm und „unbürokratisch“ verlief auch die gemeinsame Vorbereitung zu dieser erstmals in dieser Konstellation durchgeführten Veranstaltung.

Die Frage, ob Vertragsärzte Amtsträger oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes sind und deshalb in den Anwendungsbereich der Korruptionsvorschriften einzugliedern sind, wurde schon vor der Veranstaltung vielfach und ausgiebig auf Tagungen und in der juristischen Literatur diskutiert. Die Diskussion in der Justizakademie NRW fand – und das war das Besondere – unter Einbeziehung von Vertretern der Justiz und Staatsanwaltschaft, inkl. Schwerpunktstaatsanwaltschaften statt, so dass die Perspektiven der Strafverfolger wie der Justiz und der Verteidigung sowie der Wissenschaft repräsentiert waren. Insofern war der Erfahrungsaustausch ausgewogen, der im Anschluss an die Diskussion beim Imbiss intensiv fortgeführt wurde.

Die Tagung stand ganz im Zeichen der mit Spannung erwarteten Entscheidung des Großen Strafsenats zur Strafbarkeit von Vertragsärzten (Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11), die seinerzeit indes noch nicht verkündet war. Freilich war auch noch nicht bekannt, dass der Große Strafsenat bereits seine Entscheidung getroffen hatte. Die Veranstaltung gewann ihren Reiz aus dem Umstand, dass jedenfalls ein Teilnehmer auf dem Podium – der stellvertretende Vorsitzende Richter am BGH, Dr. Rolf Raum – zu diesem Zeitpunkt schon den Beschluss kannte und gleichsam zu diesem Themenkreis aus richterlicher Sicht referieren sollte. Es kann vorweggenommen werden, dass es nicht gelang, Herrn Dr. Raum Hinweise auf den Ausgang der Entscheidung zu entlocken. Vielmehr manövrierte er sich im Rahmen seines Vortrags geschickt an den maßgeblichen Punkten vorbei, so dass sein Vortrag und die Beantwortung von Fragen zwar Anlass zu Spekulationen gaben, jedoch diese in vieler Hinsicht interpretierbar blieben. So dürfte die Entscheidung des Großen Strafsenates, dass Vertragsärzte in toto keine tauglichen Täter der Korruptionsdelikte nach § 299/§ 331 StGB sind, im Nachhinein die meisten der Spekulanten überrascht haben.

Doch der Reihe nach:

Zu Beginn der Veranstaltung führte Herr Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M., als Mitglied des Arbeitskreises Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht wie auch Medizin- und Arztstrafrecht in den bisherigen Stand der Diskussion ein.

Es folgte der Vortrag von Herrn stellv. Vorsitzenden Richter am BGH, Dr. Rolf Raum vom 5. Strafsenat, der es in seinem Vortrag verstand, jedwede Andeutungen zum Ausgang der Entscheidung des Großen Strafsenates zu vermeiden. Es wurde ihm insoweit nachgesehen, dass er abweichend vom Thema zu der aber gleichermaßen aktuellen wie streitbaren Entscheidung des 1. Strafsenates zu der Strafbarkeit des privat liquidierenden Arztes wegen Abrechnungsbetruges (BGH, Beschl. v. 25.01.2012 - 1 StR 45/11) referierte. Danach erklärt der BGH das Normengebilde der GoÄ zum maßgeblichen Bezugspunkt für die Überprüfung eines etwaigen Vermögensschadens, so dass wirtschaftliche Aspekte überlagert werden (näher und kritisch hierzu auch *Dann*, NJW 2012, 2001, 2002 unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 2010, 3209, 3215). Folge dieser Entscheidung dürfte eine nicht absehbare (höchst problematische) Ausdehnung des betrugsrelevanten Vermögensschadens bei lege artis erbrachten ärztlichen Leistungen sein.

Entsprechend kritisch setzte sich Herr Dr. Raum in seinem Vortrag mit der Entscheidung auseinander und ging insbesondere auf die Fragen der Täuschung und des Vermögensschadens ein. Seiner Ansicht nach sind die Ausführungen des 1. Strafsenates zur Täuschung weitgehend methodisch fragwürdig, und die Frage des Vorliegens eines Vermögensschadens nicht erschöpfend und seinen Andeutungen zufolge auch nicht zutreffend gewürdigt. Er ließ durchblicken, dass sich der 5. Strafsenat gegenwärtig mit einem anderweitigen Abrechnungsbetrugsverfahren gegen einen Vertragsarzt befasse, in dem das viel diskutierte Thema des Vorliegens eines Vermögensschadens bei Leistungserbringung und dem Bestehen lediglich einer Statusproblematik auf dem Prüfstand steht. Es darf sicherlich mit Spannung erwartet werden, ob der 5. Strafsenat der bisherigen Linie des BGH folgt oder ob er die jüngeren Entscheidungen des BVerfG (Beschl. v. 7.12.2011 - 2 BvR 2500/09) und des BGH (Beschl. v. 8.6.2011 - 3 StR 15/11) aufgreift und – wie in der jüngeren strafrechtlichen Literatur (vgl. nur *Schneider*, in: *Wienke/Janke/Cramer* (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 57; *Krüger/Burgert*, ZWH 6/2012, 213 ff.; *Dann*, NJW 2012, 2001, 2003) deutlich (und zu Recht) verlangt – die Rechtsprechung dahingehend justiert, dass wieder trennscharf zwischen den Tatbestandsmerkmalen der Täuschung und des Vermögensschadens unterschieden wird und die wirtschaftliche Betrachtungsweise beim Vermögensschaden nicht der formalen sozialrechtlichen untergeordnet bleibt.

Es folgte ein Vortrag von Herrn Oberstaatsanwalt a.D. Herbert Mühlhausen aus Wuppertal zu den Anmerkungen aus staatsanwaltschaftlicher Perspektive. Herr Oberstaatsanwalt a.D. Mühlhausen stellte zunächst dar, dass die Thematik der Anwendbarkeit des § 299/§ 331 ff. StGB auf niedergelassene Vertragsärzte in den Jahrzehnten seiner schwerpunktmäßigen Befassung mit medizinstrafrechtlichen Fällen ganz im Gegensatz zu Fällen des Abrechnungsbetruges nur eine untergeordnete Rolle gespielt und er aus diesem Grunde keine praktischen Erfahrungen bei der Bewältigung entsprechender Verfahren habe. Systematisch würde er jedoch meinen, dass sich eine die Anwendbarkeit des § 299 StGB bejahende Entscheidung des Großen Senats auf den Vertragsarzt nahtlos in die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu der sozial- wie strafrechtlichen Stellung des Vertragsarztes im Gesundheitswesen einfügen würde.

Im Anschluss folgte ein Vortrag zu den strafrechtlichen und medizinrechtlichen Entwicklungen aus anwaltlicher Sicht des Kollegen Rechtsanwalt Dr. Michael Tsambikakis, Fachanwalt für Strafrecht und Medizinrecht und Mitglied des Arbeitskreises Medizinstrafrecht der WisteV. Herr Dr. Tsambikakis referierte in seinem Vortrag grundlegend über die sozialrechtlichen Bindungen zwischen den Beteiligten, so dass aus sozial- und medizinrechtlicher Sicht deutlich wurde, welche Fragestellungen für die strafrechtliche Bewertung, ob ein Vertragsarzt Beauftragter oder Amtsträger ist, maßgeblich sind. Er sprach sich zudem deutlich für eine Trennung der sozial- und strafrechtlichen Perspektive aus.

Die abschließende Diskussion moderierte Herr Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Fachanwalt für Strafrecht und Regionalleiter West des WisteV e.V.

In den sich anschließenden Gesprächen erfolgte ein reger Gedankenaustausch. Es hat sich herausgestellt, dass diese erstmalig in Kooperation mit einer Justizakademie stattgefundene Veranstaltung besonders geeignet war, den satzungsgemäßigen Zweck des WisteV e.V zu fördern. Die Teilnahme von Vertretern der Justiz, Staatsanwaltschaft und Anwaltschaft führ-

te zu einem äußerst ausgewogenen Teilnehmerfeld und ausgesprochen spannenden Diskussionen.

Rezensionen

Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiesbaden

Frank Peter Schuster: Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten.

Eine Untersuchung zum Allgemeinen Teil im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Habil., Berlin (Duncker & Humblot), 2012, 439 Seiten

In seiner von *Volker Erb* betreuten und 2010 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Universität Mainz angenommenen Habilitationsschrift stellt *Schuster* „durch eine problemübergreifende Herangehensweise die verschiedenen Abgrenzungsfragen, die sich aus der Abhängigkeit wirtschafts- und steuerstrafrechtlicher Tatbestände von außerstrafrechtlichen Regelungen ergeben, in einen gemeinsamen Kontext“ (S. 400). Und zwar bearbeitet er diese praktisch überaus relevanten und theoretisch komplexen und kontroversen Abgrenzungsfragen in dreierlei Zusammenhang, erstens dem der Irrtumslehre, zweitens dem der zeitlichen Geltung und der Bestimmtheitsanforderungen, drittens im Zusammenhang europäischer und ausländischer Rechtsnormen und -akte.

Im ersten Teil der Arbeit will *Schuster* „für das deutsche Wirtschafts- und Steuerstrafrecht [...] ein berechenbares Modell zur Abgrenzung des Tatbestands- vom Verbotsirrtum und des untauglichen Versuchs zum Wahndelikt“ erarbeiten, das „zu sachgerechten Ergebnissen“ führt; dabei soll durch „intensive Auseinandersetzung mit der [...] Rechtsprechung“ deren „Alltagsplausibilität“ realisiert werden (S. 20 f.). Die hier angedeutete methodische Weichenstellung ist ernst gemeint: *Induktiv* und unter Berücksichtigung der kriminologischen Dimension will *Schuster* eine praktisch überzeugend handhabbare und dabei dogmatisch robuste Lösung entwickeln.

Nach kurzen forensischen und kriminologischen Ausführungen, die vor allem die praktische Relevanz des Problems demonstrieren, arbeitet der Autor methodisch konsequent, nämlich im Sinne einer Sichtung des historischen Materials, zunächst die reichsgerichtliche Rechtsprechung heraus: Die Differenzierung zwischen Subsumtionsirrtümern, die sich auf Strafnormenelemente beziehen, und solchen, die sich auf außerstrafrechtliche Bezugsnormen beziehen, wird hier bereits realisiert, indem (nur) letztere – tendenziell – den Vorsatz ausschließen bzw., wenn sie „umgekehrt“ sind, – tendenziell – zur Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs führen. *Bindings* Vorsatztheorie begreift *jeden* Irrtum als vorsatzausschließend; zu *Dohna* und *von Hippel* sehen Rechtsfolgen des Irrtums auf Vorsatz- oder Schuld ebene (Schuldtheorie), differenzieren dabei aber nicht nach straf- und außerstrafnormativem Bezug; *jeder* „umgekehrte“ Irrtum führt nach der Literatur zur Straflosigkeit, da diese neben dem Wahndelikt auch, der objektiven Versuchstheorie folgend, den untauglichen Versuch für straflos erklärt. *Schuster* hat damit – historisch und dogmatisch – die Grundpositionen umrissen und erläutert sodann, den Einfluss *Welzels* herausstellend, die Etablierung der aktuellen Normen: §§ 16, 17 sowie §§ 22, 23 Abs. 3 StGB. Es folgt, im Sinne einer Bestandsaufnahme, ein breiter Abschnitt zu den verschiedenen modernen Ansätzen sowohl in der ausländischen Gesetzgebung als auch im deutschen Schrifttum, wie zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum sowie untauglichem Versuch und Wahndelikt zu differenzieren und wie mit diesen in der Rechtsfolge umzugehen sei.

Im Rahmen der „Entwicklung des eigenen Standpunkts“ gelangen sodann vor allen Dingen die Begriffe des Blankettstrafgesetzes und, in Gegenüberstellung, des rechtsnormativen Tat-

bestandsmerkmals in den Fokus, wobei *Schuster* den ersteren für terminologisch problematisch hält, wie überhaupt die betreffende Begriffsbildung unübersichtlich und verwirrend sei (S. 20, 115-118). Auch wenn es vor diesem Hintergrund plausibel ist, an den Erfolgsaussichten eines weiteren *terminologisch eigenständigen* Lösungsansatzes zu zweifeln, so tritt doch an dieser Stelle die selbstaufgelegte methodische Beschränkung klar hervor: *Schuster* verzichtet darauf, die genannten Begriffe dogmatisch-konstruktiv zu entwickeln, *obwohl* diese terminologisch ambivalent und zugleich nach eigener Problemdeutung zentral sind.

Der pragmatische, der Plausibilitätscharakter der im Folgenden entwickelten Aussagen ist demnach zu beachten. Das wird kaum augenfällig, wenn der Autor auf induktiv-kriminologischem Weg den ausnahmslosen Gleichlauf der Rechtsfolgen von Irrtum und umgekehrtem Irrtum postuliert: Vorsatzausschließende Irrtümer führten umgekehrt stets zum untauglichen Versuch, Irrtümer auf Schuldebene stets zum Wahndelikt. Denn evidentermaßen ist dies auch ein dogmatisch wünschenswertes Ergebnis. Punktueller, nämlich bezogen etwa auf die Bestimmung des Rechtsirrtums bei rechtsnormativen Tatbestandsmerkmalen als vorsatzausschließend, zeigt sich der Plausibilitätscharakter aber deutlicher: Dass es „auch wertungsmäßig keinen Unterschied [mache], aus welchem Grund der Täter etwa eine Sache irrig als fremd“ ansieht, nämlich „nichts an der Qualität des Tatentschlusses“ ändere (S. 127), kann man durchaus bestreiten. Auch die Formulierung, dass in bestimmten Fällen die „Bestrafung des Täters wegen untauglichen Versuchs [...] kriminalpolitisch sicherlich nicht dermaßen zwingend“ ist wie in anderen (S. 128), lässt exemplarisch durchscheinen, dass nach der gewählten Methode nichts *dogmatisch Zwingendes* zu gewinnen ist.

Was sind aber die kriminologischen Maßstäbe? Dass sich im Kontext der „Vorwerfbarkeit“ mehrfach der Begriff „verzeihlich“ findet (vgl. etwa S. 148, 156, 209, 389), ist methodisch (etwa naturrechtlich-ethisch) nicht ernst gemeint, daher nicht zielführend; hingegen substantiiert *Schuster* die „Vorwerfbarkeit“ durch Rekurs auf den „antisozialen Charakter“, nämlich die Rechtsgutsbeeinträchtigung, die er für die verschiedenen Delikte und Irrtumskonstellationen sorgfältig durchdekliniert. Demnach sei entscheidend, wann der Gesetzgeber dem Bürger eine eigenständige Subsumtion abverlange (nämlich grundsätzlich bei Blanketttatbeständen) und wann demgegenüber die Subsumtion seitens einer staatlichen Stelle selbst erfolge (nämlich hinsichtlich blankettausfüllender staatlicher Einzelakte sowie hinsichtlich Bezugsnormen rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale). In diesen letzteren Fällen „trägt“, so *Schuster* in forscher Diktion, „der partiell unmündige Bürger ... keine Verantwortung, schuldet im Gegenzug aber Gehorsam“ (S. 390), es sei also die Vorsatztheorie anwendbar, ein betreffender (Rechts-)Irrtum schließe mithin den Vorsatz aus, ein umgekehrter Irrtum bewirke einen untauglichen Versuch. Das flankierend genannte Kriterium, ob die Rechtsverhältnisse gegenüber den Rechtsfolgen einer Bezugsnorm (im Anschluss an den BGH) „in der sozialen Wirklichkeit ein eigenständiges Dasein“ führen (etwa S. 182, 188, 390), wirkt demgegenüber eher chiffrenhaft.

Im zweiten, selbständig für sich stehenden Teil der Arbeit (S. 212 ff.) untersucht *Schuster* zunächst, wie im Bereich bezugnehmender Strafnormen das Rückwirkungsge- und -verbot zu konkretisieren ist. Dass die nachträgliche *Verschärfung* blankettausfüllender oder durch rechtsnormative Tatbestandsmerkmale in Bezug genommener Normen dem Täter gem. § 2 Abs. 1, 3 StGB nicht angelastet werden kann, lässt sich rasch feststellen. Im umgekehrten Fall, so der Autor, sei aber zu differenzieren, nämlich „größtenteils parallel zur Irrtumslehre“ (S. 251): Ändere sich ein blankettausfüllendes Merkmal nachträglich zugunsten des Täters, so sei dies grundsätzlich zu berücksichtigen, außer es handle sich um das Element eines staatlichen Einzelakts; die Änderung von Normen, die rechtsnormative Straftatbestandsmerkmale bestimmten, sei grundsätzlich unbeachtlich.

Partiell Strukturanaloges sei sodann festzustellen für die Bestimmtheitsanforderungen: Blankett- und sie konkretisierende Normen seien bezogen auf Art. 103 Abs. 2 GG als „Gesamtbestand“ zu begreifen, wobei für – ebenfalls zu berücksichtigende – konkretisierende *nicht*-förmliche Gesetze die Anforderungen der Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG (bei Rechtsverordnungen) bzw. Art. 20 Abs. 3 GG (bei Satzungen) erfüllt sein müssten, für Einzelakte die allgemeinen Bestimmtheitserfordernisse des Art. 20 Abs. 3 GG, beziehungsweise, spezieller, des § 37 VwVfG. Anders sei dies – korrelierend mit der Privilegierung des irrenden Täters – bezogen auf rechtsnormative Straftatbestandsmerkmale und den von diesen in Bezug genommenen

Normen: Nur erstere unterlägen dem Bestimmtheitsgebot, letztere, hinsichtlich derer der Gesetzgeber dem Bürger keine selbständige Subsumtion abverlange, hingegen nicht. Auch unterläge die Anwendung der letzteren im Gegensatz zu den blankettausfüllenden Normen nicht dem Analogieverbot.

Auch der dritte Teil der Arbeit (S. 304 ff.) steht selbständig für sich. Er thematisiert zunächst das „europäische Strafrecht“, hier nämlich die Frage, welche Maßstäbe an nationale Strafnormen zu stellen sind, die europäische Richtlinien umsetzen: Die Auslegung sei sowohl durch europäische als auch grundgesetzliche Vorgaben beschränkt; statische und auch dynamische Verweisungen auf europäische Normen, insbesondere mittels Blankettechnik, seien bedingt zulässig, die Konkretisierung der europäischen Normen durch nichtförmliche Gesetze durch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG begrenzt. Bezogen auf Straftaten mit Auslandsbezug stellt *Schuster* fest, dass deutsche Blankettnormen nicht durch ausländische Bezugsnormen ausgefüllt werden könnten, deutsche rechtsnormative Straftatbestandsmerkmale hingegen grundsätzlich (das heißt insbesondere nach dem Maßstab des Art. 6 EGBGB) schon; auch ausländische staatliche Einzelakte könnten Relevanz entfalten.

Abgesehen von den Ausführungen zum europäischen Strafrecht, die sich, so der Autor, aus dessen praktischer Bedeutung rechtfertigten (S. 388), liegt das Verbindende der drei in sich geschlossenen Teile also in der gleichermaßen belegten Bedeutung der unterschiedlichen Verweisungstechnik. Für den weit überwiegenden Teil der untersuchten Strafnormen gelangt *Schuster* dabei zu übereinstimmenden Ergebnissen mit der Rechtsprechung. Dass man sich im Einzelfall weiterhin streiten kann, entwertet diesen Gesamtbefund in der Tat nicht; und als Wechselwirkung ergibt sich durchaus eine beachtliche Konsistenzsteigerung, so dass der Autor seinen Anspruch, „dem Vorwurf einer intuitiven Rechtsfindung (mit Blick auf das gewünschte Ergebnis) besser entgegnetreten“ zu können, durchaus einlöst (S. 401). Ganz entkräften kann er ihn aber nicht. Denn die gewählte Methode ist ihrerseits nicht gegen zirkuläre Argumentationsstrukturen gefeit. Erst die Implementierung der induktiv-kriminologisch gefundenen Maßstäbe in eine begrifflich geschlossene Dogmatik könnte das, aufs Ganze gesehen, bewerkstelligen – was indes nicht als Kritik verstanden sei, sondern als Desiderat, das gegenüber dem klar formulierten und konsequent und detailgenau durchgeführten methodischen Konzept *Schusters* eine eigene Themenstellung bildet.

Rechtsanwalt Nico Werning, LL.M., München

Danneker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht

2. Auflage, Heidelberg 2012, 517 Seiten, 69,95 €, 568 Seiten inkl. Literatur- und Stichwortverzeichnis, ISBN 978-3-8114-4455-3

Das schon kurz nach seinem Erscheinen zum Standardhandbuch avancierte Werk zum Insolvenzstrafrecht von Danneker, Knierim und Hagemeier aus der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ des C. F. Müller Verlags ist Anfang des Jahres 2012 in der zweiten Auflage erschienen. Vier Jahre sind seit der Erstauflage vergangen, sodass zahlreiche Neuerungen einzuarbeiten waren, was – um es vorwegzunehmen – durchweg gelungen ist. Das Buch bietet einen hervorragenden, umfassenden und aktuellen Überblick über die hochkomplexe Materie des Insolvenzstrafrechts, die in der täglichen Arbeit des Verteidigers in Wirtschaftsstrafsachen großen Raum einnimmt.

1.

Das Buch gliedert sich in vier große Teile: Nach den instruktiv dargestellten Grundlagen (Teil 1, S. 1-190), die vom Aufbau her der Erstauflage gleichen, wird ausführlich die Verteidigung in der Unternehmenskrise behandelt (Teil 2, S. 191-372), um anschließend die Verteidigung im Insolvenzstadium (Teil 3, S. 373-422) und damit ausführlich den besonders praxisrelevanten

ten Tatbestand des Bankrotts (§ 283 StGB) in allen seinen Facetten zu beleuchten. Abschließend wird die Verteidigung von professionell an Sanierung und Insolvenz Beteiligten dargestellt (Teil 4, S. 423-517). Der Aufbau folgt damit logisch den einzelnen Stadien einer Insolvenz, in welchen eine Verteidigung erforderlich sein kann.

Beim Aufbau im Einzelnen wurden gleichwohl einige sinnvolle Umstrukturierungen vorgenommen: Der in der Erstauflage noch gesondert behandelte Komplex der „Verteidigung im Umfeld von Insolvenz und Liquidation“ (Teil 4 in der Erstauflage) wurde in der zweiten Auflage nicht als solcher fortgeführt, sondern die dortigen Ausführungen wurden an anderer Stelle sinnvoll integriert.

Der zweite Teil des Werks wurde ebenfalls umstrukturiert und enthält nun die äußerst praxisrelevanten Ausführungen zu Fallgruppen und Besonderheiten der Strafbarkeit wegen Untreue; darunter fallen insbesondere die unterlassene Vermögensmehrung (S. 279 f.) und die (schadensgleiche) Vermögensgefährdung (S. 280 ff.); hier wird auch die wegweisende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Tatbestand der Untreue (BVerfG NJW 2010, 3209 ff.) behandelt, wenngleich eine ausführlichere Behandlung dieses Urteils wünschenswert gewesen wäre, da die praktischen Auswirkungen der Entscheidung nicht überschätzt werden können: Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Entscheidung beinahe selbst zur Superrevisionsinstanz in Untreuestrafverfahren gemacht, nachdem es jede mögliche Verurteilung wegen Untreue einer besonderen verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen sehen will.

Zudem werden hier die Haushalts- bzw. Amtsuntreue (S. 282), schwarze Kassen (S. 282 ff.), Cash-Pooling im Konzern (S. 284 ff.), Zuwendungen an Dritte (S. 287 ff.), Risikogeschäfte (S. 293 ff.), Existenzvernichtung (S. 295 f.) und Marktstörungen (S. 296 ff.) behandelt, wobei all diese Themenkomplexe anhand der neuesten dazu ergangenen Rechtsprechung erläutert werden. Die bisherigen Ausführungen zur Beitragsvorenthaltung und zu Buchführung und Bilanzierung werden ergänzt durch einen umfangreichen Beitrag zu Insolvenzdelikten im weiteren Sinne (S. 315 ff.), so etwa unter der Generalüberschrift der Finanzierung geschäftlicher Aktivitäten insbesondere zum Subventionsbetrug (§ 264 StGB), zum Versicherungsmisbrauch (§ 265 StGB), zum Kreditbetrug (§ 265 b StGB) bzw. (Kredit-)Betrug (§ 263 StGB) und kurz zur Steuerhinterziehung in der Unternehmenskrise, sodann unter „Vereitelung des Gläubigerzugriffs“ zur Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) und zur Pfandkehr (§ 289 StGB) sowie unter der Überschrift „Unrichtige Erklärungen zur Geschäfts- und Vermögenslage“ schließlich zur falschen Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (§ 156 StGB).

Der dritte Teil wurde zudem um Anmerkungen zur Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) und zur Schuldnerbegünstigung (§ 283d StGB) ergänzt, die in der Erstauflage noch überwiegend im zweiten Teil zu finden sind. Der vierte Teil wurde teilweise ergänzt um eine Einführung, welche insbesondere die Aufgaben des Verteidigers und das Verteidigungsumfeld beleuchten (S. 423 ff.).

2.

Eine Besprechung der Erstauflage (*Wegner*, StV 2009, 670) gibt Anlass zu prüfen, ob die dortigen (nachvollziehbaren) Anregungen in der Neuauflage umgesetzt wurden.

Zunächst wurde vorgeschlagen, die Ausführungen zur Versagung der Restschuldbefreiung des (privaten) Schuldners wegen Fehlverhaltensweisen (S. 99 f. in der Neuauflage, S. 102 in der Altauflage) um die damals aktuelle zivil- und strafgerichtliche Rechtsprechung zu erweitern. Die zweite Auflage benennt zwar wie die Erstauflage anschaulich zahlreiche Beispiele, wann eine Restschuldbefreiung versagt werden kann; eine Erweiterung um die von *Wegner* in Bezug genommene Rechtsprechung ist jedoch nicht erfolgt. Denkbare gesetzgeberische Aktivitäten, auf die *Wegner* in seinem Aufsatz hingewiesen hat (PStR 2008, 164 ff.), werden hier auch in der Neuauflage nicht erwähnt.

Der zweite Vorschlag, die Ausführungen zur Teilnahme eines Wirtschaftsreferenten bei Durchsuchung und Beschlagnahme (S. 152 in der Neuauflage, S. 154 in der Altauflage) auszuweiten, weil dieser ein für die Verteidigung wichtiger Ansprechpartner ist, wurde ebenfalls nicht aufgegriffen. Hier würde man sich als Leser mehr Praxistipps im Umgang mit dem Wirtschaftsreferenten wünschen, während sich Erst- und Neuauflage auf den – wenngleich

zutreffenden – Hinweis beschränken, dass die Verteidigung darauf zu achten habe, dass durch ihn keine die Befangenheit auslösenden Aktivitäten entfaltet werden, er also insbesondere nicht ermittlerisch tätig werden und im Prozess als sachverständiger Zeuge auftreten darf. Der Wirtschaftsreferent hat lediglich einen gutachtlichen Auftrag, so dass die Verteidigung dafür Sorge tragen muss, eine faktische Übertragung der maßgeblichen Ermittlungen auf den Wirtschaftsreferenten zu verhindern.

Die beiden wesentlichen Vorschläge der damaligen Rezension wurden folglich bedauerlicherweise nicht umgesetzt, so dass sich dieser Wunsch an die Autoren nunmehr auf die nächste Auflage beziehen muss.

3.

Diese kleinen Ergänzungswünsche sind im Hinblick auf das Gesamtwerk gleichwohl zu vernachlässigen. Denn insgesamt profitiert das Werk von dem strukturellen Umbau, weil es nun noch logischer aufgebaut ist. Neben diesem Vorteil gegenüber der Erstauflage und neben der neu gewonnenen Aktualität – die Autoren berücksichtigen die Rechtsprechung bis etwa Herbst 2011 – ist es zudem vor allem die Stärke des Buches, dass es den Autoren gelungen ist, eine kraftvolle Allianz aus Wissenschaft und Praxis zu schmieden, so dass der Leser sich bei der Lektüre des Werks auf ein fundiertes und breites Wissensspektrum verlassen und seine Ausführungen im Rahmen des Mandats bedenkenlos darauf stützen kann.

In diesem Rahmen sind besonders die Beiträge von Knierim hervorzuheben: Im zweiten Teil (nun gemeinsam mit Smok) enthält das Buch Übersichten und Checklisten, die den Leser in die komfortable Lage versetzen, sich einen schnellen und dennoch vollständigen Überblick über den jeweiligen Themenkomplex zu verschaffen. Gerade mit den Checklisten gibt Knierim dem Leser eine Hilfestellung an die Hand, die er unmittelbar in der Bearbeitung des Mandats zu Rate ziehen kann. Gleiches gilt für den vierten Teil, ebenfalls von Knierim bearbeitet, der zahlreiche Praxishinweise enthält, die sich konkret auf die Verteidigung oder Beratung des Mandanten beziehen. Der Leser profitiert so in besonderer Weise von der umfangreichen praktischen Erfahrung des Autors.

4.

Nach allem hat sich das Buch in der Neuauflage positiv weiterentwickelt und kann sowohl zur allgemeinen Einarbeitung in die Materie als auch als verlässlicher Ratgeber in der konkreten Mandatssituation uneingeschränkt empfohlen werden. Ein fortwährender Erfolg ist den Autoren zu wünschen; durch die Neuerungen wird es seine Position als Standardwerk in der Verteidigerliteratur festigen und weiter ausbauen können.

Ass. Jur. Björn Fleck M.A.

Dr. Helmut Görling; Dr. Cornelia Inderst; Prof. Dr. Britta Bannenberg (Hrsg.): Compliance, Aufbau – Management – Risikobereiche

2010, Reihe C. F. Müller Wirtschaftsrecht. Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg

ISBN: 978-3-8114-3648-0

Erschienen ist dieses Buch bereits im Jahr 2010. Warum also eine Rezension im Jahre 2012 über dieses Buch? Die Antwort ist einfach: Die Bedeutung von Compliance nimmt mit jedem Jahr in der deutschen Wirtschaft weiter zu. Nicht nur große Weltkonzerne verfügen über Compliance-Beauftragte oder Compliance-Programme sondern auch die mittelständische Wirtschaft nimmt sich des Themas an. Zu dem Thema Compliance einzelner Branchen gibt es inzwischen einige Bücher. Das vorliegende Buch ist nicht auf einen Wirtschaftszweig beschränkt sondern universell für alle Branchen einsetzbar. Eine aktuelle Rezension ist deshalb

wichtig, weil das Buch für den Leser eine wertvolle Arbeitshilfe im Berufsalltag und besonders empfehlenswert ist.

Bei Compliance geht es um die Einhaltung von Regelungen. An dieser Stelle kommt meist die gedankliche Verknüpfung zu Juristen. Aber weit gefehlt. Gleich in der Einführung zum Thema Compliance wird darauf hingewiesen, dass eine ausschließlich rechtliche Betrachtungsweise des Themas Compliance nicht ausreichend ist. Nicht für die interne Rechtsabteilung ist das Buch geschrieben, sondern für alle Praktiker, die sich mit dem Thema vertieft auseinander setzen wollen oder es umsetzen müssen. Diesen Praktikeransatz erfüllt das Buch voll und ganz. Zusätzlich wird auf die Gesetzgebung und Rechtsprechung eingegangen. Herausgestellt werden dabei der jeweilige Adressat und die möglichen rechtlichen Konsequenzen.

Das Buch umfasst 773 Seiten vom Vorwort bis zum Stichwortverzeichnis. Unterteilt ist es in 7 Kapitel. Themen sind:

1. Begriffsbestimmung Compliance: Bedeutung und Notwendigkeit
2. Rechtliche und sonstige Grundlagen für Compliance
3. Der Aufbau einer Compliance-Abteilung
4. Compliance-Organisation in der Praxis
5. Risikobereiche
6. Compliance und Strafrecht
7. Compliance und Aufsichtsrecht

1) **Begriffsbestimmung Compliance: Bedeutung und Notwendigkeit**

Bei der Positionierung des Begriffs Compliance wird kurz die Ausgangslage beschrieben. Weniger die Frage, ob sich ein Unternehmen rechtskonform verhalten muss ist neu, sondern wie Risiken für ein Unternehmen effektiv verhindert werden können. Es werden die gestiegenen rechtliche Anforderungen und das Thema Compliance-Organisation sowie -Funktion behandelt.

2) **Rechtliche und sonstige Grundlagen für Compliance**

Bei der Bestimmung der rechtlichen Grundlage wird der gesamte deutschsprachige Raum einbezogen. So werden Österreich und die Schweiz neben Deutschland in eigenen Abschnitten aufgeführt. Dieses hat zweierlei Vorteile. Das Buch ist damit neben Deutschland geeignet für Unternehmen in Österreich oder der Schweiz. Gleichzeitig erhält der Leser bei Bedarf Einblicke in die Regelungen und Strukturen andere Rechtssysteme. Innerhalb der beiden aufgeführten Rechtssysteme werden wiederum eine Fülle von verschiedenen Risikobereichen aufgeführt.

3) **Der Aufbau eine Compliance-Abteilung**

Auf 17 Seiten werden die wichtigsten Themen zum Aufbau einer Compliance-Abteilung dargestellt. Dazu gehören die Verantwortung des Managements, die Person des Compliance-Officers und dessen Aufgaben. Der Autor weist am Anfang auf die notwendige Unterstützung und Vorbildfunktion des Managements hin. Anderenfalls wird dem Aufbau einer Compliance-Abteilung nur ein zweifelhafter Erfolg beschieden sein.

4) **Compliance-Organisation in der Praxis**

Dieses sehr umfassende Kapitel ist in vier Abschnitte unterteilt. In „A. Das Compliance-Programm und praktische Umsetzung“, „B. Praktische Umsetzung des Compliance-Programms aus Beratungssicht“, „C. Corporate Responsibility als Schlüssel für Compliance“ und „D. Integritätsmanagement als Waffe gegen Wirtschaftskriminalität“.

A.: Als erster Schritt wird die Feststellung der Risikobereiche im Unternehmen vorgeschlagen. Dabei geht es um eine Erstfeststellung aber auch um einen laufenden Prozess. Das

Know-how zur Risikoordnung ist nach Ansicht der Autoren in den Unternehmen vorhanden. Unerlässlich ist dabei der Austausch zwischen dem Compliance-Manager, Risiko-Manager und den Geschäftsbereichen. Als Beispiel werden komplexe Systeme, wie weltweit tätige Unternehmen, angeführt. Als nächster Schritt wird die Bekämpfung oder Kontrolle des jeweiligen Risikos aufgeführt. Berücksichtigt werden muss, dass nicht jedes Risiko gänzlich ausgeschaltet werden kann.

Weitere Einzelaufgaben der Compliance-Organisation sind die Beratung und Schulungen. Beim Abschnitt Schulungen werden die verschiedenen Medien und Möglichkeiten aufgeführt. Zuletzt wird das Thema Outsourcing aufgegriffen.

B.: Ziel eines Compliance Management-Systems ist es bestehende Risiken im Unternehmen rasch und vollständig wahrzunehmen und dann zu minimieren. Die Umsetzung erfordert übergreifende Maßnahmen im gesamten Unternehmen. Aufgeführt werden in Tabellenform (Seite 128) die Bausteine des Compliance-Programms. Das System wird unterteilt in 9 Bereiche von den Unternehmensgrundsätzen bis zur Erfolgskontrolle. Diese werden auf 20 Seiten ausgeführt.

C.: In diesem Abschnitt geht es um die Werteorientierung, um so für Sicherheit für Mitarbeiter und Unternehmen zu sorgen, aber auch Geschäftsbeziehungen stabiler und langfristiger ertragreich werden zu lassen. Damit stellt sich die Frage, wie man dieses erreichen kann. Das Aufstellen bloßer Regelungen hilft dabei nicht weiter. Im folgenden Text wird die Problemstellung des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umfelds weiter erörtert. Es geht dabei unter anderem um die Schnelligkeit von Veränderungen oder das Management als Vorbild. Zuletzt geht der Verfasser auf Handlungsansätze aus der Unternehmenspraxis ein.

D.: Auch in diesem Unterkapitel wird darauf hingewiesen, dass alleine die Schaffung von Regeln und Anweisungen nicht ausreichend ist, damit das Eigeninteresse von Mitarbeiter und Führungskräfte nicht über das Firmeninteresse gestellt wird. Das Integritätsmanagement will dieses verhindern, indem es die Ziele von Mitarbeitern, Führungskräften und dem Unternehmen harmonisiert. Dabei soll der Mitarbeiter seine individuellen Werte an den ganzheitlichen Zielsetzungen des Unternehmens ausrichten. Mit diesem Ansatz soll erreicht werden, dass er die Unternehmensziele freiwillig, aus einer inneren Motivation heraus verfolgt. Dadurch unterlassen Mitarbeiter und Führungskräfte Handlungen, die Normen und ethische Werte des Unternehmens verletzen. „Es geht nicht darum, illegale Handlungen nur unterbinden zu wollen, sondern mittels eines Integritätsmanagements überflüssig zu machen“. Wie dieses in der Praxis erreicht wird, erklärt der Autor auf 13 Seiten. Dass die Umsetzung nicht durch eine Anordnung der Geschäftsleitung erfolgen kann oder durch einen einfachen Umbau der Ablauforganisation, versteht sich. Vielmehr ist ein Umdenken erforderlich und damit ein langfristiger Prozess.

5) Risikobereiche

Dieses ist der umfangreichste Teil des Buches. Inhaltlich wird eine Vielzahl von branchenübergreifenden Risiken aufgeführt. Das jeweilige Thema wird gut gegliedert erklärt und Schnittstellen zu anderen Bereichen werden aufgezeigt. Damit kann dieses Kapitel gleichzeitig als Checkliste zur Überprüfung der eigenen Organisation dienen. Folgende Risikobereiche sind aufgeführt:

- Verhaltensregeln in kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren
- IT/elektrische Kommunikation
- Korruption
- Geldwäsche
- Datenschutz
- Dokumentenmanagement
- Nachhaltigkeit
- Auskünfte von Vertragspartnern zur Überwachung von Compliance

- Intellectual Property
- Steuern
- Umweltrecht
- Produktsicherheit und Produkthaftung
- Compliance-Due Diligence
- Krisenkommunikation

6) Compliance und Strafrecht

Zuletzt darf die mögliche Strafe bei Missachtung der gesetzlichen Vorschriften nicht übersehen werden. Im Abschnitt Bußgelder werden die Konsequenzen bei einem Verstoß gegenüber dem Unternehmen, dem Compliance Officer, den Mitarbeitern und dem jeweiligen Unternehmensorgan aufgezeigt. Dabei können Geldbußen bei einer vorsätzlichen Straftat bis zu EUR 1 Mio. betragen.

7) Fazit

Es handelt sich um ein sehr gelungenes und informatives Sammelwerk, das seinem Praxisanspruch gerecht wird. Für den Compliance-Officer oder die Führungskräfte werden die Themen gut aufbereitet und gegliedert abgehandelt. Zu allen wesentlichen Stichworten eines Themas gibt es prägnante Ausführungen. Jeder einzelne Abschnitt hat einen wichtigen Praxisbezug. Die rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und zugehörige Auswirkungen für den Bereich Compliance werden anschaulich, kompakt, umfassend und informativ veranschaulicht. Der empfehlenswerte Sammelband vermittelt dem Leser einen guten Überblick. Gleichzeitig bietet sich das Werk auf Grund seines Umfangs und der Vielfalt der dargestellten Themen sowie seiner Praxisnähe als Nachschlagewerk bei konkreten Fragen an.

Rechtsanwalt Dr. Sascha Straube, M.A., München

Schlothauer/Weider: Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder

4. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, 642 Seiten, Kartoniert, € 59,95. ISBN 978-3-8114-3494-3 (Praxis der Strafverteidigung)

Zehn Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe haben Schlothauer/Weider Mitte 2010 die 4. Auflage ihres umfassenden Praxiswerks zum Untersuchungshaftrecht vorgelegt. Die Neuauflage wartet mit 100 Seiten zusätzlich auf und bereichert die Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ des C. F. Müller Verlags.

Mit seinen jetzt mehr als 600 Seiten kommt das Werk mächtig und, obwohl nicht gebunden, gewichtig daher. Und es will auch mehr Standardwerk als kurzes Aktentaschennachschlagewerk sein. Dabei gelingt es den Autoren, den Spagat zwischen umfassendem Handbuch und praxisnahem Soforthelfer zu meistern.

Die Untersuchungshaft ist der gravierendste Eingriff des Staates in das Leben eines Beschuldigten. Und auch in Wirtschaftsstrafverfahren ist sie mit Blick auf hohe vorgeworfene Schadenssummen zum festen Bestandteil des staatsanwaltschaftlichen Instrumentariums geworden. Und gerade in diesem Tätigkeitsfeld stellt die Untersuchungshaft für den oftmals nicht vorbestraften, gut situierten und komfortgewöhnten Mandanten eine vollkommen ungewohnte und kaum erträgliche Härte dar. Sein Verteidiger muss in dieser Ausnahmesit-

tuation alle Register ziehen können und darf nichts unversucht lassen. Die Klaviatur der Möglichkeiten zeigen Schlothauer/Weider anhand der jeweiligen Verfahrenssituation auf.

Die Neuauflage folgt in ihrem Aufbau dem Schema der sich immer enger um den Mandanten legenden Schlinge der Untersuchungshaft. Der Kontakt und die Kommunikation mit dem festgenommenen Mandanten bilden nach der Einleitung den gelungenen Einstieg in die Übernahme eines Haftmandats. Die Autoren zeigen die rechtlichen und tatsächlichen Probleme bei der Kontaktaufnahme auf und bestehen auf der Ausschöpfung aller sich bietenden Möglichkeiten insbesondere auch zur Informationsgewinnung. Die übersichtliche Gliederung ermöglicht den schnellen Zugriff auf die gesuchte Konstellation.

Im folgenden dritten Teil steht die Verteidigung gegen die drohende Inhaftierung im Fokus. Von der vorläufigen Festnahme bis zur Vorführung vor den Ermittlungsrichter werden die zahlreichen Ansatzpunkte dargestellt und neben der Erläuterung der wesentlichen Formlichkeiten finden auch immer wieder Beispiele aus der Praxis und hilfreiche strategische Ideen Eingang in den gut lesbaren Text. In diesem Kapitel findet auch das neue Recht auf Beiordnung eines Rechtsanwalts nach Verhängung der Untersuchungshaft seinen Platz. Die Probleme, die sich mit der unverzüglichen Beiordnung eines Verteidigers stellen, werden ausführlich diskutiert.

Gerade die wertvollen praxisnahen Tipps und Ablaufdarstellungen sind durchaus auch für erfahrene Kollegen lesenswert, da sie Denkanstöße und Argumente liefern, die sich in der Auseinandersetzung mit Polizei, Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter gut verwenden lassen.

In den Appellen zu unbeirrt anhaltendem Einsatz für die Rechte des Mandanten findet sich der engagierte Verteidiger wieder. Es fällt allerdings auf, dass Schlothauer/Weider in ihrer sehr treffenden Beschreibung der Haftsituation den erstmals mit Untersuchungshaft Konfrontierten vor Augen haben. Ein zumindest kurzes Eingehen auf hafterfahrene Mandanten, die im Zweifel die Mechanismen der Verschiebung, die Taktung des Essens und der Einkaufsmöglichkeiten und die Besonderheiten einzelner Haftanstalten weit besser kennen als jeder Verteidiger, wäre in diesem Kapitel eine sicher lesenswerte Ergänzung.

Der vierte Teil bildet das erste Zentrum des Werkes und thematisiert die Verteidigungsmöglichkeiten gegen die Voraussetzungen der Anordnung von Untersuchungshaft. Neben der breiten tatsächlichen und rechtlichen Angriffsfläche des dringenden Tatverdachts widmen sich die Autoren anhand ausführlicher und aktueller Rechtsprechungs- und Literaturhinweise vor allem der Verteidigung gegen die Haftgründe. Auch hier gilt, dass die gewohnt logische Gliederung es dem Leser ermöglicht, schnell und zuverlässig an die für ihn relevante Stelle zu springen und sich dort mit Argumenten zu versorgen. Die Unterüberschriften benennen die Konstellationen treffend.

So findet sich zum Beispiel zur Fluchtgefahr eine ausführliche Argumentation mit bestehenden sozialen Bindungen (Familie, Wohnverhältnisse, Arbeitssituation, Vermögenssituation, sonstige Umstände), auch bei ausländischen Beschuldigten mit einer gesonderten Betrachtung der Fluchtgefahr bei EU-Bürgern. Dabei weisen die Autoren auch immer auf die Gefahren hin, wie die gefundenen Argumente bei weniger wohlwollender Betrachtung durch die Ermittlungsbehörden zum Bumerang werden können. Die fettgedruckten Schlagworte innerhalb des Textes erleichtern die Orientierung.

In dem kurzen fünften Teil finden Haftbefehle in atypischen Verfahrenssituationen ihren Platz, so die Verhaftung nach Anklageerhebung, in der Hauptverhandlung oder bei Urteilsverkündung.

Mit dem sechsten Teil stößt der Leser zum zweiten Zentrum des Werkes vor, das sich mit den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die angeordnete Untersuchungshaft beschäftigt. Ein übersichtliches Schaubild über die Rechtsmittel eröffnet das Kapitel. Im Anschluss gehen die Autoren ausführlich auf die Handlungsmöglichkeiten gegen den Haftbefehl ein und stellen die (mündliche) Haftprüfung, die Haftbeschwerde und die weitere Beschwerde dar. Auch die Verfassungsbeschwerde als letzte Option wird kurz behandelt. Sinnvoll wird in diesem Kapitel grundsätzlich zwischen der Situation vor und nach Anklageerhebung unterschieden.

Der siebte Teil befasst sich mit der zeitlichen Begrenzung der Untersuchungshaft, dem Beschleunigungsgebot und der Überprüfung der Haft durch das OLG. Auch hier finden sich wertvolle Argumentationshilfen insbesondere gegen die oft formelhaft gebrauchten Argumente der Oberlandesgerichte. Die Verfassungsbeschwerde als einzige Chance einer Überprüfung der OLG-Entscheidung wird ebenfalls kurz angerissen, wobei die Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ bekanntermaßen auch für die Situation, in der der Gang zum Bundesverfassungsgericht besritten werden soll, ein hilfreiches Buch zur Verfügung stellt.

Der kurze achte Teil behandelt die Beendigung der Untersuchungshaft und den Übergang zur Strafhaft. Daran schließt sich ein umfangreicher Teil zu den Haftbedingungen und der Haftsituation an, der dem Verteidiger Hilfen an die Hand gibt, so dass das Mandat auch nach einer Verurteilung nicht zu Ende sein muss, dem Mandanten vielmehr auch in der Strafhaft wirkungsvoll zur Seite gestanden werden kann. Denn die Haftbedingungen werden es sein, die den Mandanten nach einer rechtskräftigen Verurteilung am dringendsten interessieren.

Die beiden folgenden Teile befassen sich mit der Situation nach Aufhebung des Haftbefehls und dem Einfluss, den die erlittene Untersuchungshaft auf eine etwaige Verfahrenseinstellung, auf den Rechtsfolgenausspruch sowie auf die Strafvollstreckung hat. Auch die Voraussetzungen für eine Haftentschädigung finden sich hier. Der Anhang hält 17 Muster für Verteidigeranträge bereit.

Aufgrund des Erscheinungsdatums konnte das am 01.01.2012 in Kraft getretene Bayerische Untersuchungshaftvollzugsgesetz – BayUVollzG vom 20.12.2011 noch nicht berücksichtigt werden. Die nächste Auflage wird hier Abhilfe schaffen. Die Internetseite des Verlages weist jetzt schon unter Produktservice auf das BayUVollzG hin und verlinkt zum Gesetzestext.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Buch alle relevanten Aspekte behandelt und die meisten Fragen beantworten kann oder jedenfalls weiterführende Rechtsprechungshinweise und Literaturtipps bereithält.

Nach alledem kann man sich den Herausgebern nur anschließen, wenn sie den neuen Schlothauer/Weider im Vorwort nicht nur als Klassiker der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ bezeichnen, sondern von einem Standardwerk zum Untersuchungshaftrecht sprechen. Es sollte bei allen Kollegen, die Haftsachen übernehmen, einen festen Platz in der Bibliothek haben. Und je seltener der Kontakt zu Haftmandaten ausfällt, desto grifffbereiter sollte der Platz gewählt sein.

Rechtsanwältin Dr. Caroline Jacob, FAinStrR, Frankfurt am Main

Hinweisgebersysteme – Implementierung im Unternehmen

Alexander Schemmel/Dr. Felix Ruhmannseder/Dr. Tobias Witzigmann, 1. Auflage (2012), Verlag C.F. Müller

Mit diesem Buch ist den Autoren eine handwerklich solide, inhaltlich schlüssige und umfassend strukturierte sowie auf die Bedürfnisse der Praxis ausgerichtete Bearbeitung dieses komplexen Themas gelungen. Eine in einem wahren Dschungel von einschlägigen und teilweise wenig überzeugenden Publikationen erfreuliche Ausnahmeerscheinung.

Die acht Kapitel, in die der gesamte Themenkomplex untergliedert ist, sind in der Logik der Verständnissequenz des dargebotenen Stoffes so aufgebaut, dass Kapitel 1 mit einer Begriffsklärung beginnt und sich dann in einem zweiten Absatz mit dem schwierigen Thema des Spannungsfeldes zwischen Denunziantentum und Zivilcourage beschäftigt. Dabei verkennen die Autoren nicht, dass aus diesem Spannungsfeld durchaus erhebliche Störungen des Betriebsklimas sowie des Betriebsfriedens resultieren können, die aber bei Implementierung eines funktionstüchtigen Hinweisgebersystems vermieden oder doch zumindest abgemildert werden können. Der dritte Absatz des ersten Kapitels gibt einen Überblick über die wichtigsten Ausgestaltungsmöglichkeiten des Hinweisgebersystems und muss insbe-

*Spannungsfeld zwischen
Denunziantentum und Zivilcourage*

Grundprinzipien der „Compliance-Organisation“

sondere hinsichtlich deren rechtlicher Aspekte im Zusammenhang mit Kapitel fünf gelesen werden.

Die unvermittelte Konfrontation des vielleicht nicht so kundigen Lesers mit den Grundprinzipien der Compliance-Organisation in Kapitel 2 hätte vielleicht etwas sinnhafter erfolgen können, wenn im vorangegangenen Text bei den Begriffsklärungen der Terminus „Compliance“ nicht völlig losgelöst vom Gegenstand des Buches stünde. Man hätte sich die deutliche Hervorhebung gewünscht, dass das Hinweisgebersystem ein integrierter, wichtiger Bestandteil eines effektiven Compliance-Management-Systems darstellt. Die zum Verständnis einer funktionsfähigen Compliance-Organisation erforderlichen Informationsgrundlagen sowie die wichtigsten Schritte auf dem Weg zu einem effizienten Compliance-Management-System sind umfassend, verständlich und praxisnah dargestellt.

Mögliche Gründe für die Implementierung eines Hinweisgebersystems

Kapitel 3 führt mögliche Gründe für ein Unternehmen auf, ein Hinweisgebersystem zu implementieren. Sieht man von dem Sonderfall deutscher Unternehmen einmal ab, deren Wertpapiere an einer US-amerikanischen Wertpapierbörse gehandelt oder in den USA anderweitig öffentlich angeboten werden, so sind Unternehmen nach Maßgabe des geltenden deutschen Rechts nicht verpflichtet, ein Hinweisgebersystem einzurichten. Dennoch gibt es nach zutreffender Meinung der Autoren sechs gute Gründe, die für eine Implementierung eines Hinweisgebersystems sprechen. Wenngleich jeder dieser sechs Gründe für sich selbst spricht und entsprechend überzeugend dargestellt wird, ist der Hinweis auf die wechselseitige Wirkung des Hinweisgebersystems auf die Unternehmenskultur und der Unternehmenskultur auf das Hinweisgebersystem gerade wegen der Ambivalenz besonders verdienstvoll.

Vorteile eines funktionierenden Hinweisgebersystems

Gut gelungen ist auch das 4. Kapitel, das die Vorteile eines funktionstüchtigen Hinweisgebersystems aus Sicht potentieller Hinweisgeber beschreibt. Es gelingt den Autoren überzeugend darzustellen, wie strafrechtliche Risiken des Hinweisgebers auszuschließen und arbeits- und zivilrechtliche Risiken minimiert werden können. Eine praktische Verhaltenshilfe für den Hinweisgeber ist insbesondere dieses Kapitel, weil gezeigt wird, dass trotz der Vielzahl möglicher Pflichtverletzungen des Hinweisgebers ein rechtlich für ihn folgenloses Hinweisen dennoch möglich ist, wenn ein funktionstüchtiges Hinweisgebersystem implementiert ist und der "Whistleblower" sich an die vom Arbeitgeber für die Hinweiserteilung vorgegebenen Regeln hält.

Eigene Ausgestaltung des Hinweisgebersystems

Das 5. Kapitel macht klar, dass das Hinweisgebersystem als wesentliche Komponente des in Kapitel 2 dargestellten Compliance-Management-Systems zwar in dieses eingebettet ist, aber einer eigenen Ausgestaltung bedarf. Bei der Bestimmung des Hinweisempfängers dürfte sich die Empfehlung der Verfasser, eine unternehmensexterne Ombudsstelle zu beauftragen, ohnehin mit dem Verfahren decken, das wohl derzeit als "best practice" anzusehen ist. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn sich die Autoren von der Auslobung einer Prämie für Hinweisgeber doch ein wenig stärker distanzieren hätten. Wertvoll und zielführend ist die Darstellung der Implementierung des Hinweisgebersystems in einen Verhaltenscodex und die Einführung entsprechender Regelungen in das Arbeitsverhältnis.

Datenschutzrechtlich relevante Maßnahmen

Kapitel 6 zeigt eindrucksvoll, dass es bei der Entgegennahme und Bearbeitung von Hinweisen aus dem Hinweisgebersystem in aller Regel zu einer Fülle datenschutzrechtlich relevanter Maßnahmen kommt. Wenn die Autoren darauf hinweisen, dass es deshalb bereits im Stadium der Planung eines Hinweisgebersystems zwingend erforderlich ist, sich frühzeitig Gedanken über dessen datenschutzkonforme Ausgestaltung zu machen, zeigt sich auch hier die sich wie ein roter Faden durch das Buch ziehende Praxisorientierung der Ausführungen.

Zugriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden

Kapitel 7, das sich mit den Zugriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden auf die erlangten Informationen beschäftigt, zeigt auf, dass derjenige Hinweisgeber, der ggf. selbst in das in Rede stehende Fehlverhalten involviert war, sich zumindest im Falle eines externen Ombudsmannes wegen dessen Zeugnisverweigerungsrechtes sowie der Beschlagnahmefreiheit seiner sich in seinem Gewahrsam befindlichen Unterlagen zunächst in einem strafrechtsfreien Raum bewegt, es sei denn, der Ombudsmann ist von seiner Schweigepflicht entbunden worden. Dies dürfte sicherlich die Bereitschaft des Hinweisgebers erhöhen, Informationen preiszugeben, aber auch im Interesse des Unternehmens liegen.

Leitfaden

Kapitel 8 schließlich macht die Publikation rund und liefert als Zusammenfassung einen vorbildlichen, synoptisch gefälligen und praxisorientierten Leitfaden für die Einführung eines funktionstüchtigen Hinweisgebersystems.

Das Buch wird die nicht immer emotionsfreie Diskussion zu diesem Thema entscheidend vorwärts bringen und einen begrüßenswerten Beitrag zur Stabilisierung einer "best practice" leisten.

Wer steht am Steuer?



**Interdisziplinärer Austausch, internationale Vernetzung,
mehr Rechtssicherheit schaffen.**

WisteV

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.

**Sie haben Interesse an einer Mitgliedschaft oder weitere Fragen?
Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme!**

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.
Rundeturmstraße 12 | 64283 Darmstadt

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

info@wistev.de | www.wistev.de