

Geheimnisse durchgeführt (Art. 173 StPO). Sofern notwendig, erfolgt alsdann seitens des Richters eine Aussonderung der nicht beweistauglichen sowie der dem Aussageverweigerungsrecht bzw. einem schutzwürdigen Geheimnis unterliegenden Aufzeichnungen und Gegenstände und die Übergabe der einer Durchsichtung zugänglichen Dokumente an die Strafverfolgungsbehörde.¹⁵

Nach meinem Dafürhalten kann bei der Siegelung nicht nur das Vorliegen eines Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrechts geltend gemacht werden, sondern es ist auch möglich, sich auf Geheimnisse gemäß Art. 173 StPO zu berufen. In letzterem Fall findet alsdann eine Interessenabwägung statt zwischen dem strafprozessual grundsätzlich zu achtenden Geheimnis und dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung. Es wird zugegebenermaßen in der Regel so sein, dass insbesondere zu Beginn einer Untersuchung ein Geheimnis gemäß Art. 173 StPO einer Durchsichtung kaum wird entgegenstehen können, wobei es natürlich auch auf die Schwere des in Frage stehenden Delikts ankommt. Unzutreffend erscheint es indes, die Zulässigkeit einer Berufung auf Geheimnisse gemäss Art. 173 StPO gänzlich zu unterbinden, wie dies in gewissen Kantonen – z.B. Kanton Bern – zu beobachten ist.

Verweigert die Strafverfolgungsbehörde die Siegelung, kann dagegen mit einer StPO-Beschwerde vorgegangen werden. Gegen den Entsiegelungsentscheid an sich würde gestützt auf Art. 248 Abs. 3 StPO einzig die Beschwerde ans Bundesgericht zur Verfügung stehen; das Bundesgericht schaltet freilich entgegen dem klaren und bekanntlich noch sehr neuen Gesetzeswortlaut „in sehr komplexen Fällen“ eine kantonale Instanz ein und kreiert somit die Zulässigkeit der StPO-Beschwerde gegen den Siegelungsentscheid praeter legem.¹⁶ Immerhin: für die Verteidigung ist es beruhigend zu wissen, dass die Beschwerde weiterhin stets ans Bundesgericht zu richten ist. Das Bundesgericht wiederum behält sich die Zuweisung an die kantonale Beschwerdeinstanz im Einzelfall vor.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Siegelung für die Verteidigung gerade zu Beginn einer Strafuntersuchung, in welcher die Staatsanwaltschaft eine deutliche Übermacht hat (Überraschungseffekt, zuweilen unübersichtliche Zustände bei Hausdurchsichtigungen und vorläufigen Festnahmen) ein wirksames Mittel darstellt, um die Durchsichtung von Unterlagen einstweilen zu verhindern. Das dürfte ganz besonders dann attraktiv sein, wenn man sich zu einer Strategie des Schweigens entschließt, mithin der Beschuldigte von seinem Recht, keine Aussagen zu machen, Gebrauch macht. Es gilt dahingehend auch zu beachten, dass ein einmal gestelltes Siegelungsgesuch grundsätzlich ohne Rechtsnachteile wieder zurückgenommen werden kann; selbst dann, wenn der Rückzug erst vor Gericht erfolgt. Zumindest im Kanton Zürich werden dem Gesuchssteller in derartigen Konstellationen keine Gerichtskosten auferlegt, zumal das Gericht, soweit der Rückzug des Siegelungsgesuchs nicht zu spät erfolgt, keine Aufwendungen verursacht wurden. Insofern ist aus Verteidigersicht kaum ein Grund zu sehen, die Siegelung – so Siegelungsgründe erkennbar sind – nicht geltend zu machen, wobei selbstverständlich jeder Einzelfall eine eigene und individuelle Strategie verlangt.

Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Lukas Kollmann, Rechtsanwältin Dr. Heidemarie Paulitsch, Rechtsanwalt Mag. Philipp Wolm, alle Wien

Länderbericht Österreich

I. ISO 19600 und Compliance Management Systeme

Die Internationale Organisation für Normung (ISO) erarbeitet zurzeit einen globalen Standard für Compliance Management Systeme, welcher voraussichtlich 2015 veröffentlicht werden wird.

¹⁵ A.a.O. (FN 8), Art. 248 N 41.

¹⁶ BGer vom 21.03.2012, 1B_595/2011, E. 2.3 und 5.3.

1. ISO 19600: CMS — Guidelines

Compliance stellt eine große Herausforderung für viele Unternehmen dar. Bislang fehlten jedoch weltweite Standards für Compliance Management Systeme (CMS). Deshalb haben viele Unternehmen Schwierigkeiten festzustellen, welche Anforderungen für ein funktionierendes CMS nötig bzw. geeignet sind. Es ist aus diesem Grund sehr erfreulich, dass die ISO einen globalen Standard für CMS ausgearbeitet und im Dezember 2014 veröffentlicht hat.

ISO 19600 (abrufbar unter diesem *Link*) ist eine flexible Richtlinie ohne jegliche normative Verweise. Sie gibt Empfehlungen hinsichtlich der Grundsätze von verantwortungsvoller Führung, Flexibilität, Proportionalität, Transparenz und Nachhaltigkeit und ist allen Arten von Unternehmen zugänglich. Besonders kleine und mittelgroße Unternehmen können von dem Entwurf profitieren, da sie die Richtlinien entsprechend ihrer Größe anwenden können. Die Flexibilität gewährt kleinen und mittelgroßen Unternehmen, mit dem Thema Compliance nach ihren eigenen Vorstellungen umgehen zu können. Da die Richtlinie nach den Grundsätzen des ständigen Wachstums aufgebaut ist (planen, tun, prüfen, handeln), können Unternehmen ihr CMS – wenn nötig – ausweiten.

Da ISO 19600 der ISO "High Level Structure" (HLS) folgt, kann es in bestehende Managementsysteme, die die HLS-Standards verwenden, eingebaut werden oder als zusätzliches Modul für Unternehmen dienen, die bereits ISO-Qualitätsmanagementstandards gemäß ISO 9000 befolgen. Das macht es einfacher (und daher auch wahrscheinlicher), dass Unternehmen die CMS-Maßnahmen umsetzen, die in ISO 19600 empfohlen werden.

Die ISO 19600-Richtlinien haben auch einen risikobasierten Ansatz. Nach der Einführung muss das Unternehmen eine Compliance-Risikobeurteilung durchführen. Die dabei entdeckten Risiken (Compliance-Verpflichtungen) stellen die Basis für die Einrichtung von Kontrollmechanismen dar. Die Leistung dieser Risikobewältigungsmaßnahmen muss dann bewertet, verbessert und nach innen und außen kommuniziert werden.

Der Aufbau von ISO 19600 zielt auf die unterschiedlichen Stadien der CMS-Einführung ab, von der Entwicklung zur Einführung, Bewertung, Erhaltung sowie zur stetigen Verbesserung. Nachdem die Ziele und der Rahmen des CMS festgelegt sind, empfiehlt die Richtlinie die Einhaltung der jeweiligen Maßnahmen in Abstimmung mit den Interessen der Gesellschafter und verantwortungsvolle Führung.

Die Richtlinie legt großen Wert auf die unterschiedlichen Rollen, Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten innerhalb des Unternehmens und zielt auf die Erstellung eines Compliance-Programms ab. Damit soll eine Unternehmenskultur erschaffen werden, in welcher Compliance eine allgemeine Regel ist – sozusagen eine Compliance-Kultur.

Der ISO-Standard schlägt weitere Maßnahmen zur Einführung von Kontrollmaßnahmen vor, die das gewünschte Verhalten erzielen sollen. Die empfohlenen Maßnahmen sollten von Trainings, interner und externer Kommunikation, dokumentierter Information und dem Vorbildverhalten der Führungskräfte unterstützt werden. Schließlich werden bei ISO 19600 auch Gewinnermittlung und Verbesserungen im Bereich Non-Compliance, besonders bei Eskalationsprozessen, untersucht. Die empfohlenen Methoden für den Bereich Non-Compliance (reagieren, evaluieren, nötige Maßnahmen setzen, Effektivität überprüfen, nötige Verbesserungen) zeigen sehr gut den Grundsatz der stetigen Verbesserung.

2. Vergleich mit ONR 192050

Das Österreichische Normungsinstitut Austrian Standards hat 2013 seine eigene Richtlinie für CMS namens ONR 192050 herausgegeben. Das ONR legt Mindeststandards für die Entwicklung, Einführung und Erhaltung eines CMS fest. Da er Zertifizierungsanforderungen beinhaltet, ist der ONR-Standard weniger ausführlich als der ISO-Standard. ONR 192050 kann lediglich auf die Einhaltung gesetzlicher Verpflichtungen des Unternehmens angewandt werden, während ISO 19600 alle Anforderungen an das Unternehmen umfasst.

Beide Standards können auf Unternehmen jeglichen Typs und jeglicher Größe angewandt werden. Dennoch ist es auffällig, dass sich die österreichische ONR hauptsächlich auf die Rolle des Managements und des Compliance Officers (diese Aufgaben kann von jedem Mitarbeiter übernommen werden) eines Unternehmens konzentriert, während die ISO-Richtlinie eine Compliance-Kultur innerhalb des Unternehmens schaffen will, indem sie Compliance-Vorschriften einführt und alle Mitarbeiter einbindet.

Im Gegensatz dazu sind die Anforderungen von ONR 192050 für die Bewertung, Dokumentation und Überwachung von sowie den Umgang mit Compliance-Risiken grundlegender Natur, nach dem Motto "Eine Maßnahme wird festgesetzt, um einem entdeckten Regelverstoß nachzugehen". ISO 19600 empfiehlt dafür jedoch, dass "der Vorgang festlegen sollte, an wen, wie und wann Dinge gemeldet werden sollen sowie die Fristen für interne und externe Berichterstattung."

ONR 192050 und ISO 19600 lassen sich gut kombinieren. Wichtig: ein nach ONR 192050 eingeführtes CMS muss nicht geändert werden, um den Anforderungen von ISO 19600 zu genügen. Es gibt hier keinen Konflikt, und – auch wenn es einen gäbe – wären die ISO Standards kompatibel mit anderen Compliance-Maßnahmen, solange sie zum selben Ergebnis führen.

Austrian Standards bietet derzeit sowohl Zertifizierungen nach ISO 19600 als auch nach ONR 192050 an. CMS, die nach dem ISO-Standard zertifiziert werden, gelten auch als zertifiziert nach dem nationalen ONR-Standard. Nach Abschluss des Zertifizierungsprozesses wird dem Unternehmen das "FairBusiness® Compliance Certificate" verliehen.

3. Kommentar zu ISO 19600

Der flexible Ansatz von ISO 19600 ist bemerkenswert. Jedes Unternehmen kann unabhängig entscheiden, bis zu welchem Ausmaß die Einführung vertretbar ist (hinsichtlich der Kosten und Benefits). Dieser Aufbau kombiniert mit dem Grundsatz der stetigen Verbesserung erlaubt es Unternehmen, in jedem Stadium ihrer CMS-Einführung in Übereinstimmung mit ISO 19600 zu handeln und davon zu profitieren.

Ein globaler Standard erlaubt einen Vergleich zwischen Compliance-Systemen in unterschiedlichen Ländern und Industriebereichen. Die Richtlinie kann aufgrund ihres Umfangs und ihrer Art (es werden lediglich Empfehlungen abgegeben) weltweit verwendet werden. Außerdem ergeben sich durch die Richtlinie keine Konflikte mit nationalen Gesetzen.

Alles in allem hat ISO eine solide Richtlinie geschaffen, die als Modul einem existierenden ISO-zertifizierten Managementsystem hinzugefügt werden kann. Wir sind davon überzeugt, dass der Bedarf für ISO-zertifizierte CMS in Zukunft vorhanden sein wird, um Complianceerfordernisse systematisch im Unternehmen sicherzustellen.

II. Aktuelle Rechtsprechung Strafrecht

1. Betrügerische Krida (§ 156 Ö-StGB)¹

OGH 28. 1. 2014, 14 Os 167/13k

Beitrag bis zur Vollendung/Vollbringung möglich

Leitsatz: § 156 Ö-StGB enthält – anders als zB Betrug oder grenzüberschreitender Prostitutionshandel – keinen überschießenden Vorsatz (etwa auf Bereicherung des Schuldners mehrerer Gläubiger oder einer dritten Person), weshalb ein Beitrag nach formeller Vollendung (durch Schmälderung oder Vereitelung der Gläubigerbefriedigung), etwa in Form einer Beteiligung an der Verwertung (zunächst) verheimlichten Vermögens, nicht in Betracht kommt. Nach Tatvollendung durch den unmittelbaren Täter kann durch Mitwirkung an der Verwertung der inkriminierten Vermögensbestandteile nur ein sog. Anschlussdelikt verwirklicht werden.

Ein Tatbeitrag kann i.d.R. nur bis zur Tatvollendung geleistet werden (RIS-Justiz RS0090346). Nach Tatvollendung durch den unmittelbaren Täter kann durch Mitwirkung an der Verwertung der inkriminierten Vermögensbestandteile nur ein Anschlussdelikt verwirklicht werden (RIS-Justiz RS0094922, RS0090397, RS0094688), also Hehlerei oder Geldwäscherei.

Für die Gläubigerstellung i.S.d. § 156 StGB ist die Fälligkeit einer Forderung (vgl § 210 Abs. 1 BAO) ebenso wenig von Bedeutung wie die Teilnahme (des Finanzamts) am Abschöpfungsverfahren. Da der Täter die in Form eines Werklohns erzielten Einkünfte auch vor dem Fi-

¹ Der Straftatbestand „Betrügerische Krida“ im österreichischen Strafgesetzbuch entspricht in etwa dem deutschen Bankrott (Vorsatzstraftat); der vormalig bestehende Tatbestand der „fahrlässigen Krida“ wurde durch den Tatbestand der „grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ ersetzt.

nanzamt verheimlichte, ist das angelastete Verhalten auch im Hinblick auf die aus dem erzielten Einkommen resultierende Steuerschuld tatbildlich (RIS-Justiz RS0118270, T4 und TS; RS0095308, T7 und TB).

War das Vermögen Gegenstand eines (insolvenzrechtlichen) Abschöpfungsverfahrens, obliegt es dem selbständig erwerbstätigen Schuldner, den mit seiner Tätigkeit erzielten Gewinn dem Treuhänder herauszugeben, der die Beträge fruchtbringend anzulegen und am Ende des Kalenderjahres binnen acht Wochen an die Gläubiger zu verteilen hat. Spätestens im Zeitpunkt dieser Verteilung steht ein durch das Verschweigen von Vermögensbestandteilen (die infolgedessen nicht in das Abschöpfungsverfahren Eingang gefunden haben) verursachter Befriedigungsausfall der Gläubiger fest (RIS-Justiz RS0115184, TIO; RIS-Justiz RS0094607, T4).

Bei der betrügerischen Krida handelt es sich um ein alternatives Mischdelikt mit gleichwertigen Begehungsweisen. Bei Verwirklichung mehrerer Varianten (hier: zunächst scheinbare und anschließende wirkliche Vermögensverringerung hinsichtlich desselben Vermögensbestandteils) wird allerdings nur eine strafbare Handlung begangen, weshalb eine Zusammenrechnung von (diesen unterschiedlichen Begehungsweisen zugeordneten) Schadensbeträgen gem § 29 Ö-StGB nicht stattfindet (RIS-Justiz RS0120085, T1 und T2).

Wahldeutige Feststellungen sind bei einem Schuldspruch nach § 156 Abs. 1 und 2 StGB unter dem Aspekt der Z. 9 lit. a und 10 des § 281 StPO ohne Bedeutung, weil es sich bei der betrügerischen Krida um ein alternatives Mischdelikt mit gleichwertigen Begehungsweisen handelt (RIS-Justiz RS0098710, T16).

Der OGH erwog über Beitrag oder Anschlussdelikt:

„Aus Anlass der NB überzeugte sich der OGH, dass dem Schuldspruch B/II nicht geltend gemachte Nichtigkeit (Z 9 lit a) zum Nachteil der Angekl Elisabeth B anhaftet, die von Amts wegen wahrzunehmen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO): Nach dem Urteils Sachverhalt hat Hanno B das als selbständiger Bilanzbuchhalter erzielte Einkommen von Euro 84.642,94 vor seinen Gläubigern verheimlicht und in der Folge Teile davon im Ausmaß von Euro 22.769,70 für Urlaube und Schönheitsoperationen ausgegeben. Mangels Konstatierungen zum Vollendungszeitpunkt hat das ErstG somit hinsichtlich der überschneidenden Teilmenge (von Euro 22.769,70) offengelassen, durch welche der tatbildlichen Handlungsweisen (entweder durch scheinbare oder durch wirkliche Vermögensverringerung) die Gläubigerschädigung herbeigeführt wurde, und demnach zu diesem Punkt wahldeutige Feststellungen getroffen (vgl RIS-Justiz RS0098710; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 573). Dies ist (unter dem Aspekt der Z 9 lit a und 10 des § 281 Abs 1 StPO) für den Schuldspruch B/I ohne Bedeutung, weil es sich bei der betrügerischen Krida um ein alternatives Mischdelikt mit gleichwertigen Begehungsweisen handelt (14 Os 170/07t; 12 Os 91/08m; RIS-Justiz RS0120085). Allerdings wird bei Verwirklichung mehrerer Varianten eines solchen alternativen Mischdelikts nur eine strafbare Handlung begangen, weshalb eine Zusammenrechnung von (diesen unterschiedlichen Begehungsweisen zugeordneten) Schadensbeträgen gem § 29 StGB, der (nur) bei gleichartiger Realkonkurrenz (also mehreren strafbaren Handlungen) zur Anwendung kommt, nicht stattfindet (Ratz in WK² StGB §§ 28a-31 Rz 2 und § 29 Rz 1; vgl RIS-Justiz RS0114037 [T 3] zu alternativen Mischtatbeständen nach dem SMG). Dies hat das ErstG - wenn gleich ohne Auswirkung auf die Qualifikationsgrenze des § 156 Abs 2 StGB, somit ausschließlich im Verfahren über die Berufung des Angekl Hanno B von Bedeutung - übersehen, indem es von einem aus dessen Kridahandlungen resultierenden Schaden von insg Euro 107.412,63 ausgegangen ist. Wahldeutige Feststellungen sind jedoch nur dann unbedenklich, wenn jede der wahlweise getroffenen Annahmen zu dem gleichen rechtlichen Schluss (auf das Vorliegen derselben strafbaren Handlung) führt (vgl erneut RIS-Justiz RS0098710; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 573; Lendl, WK-StPO § 260 Rz 23). Dies ist vorliegend in Ansehung des Schuldspruchs B/II nicht der Fall. Zu diesem wird Elisabeth B angelastet, zur tatsächlichen Verringerung des Vermögens von Hanno B beigetragen zu haben (§ 12 dritter Fall StGB), indem sie sich - aus dem zuvor verheimlichten Einkommen (von Euro 84.642,94) - im Ausmaß von Euro 19.639,- Schönheitsoperationen und Urlaube habe bezahlen lassen. Ein sonstiger Beitrag zur strafbaren Handlung eines anderen kann jedoch idR nur bis zur Tatvollendung geleistet werden (RIS-Justiz RS0090346; Fabrizy in WK² StGB § 12 Rz 94; Kienapfel/Höpfel/Kert, AT¹⁴ E 5 Rz 20). Der Tatbestand des § 156 StGB enthält - anders als bspw Betrug oder grenzüberschreitender Prostitutionshandel (vgl RIS-Justiz RS0116322; Kirchbacher in WK² StGB § 146 Rz 134) - keinen überschießenden Vorsatz (etwa auf Bereicherung des Schuldners mehrerer Gläubiger oder einer dritten Person), weshalb ein Beitrag nach formeller Vollendung (durch Schmälerung oder Vereitelung der Gläubiger-

befriedigung), etwa in Form einer Beteiligung an der Verwertung (zunächst) verheimlichten Vermögens nicht in Betracht kommt. Nach Tatvollendung durch den unmittelbaren Täter kann durch Mitwirkung an der Verwertung der inkriminierten Vermögensbestandteile nur ein sog Anschlussdelikt verwirklicht werden (RIS-Justiz RS0094922; RS0090397; RS0094688; Kirchbacher in WK² StGB § 164 Rz 15; Kienapfel/Schmoller, StudB BT II § 164 Rz 9, 17 f, 46, 62, 112), also Hehlerei oder - hier von Bedeutung, weil der verheimlichte Werklohn auf ein Schweizer Bankkonto überwiesen wurde, es sich beim in Rede stehenden Vermögensbestandteil somit um Giralgeld handelt (RIS-Justiz RS0121296; Kirchbacher in WK² StGB § 164 Rz 7 und § 165 Rz 5 und 9) - Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 StGB. Da somit je nach (im Urteil gleichermaßen enthaltener) Variante einer Vollendung der von Hanno B begangenen betrügerischen Krida bereits durch das Verheimlichen des Vermögens oder erst durch dessen Veräußerung, an der allein Elisabeth B nach den Urteilsfeststellungen beteiligt war, für diese unterschiedliche rechtliche Konsequenzen in Betracht kommen, ist der Schuldspruch B/II mit einem Rechtsfehler behaftet.“

Ratz weist in seinem Glossar (EvBl 2014/56) auf eine weitere Komponente dieses Verfahrens hin:

„Zur Verlesung eines AV über Angaben im Ermittlungsverfahren enthält die Entscheidung nur einen knappen Hinweis auf erfolgte "Belehrung über Beschuldigtenrechte", der leicht übersehen werden kann, aber eine wichtige Aussage enthält. § 152 Abs 1 StPO verbietet bei sonstiger Nichtigkeit die Umgehung der Bestimmungen über die Vernehmung von Beschuldigten und Zeugen durch Erkundigungen. Ausdrückliche Nichtigkeit nach § 152 Abs 1 StPO kommt nur in Frage, soweit eine pflichtgemäß über

ihre Stellung als Beschuldigter (§ 48 Abs 1 Z 1 StPO) und die damit verbundenen Rechte (§ 49 StPO) oder

ein Vernehmungsverbot des § 155 Abs 1 StPO oder auch

den Aussagebefreiungsgrund nach § 156 Abs 1 Z 1 StPO

zu informierende Person darüber nicht förmlich ins Bild gesetzt wurde, und

in Bezug auf Mitteilungen einer aus (Ex-ante-)Sicht des verantwortlichen Organwalters zur Angabe der Wahrheit wegen einer psychischen Krankheit, wegen einer geistigen Behinderung oder aus einem anderen Grund unfähigen Person (§ 155 Abs 1 Z 4 StPO).

Soweit nämlich die befragte Person förmlich über ihre Stellung und ihre Rechte im Verfahren informiert wurde und - in den Fällen des § 155 Abs 1 Z 4 StPO - der Sinn der Information nicht (von vornherein definitionsgemäß) ins Leere gehen musste, liegt nach der für § 152 Abs 1 StPO maßgeblichen Legaldefinition des § 151 Z 2 StPO eine Vernehmung vor. Sinn und Schutzzweck des § 152 Abs 1 StPO liegen in erster Linie darin, als Besch (§ 48 Abs 1 Z 1 StPO) in Betracht kommende Befragte über ihre Rechte nicht im Unklaren zu lassen, maW "die Prozessrolle" zu klären und überdies die von § 155 Abs 1 StPO erfassten Geheimnisse sowie die Zwangssituation Angehöriger (§ 156 Abs 1 Z 1 StPO) zu schützen.

Macht eine Person, welche als Zeuge nach § 155 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO nicht vernommen werden darf, trotz Information über das sie betreffende Vernehmungsverbot darunter fallende Mitteilungen, wird von ihr nicht iSd § 151 Z 1 StPO Auskunft verlangt. Das Entgegennehmen der Mitteilungen aber erfolgt nicht unter Umgehung der Bestimmungen des § 155 Abs 1 Z 2 oder 3 StPO, während der Vorgang in Bezug auf die geistliche Amtsverschwiegenheit (§ 155 Abs 1 Z 1 StPO) nach der mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrten Spezialbestimmung des § 144 Abs 1 StPO zu beurteilen ist.

Das Recht auf Aussageverweigerung der in § 157 Abs 1 StPO genannten Personen wird - soweit erforderlich - stattdessen durch § 157 Abs 2 StPO gesondert mit ausdrücklicher Nichtigkeitssanktion gegen Umgehung geschützt, während die Umgehung von § 156 Abs 1 Z 2 StPO nach dem Plan des Gesetzes nicht zu einem Beweisverbot führen soll.

Nicht jede durch eine Vernehmung ersetzbare Erkundigung soll die - bloß aus Z 2 relevante - Beweisverbotskonsequenz nach sich ziehen. In den Katalog der Z 3 wurde die Bestimmung bewusst nicht aufgenommen, weil Erkundigungen in der HV ausscheiden, sind doch die Rollen dort klar verteilt.“

2. Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 Ö-StGB)

OGH 23. 4. 2014, 13 Os 55/ 13g (RJS-Justiz RSOJ29425)

Die Frage nach „grob“ fahrlässigem Verhalten ist deliktsbezogen zu beantworten, weil es im österreichischen Strafrecht eine allgemeine Unterscheidung von Schweregraden der Fahrlässigkeit nicht gibt. Grobe Fahrlässigkeit nach § 159 Ö-StGB ist gegeben, wenn unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes eine ungewöhnliche und auffallende Sorgfaltswidrigkeit bei einem Gesinnungsunwert von zumindest durchschnittlichem Gewicht vorliegt. Auf der Basis dieser Parameter ist anhand der konkreten Umstände eine Einzelfallbetrachtung anzustellen (vgl. *Kirchbacher* in WK StGB², § 159 Rz. 25 bis 31).

3. Tatort bei einer Untreue; notwendige Feststellungen bei einer Auslandstat nach § 65 Abs. 1 Z. 1 Ö-StGB (§ 65 Abs. 1 Z. 1, § 67 Abs. 2, § 153 Ö-StGB)

Eine Untreue durch Veranlassung der Überweisung von Geldern vom Firmenkonto auf Privatkonten ist nur dann eine Inlandstat i.S.d. § 67 Abs. 2 Ö-StGB, wenn zumindest eine Ausführungshandlung bzw. Beteiligungshandlung (Erteilung des Überweisungsauftrags an die kontoführende Bank der Firma) in Österreich verübt wird oder der Erfolg (Untreueschaden durch Abfluss des Geldes vom Bankkonto des Unternehmens) wenigstens zum Teil in Österreich eintritt.

Wenn es sich demzufolge um eine Auslandstat eines Österreicherers i.S.d. § 65 Abs. 1 Z. 1 Ö-StGB handelt, bedarf es entsprechender Feststellungen zur Strafbarkeit der vorgeworfenen Handlung im Tatortstaat und deren allfälliger Verjährung.

OGH 19.3.2014, 15 Os 47/13w

Sachverhalt

Die beiden Angeklagten *K.* und *P.*, beide österreichische Staatsbürger und in Österreich wohnhaft, waren Alleingeschäftsführer bzw. Angestellter der italienischen Firma (Gesellschaft) *I* mit Sitz in Italien. Mit Urteil des Landesgerichts Klagenfurt wurde *K.* des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs. 1 und 2 (zweiter Fall) Ö-StGB als unmittelbarer Täter, *P.* als Beteiligter nach § 12 zweiter Fall Ö-StGB zu diesem Verbrechen schuldig erkannt. Nach dem Urteil des Erstgerichts haben sie „in *S.*, Italien, und anderen Orten“ in der Zeit von 27. bis 31. Mai 2011

1) *K.* als alleiniger Geschäftsführer der *L.* die ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, dadurch wesentlich missbraucht und der *L.* „und ihren Kunden“ dadurch einen Vermögensnachteil zugefügt, dass er Vermögen der Gesellschaft, und zwar „eingezahlte Kundengelder“ in der Höhe von insgesamt 1.463.494 Euro „sich zueignete“ und vom in Italien geführten Bankkonto Nr. *** der Gesellschaft bei der Bank für *T.* und *B.* auf österreichische Bankkonten von ihm und *P.* überwies;

2) *P.* den *K.* zu einem nicht näher bestimmbar Zeitpunkt im Mai 2011 dazu bestimmt, die diesem als Geschäftsführer der *L.* eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen und einen anderen zu verpflichten, wissentlich zu missbrauchen und dadurch „dem Unternehmen und seinen Kunden“ einen Vermögensnachteil zuzufügen, indem er ihn durch die Aufforderung auf Auszahlung „der Gelder“ dazu veranlasste, an ihn widerrechtlich aus Firmenvermögen der *L.* einen Betrag von 731.747 Euro zu überweisen, die er sich zueignete.

Der OGH hob das Urteil aus Anlass der dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden bei nichtöffentlicher Beratung zur Gänze auf (§ 285e StPO) und verwies die Sache zur Neuverhandlung an das Erstgericht.

Entscheidungsgründe

Für die Reichweite der österreichischen Strafgerichtsbarkeit kommt es darauf an, ob es sich um eine Inlandstat oder um eine Auslandstat handelt. Für Inlandstaten gilt § 62 Ö-StGB, der die uneingeschränkte Geltung des Territorialitätsprinzips normiert und demzufolge die österreichischen Strafgesetze für alle Straftaten gelten, die im Inland von wem immer an wem immer begangen worden sind. Ob der Täter Inländer oder Ausländer ist, spielt ebenso wenig eine Rolle wie die Nationalität des Opfers; maßgebend ist allein der inländische Tatort. Ein solcher liegt gemäß § 67 Abs. 2 Ö-StGB vor, wenn der Ort, an dem der Täter gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder ein dem Tatbild entsprechender Erfolg ganz oder zum Teil eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters hätte eintreten sollen, im Inland liegt. Dabei genügt es, wenn im Inland bloß ein Zwischenerfolg eingetreten ist oder nach den Vorstellungen des Täters hier hätte eintreten sollen oder der Täter eine Phase der

Ausführung in Österreich gesetzt hat (RIS-Justiz RS0092073). Nur an eine solche Inlandstat des unmittelbaren Täters wiederum knüpft § 64 Abs. 1 Z. 8 Ö-StGB in Bezug auf eine im Ausland begangene Beteiligungshandlung (§ 12 Ö-StGB) an.

Die Urteilsfeststellungen lassen nicht erkennen, dass es sich bei den inkriminierten Handlungen um Inlandstaten im Sinn der obigen Ausführungen handelt, dass nämlich die im Überweisungsauftrag an die kontoführende Bank des geschädigten Unternehmens gelegene Ausführungshandlung des Angeklagten K. oder die Beteiligungshandlung des Angeklagten P. (etwa per Telefon, e-mail, Telebanking oder Post) oder zumindest eine jeweils in das nach § 15 Abs. 2 Ö-StGB strafbare Stadium eines ausführungsnahen Versuchs gediehene Handlung (vgl. 12 Os 13/82) eines dieser Angeklagten in Österreich verübt worden wäre. Dabei missbräuchlichem Entzug von Vermögen des Machthabers der Untreueschaden mit dem Wirksamwerden der rechtswidrigen Disposition (hier also mit dem Abfluss des Geldes vom [italienischen] Bankkonto des Unternehmens) und nicht erst mit der Zueignung des Vermögens durch den Machthaber eintritt (vgl. RIS-Justiz RS0094187 [T2]; 12 Os 84/89), wurde der tatbestandsspezifische Erfolg (Eintritt eines Vermögensnachteils) nach den Urteilsfeststellungen jedenfalls im Ausland effektuiert.

Bei Auslandstaten ist zu unterscheiden, ob sie unter den Voraussetzungen des § 64 Ö-StGB unabhängig von den Gesetzen des Tatorts nach österreichischem Strafrecht zu ahnden sind oder ob die Anwendbarkeit der österreichischen Strafgesetze davon abhängt, dass die Tat auch nach den Gesetzen des Tatorts mit Strafe bedroht ist, wobei in diesem Fall (nur) bei Erledigung des Strafanspruchs im Ausland auch der inländische Strafanspruch erloschen ist (§ 65 Ö-StGB).

Lagen – außer in einem der in § 64 Ö-StGB bezeichneten Fälle – sowohl die Handlung des Täters als auch der Eintritt des Erfolgs zur Gänze im Ausland, bedarf es entsprechender Feststellungen zur Strafbarkeit der vorgeworfenen Handlung im Tatortstaat und deren allfälliger Verjährung (RIS-Justiz RS0092.H7; 15 Os 106/11 v.).

Das Fehlen solcher Feststellungen war vom Obersten Gerichtshof von Amts wegen zu Gunsten der Angeklagten aufzugreifen (§ 290 Abs. 1 zweiter Satz erster Fall StPO i.V.m. § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO; vgl. RIS-Justiz RS0092267 [T1]; Ratz, WK-StPO § 281 Rz. 634). Das angefochtene Urteil war daher aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten bereits bei nichtöffentlicher Beratung zur Gänze aufzuheben (§ 285e StPO). Im zweiten Rechtsgang werden im Falle eines neuerlichen Schuldspruchs deutliche Feststellungen (vgl. RIS-Justiz RS0117228) zum jeweils erforderlichen Vorsatz bezogen (auch) auf den Zeitpunkt der jeweils zur Last liegenden Ausführungs- oder Beteiligungshandlung zu treffen und mangelfrei zu begründen sein. Im Hinblick auf missverständliche Passagen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung (US 13 f.) sei auch angemerkt, dass eine allfällige (tatsächliche) Annahme des Täters, der Missbrauch werde nachträglich vom Geschäftsherrn bewilligt, oder ein allfälliger (tatsächlicher) Glaube an das Bestehen von (berechtigten) „kompensablen Gegenforderungen“ (hier: fälligen vertraglichen Provisions- und Abfertigungsansprüchen) bei Beurteilung des Schädigungsvorsatzes zu beleuchten wäre (vgl. RI-Justiz RS0094393 [T15]; RS0088858; 12 Os 101/02; Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153 Rz. 40 und 43).

4. Korruption (§§ 304 ff. Ö-StGB) Zusammenhang zwischen Vorteil und Amtsgeschäft

OGH 13.10.2014, 17 Os 30/14m - Strasser II – siehe auch OGH 26.11.2013, 17 Os 20/13i, Strasser I, EvBl 2014/28 (Ratz) = Wilhelm, ecoloX 2013 (u.a. zur Bestimmtheit eines Amtsgeschäfts).

Der Angeklagte war des Verbrechens der Bestechlichkeit nach § 304 Abs. 1 und 2 zweiter Fall Ö-StGB schuldig erkannt worden, weil er in tatbestandlicher Handlungseinheit am 11. 11. 2010 in Brüssel und am 3. 12. 2010 in London als Mitglied des Europäischen Parlaments, sohin als Amtsträger, für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für sich oder einen Dritten gefordert hatte, indem er von vermeintlichen Mitarbeitern einer Lobbying-Agentur Euro 100.000,- dafür verlangte, dass er auf die Gestaltung, die tatsächliche Einbringung und die Behandlung von Anträgen auf Abänderung der von der Europäischen Kommission dem Europäischen Parlament vorgelegten, nachstehend angeführten Gesetzesvorhaben in den mit der Erstellung der Berichte betrauten Ausschüssen, und somit auf den legislativen Prozess (Abstimmungsinhalte und -ergebnisse) im Europäischen Parlament, gezielt und auf ausschließlich von den Auftraggebern vorgegebenen Inhalten und

sachfremden Motiven beruhend, auf in diesen Ausschüssen tätige Abgeordnete i.S. der Wünsche der Agentur Einfluss nahm, um den Wünschen deren vermeintlicher Klienten auf Gesetzesvorhaben zum Durchbruch zu verhelfen, und zwar indem er diese Summe am 11. 11. 2010 als Gegenleistung für die RoHS-Richtlinie und die GMO-Legislation forderte und diese Forderung am 3. 12. 2010 als Gegenleistung für die pflichtwidrigen Amtsgeschäfte in Bezug auf die WEEE- bzw "Elektroschrottrichtlinie" wiederholte.

Der OGH bezeichnet den in §§ 304 f., 307 f. Ö-StGB geforderten Zusammenhang zwischen Vorteil und Amtsgeschäft erstmals in Einklang mit der deutschen Rspr. und Lehre (vgl. BGH 14.2.2007, 5 StR 323/06; *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg], StGB I⁴, § 331 Rz. 82 f. m.w.N.) als Unrechtsvereinbarung.

Die mehrfache Verwirklichung derselben Tatbegehungsvariante oder mehrerer alternativer Tatbegehungsvarianten hinsichtlich ein und desselben Vorteils ist als tatbestandliche Handlungseinheit zu beurteilen (vgl. RIS-Justiz RS0122006).

Bei der Strafbemessung kommt dem Amtsträger nicht zugute, dass er trotz seines „Forderns“ (§ 304 Abs. 1 erster Fall StGB) oder des „Sich-Versprechen-Lassens“ (§ 304 Abs. 1 dritter Fall StGB) aus der Tat keinen Vorteil erlangt hat. Vielmehr wäre die (zusätzliche) Verwirklichung der alternativen Tatbegehungsvariante des „Annehmens“ (§ 304 Abs. 1 zweiter Fall StGB) gegebenenfalls als erschwerend zu werten (vgl. RIS-Justiz RS0118774, RS0126145).

Ratz in EvBl-LS 2015/15:

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

5. Korruption: verbotene Intervention (§§ 304 ff., 308 StGB)

OGH 11.8.2014, 17 Os 13/14m – Benko

Bei der Ausübung von Ermessen liegt Pflichtwidrigkeit vor, wenn die Dienstverrichtung auf unsachlichen Beweggründen des Amtsträgers beruht (vgl. RIS-Justiz RS0096099; RS0096116; RS0109171; zuletzt 17 Os 30/14m).

Hier: Geplante Einflussnahme auf italienische Steuerbeamte, auf dass diese ihr Amt parteilich ausüben mögen, um den beschleunigten und positiven Abschluss eines Steuerverfahrens zu bewirken.

Die Angeklagten waren des Verbrechens der verbotenen Intervention nach §§ 15, 12 zweiter Fall, 308 (erster und dritter Satz) StGB i.d.F. BGBl I 2009/98 StGB schuldig erkannt worden, weil

*“(A) DVw Michael P***** am 25. November 2009 den Dr. Ivo S***** zur Ausführung der dadurch begangenen strafbaren Handlung, dass jener wissentlich unmittelbar oder mittelbar darauf Einfluss zu nehmen versuchte, dass ein Amtsträger, nämlich ein zur Entscheidung über die Berufung gegen einen die Si***** s.r.l. & C. betreffenden Bescheid der mailändischen Steuerbehörde zuständiger italienischer Beamter, eine in seinen Aufgabenbereich fallende Dienstverrichtung pflichtwidrig vornehme, nämlich das Rechtsmittelverfahren bevorzugend rasch behandle und eine parteiliche Entscheidung zu Gunsten der Si***** s.r.l & C. treffe, und für diese Einflussnahme für sich einen Vorteil sich versprechen ließ, wobei er die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils zu begehen suchte, bestimmt, indem er ihn um die beschriebene Intervention ersuchte und ihm in einer schriftlichen Vereinbarung für den Fall des Gelingens, 'dieses Steuerverfahren zu beschleunigen und zu einem positiven Ende zu bringen', einen Geldbetrag in Höhe von 150.000 Euro versprach;*

*(B) René B***** „Mitte November 2009 den DVw Michael P***** zur Ausführung der unter Punkt A geschilderten strafbaren Handlung bestimmt, indem er ihn im Wissen um die Pflichtwidrigkeit des begehrten Verhaltens des italienischen Amtsträgers um den Abschluss der Vereinbarung mit*

Dr. Ivo S***** ersuchte und ihm den Ersatz des an Letztgenannten zu zahlenden Erfolgshonorars zusicherte.“

Mit Urteil vom 13. August 2013, AZ 19 Bs 37/13z (ON 38 der Hv-Akten) gab das Oberlandesgericht Wien den Berufungen der Angeklagten DVw Michael P***** und René B***** nicht Folge.

Nach den maßgeblichen Feststellungen des Erstgerichts (US 5 ff) behing gegen die Si***** s.r.l. & C. (im Folgenden: Si*****) ein Steuerverfahren in Italien. Der Geschäftsführer der Holdinggesellschaft, René B*****, beauftragte DVw Michael P***** damit, auf eine raschere und positive Abwicklung dieses Verfahrens hinzuwirken, und stellte dafür einen Betrag von 150.000 Euro zur Verfügung. Dabei wurde vereinbart, die Dienste des damaligen kroatischen Ministerpräsidenten Dr. Ivo S*****, den DVw Michael P***** persönlich kannte, in Anspruch zu nehmen. Beabsichtigt war eine Intervention über Dris. S***** damaligen italienischen Amtskollegen Silvio Be*****.

René B***** „handelte dabei in dem Wissen und mit der Absicht, dass Dr. Ivo S***** auf einen raschen und positiven Ausgang des Steuerverfahrens in Italien mittelbar oder unmittelbar Einfluss nehmen werde, wobei beide Angeklagten wussten, dass Dr. Ivo S***** seinerseits vor italienischen Steuerbehörden weder als rechtmäßiger Vertreter der Firmengruppe Si***** auftreten konnte oder auch nur sollte. Beiden Angeklagten war darüber hinaus bewusst, dass eine - außerhalb des laufenden Rechtsmittelverfahrens - intendierte 'Beschleunigung' des Steuerverfahrens und die Erfolgsprämie für dessen 'positiven Abschluss' die Bestimmung von italienischen Beamten zur Vornahme pflichtwidriger Amtsgeschäfte geradezu voraussetzt, was auch ihrer später schriftlich geschlossenen Vereinbarung mit dem damaligen kroatischen Ministerpräsidenten zu Grunde lag.“

Am 25. November 2009 schlossen DVw Michael P***** und Dr. Ivo S***** eine schriftliche Vereinbarung mit folgendem wesentlichen Inhalt:

„Herr Dvw P***** wurde von der Fa. Si***** beauftragt, ein Steuerproblem in einer Projektgesellschaft in Italien zu lösen. Die genannte Projektgesellschaft hat in Italien ein Steuerproblem, das sich im Rechtsmittelverfahren befindet. (...)

Obwohl ein Rechtsmittel läuft, das eher zu Gunsten der Projektgesellschaft ausfallen wird, hat die Firma Si***** großes Interesse daran, dass dieses schwebende Steuerverfahren so schnell wie möglich zu einem positiven Abschluss gebracht wird.

Sollte es Herrn Dr. S***** gelingen, dieses Steuerverfahren zu beschleunigen und zu einem positiven Ende zu bringen, verpflichtet sich Herr Dvw P***** an Herrn Dr. S***** einen Betrag von Euro 150.000 (einhundertfünfzigtausend) zu bezahlen. Dieser Betrag ist spätestens 30 Tage nach Abschluss des Verfahrens zur Zahlung fällig.“

Im Rahmen der Beweiswürdigung ging das Erstgericht davon aus, dass „auf höchster politischer Ebene eine Einflussnahme auf die zuständigen italienischen Steuerbeamten geplant war, auf dass diese ihr Amt parteilich ausüben“ (US 11).

In ihrer gegen das Erst- und das Berufungsurteil erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes bringt die Generalprokuratur Folgendes vor:

„Vorauszuschicken ist, dass sowohl die Urteilstaten (25. November 2009 bzw. Mitte November 2009) als auch das Ersturteil (2. November 2012) nach Inkrafttreten (1. September 2009) des KorrStrÄG 2009, BGBl I 2009/98, aber vor Geltungsbeginn (1. Jänner 2013) des KorrStrÄG 2012, BGBl I 2012/61, erfolgten, sodass vorliegend sowohl Erstgericht als auch Berufungsgericht (vgl. Fabrizy, StGB¹¹ § 61 Rz 4) zutreffend von der mit BGBl I 2009/98 eingeführten Fassung des § 308 StGB (im Folgenden: § 308 StGB aF) ausgingen.

§ 308 StGB aF stellt ein zweiaktiges Delikt dar. In einem Akt fordert der Täter für eine Intervention einen Vorteil, nimmt einen solchen an oder lässt ihn sich versprechen. Im anderen Akt macht er seinen Einfluss geltend, damit - soweit hier von Interesse - ein Amtsträger eine in seinen Aufgabenbereich fallende Dienstverrichtung pflichtwidrig vornehme oder unterlasse. Das zeitliche Verhältnis dieser Akte zueinander ist unerheblich. Die pflichtwidrige Dienstverrichtung, die der Amtsträger vornehmen soll, ist ein pflichtwidriges Amtsgeschäft (vgl. Bertel in WK² StGB § 308 Rz 1, 3).

Nach § 308 StGB aF ist somit nur eine solche Einflussnahme tatbildlich, die darauf abzielt, dass der Amtsträger das Amtsgeschäft pflichtwidrig vornimmt oder unterlässt.

Pflichtwidrig verhält sich ein Amtsträger immer dann, wenn er bei Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes konkreten Amts- oder Dienstpflichten zuwider handelt (Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch⁶ §§ 304 bis 306 StGB Rz 34; Fabrizy, StGB¹¹ § 304 Rz 7; Zagler, SbgK § 304 Rz 20).

Im Ermessensbereich liegt Pflichtwidrigkeit in der Ermessensausübung nach unsachlichen Beweggründen, also etwa, wenn der Beamte einen ihm gewährten Vorteil einen Einfluss auf seine Entscheidung einräumt. Im Übrigen ist jede Parteilichkeit pflichtwidrig.

Eine raschere Abwicklung eines Verfahrens kann daher parteilich und somit pflichtwidrig sein, wenn damit eine Bevorzugung gegenüber anderen Parteien einhergeht (Fabrizy, StGB¹¹ § 304 Rz 7; Bertel in WK² StGB § 304 Rz 15; Zagler, SbgK § 304 Rz 20; RIS-Justiz RS0096116, RS0109171).

Das Amtsgeschäft, auf welches Einfluss genommen wird oder - wie hier - Einfluss genommen werden soll, muss schließlich bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein (vgl. RIS-Justiz RS0096152 [T1]).

Die in Aussicht genommene Intervention war im vorliegenden Fall auf die „Beschleunigung“ und den „positiven Abschluss“ eines konkret beschriebenen Steuerverfahrens durch die dafür zuständige mailändische Steuerbehörde, also auf ein jedenfalls bestimmbares Amtsgeschäft gerichtet.

Nach Ansicht des Erstgerichts setzte die intendierte rasche und positive Erledigung des italienischen Strafverfahrens die Vornahme pflichtwidriger Amtsgeschäfte „geradezu voraus“ (US 6 erster Absatz).

*Die in der rechtlichen Beurteilung getroffene Aussage, die intendierte Abwicklung des Amtsgeschäfts sei eine „bevorzugtere, weil“ sie rascher erfolgen sollte (US 12 letzter Absatz erster Satz), und damit parteilich, verkennt, dass in der bloßen Verfahrensbeschleunigung allein noch keine unsachliche Bevorzugung erblickt werden kann. Eine Feststellung, worin im konkreten Fall - über die ohnehin gebotene rasche Erledigung von Amtsgeschäften hinaus - eine Bevorzugung der Firma Si***** eintreten sollte, wurde nicht getroffen.*

*Soweit das Erstgericht unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien zum KorrStrÄG 2009 (BlgNR 671/A 24. GP 13) - grundsätzlich zutreffend - damit argumentiert (US 12 letzter Absatz zweiter Satz), dass auch eine durch unrechtmäßigen Vorteil motivierte raschere Ausführung einer Amtshandlung, deren Pflichtwidrigkeit begründe, und darauf hinweist, dass gerade eine solche Verfahrensbeschleunigung von den Angeklagten intendiert war, übersieht es, dass eine Feststellung, welcher Vorteil für den zuständigen Sachbearbeiter der Mailänder Steuerbehörde zur Erwirkung einer Verfahrensbeschleunigung vorgesehen war, den Urteilsgründen nicht zu entnehmen ist. Denn der in der schriftlichen Vereinbarung zugesagte Geldbetrag von 150.000 Euro war nur als Erfolgshonorar für Dr. S***** vorgesehen.*

Auch die apodiktische, empirisch i[n]m Übrigen nicht nachvollziehbare Urteilsannahme beider Gerichte, die positive Erledigung des Rechtsmittels durch die hierfür zuständige Behörde setze zwingend ein pflichtwidriges Amtsgeschäft voraus, lässt jeglichen Sachverhaltsbezug vermissen. Denn es wurde eine Konstatierung, welchen konkreten Amts- oder Dienstpflichten die italienischen Amtsträger hätten zuwider handeln sollen, welche konkrete Pflichtwidrigkeit von den Angeklagten also intendiert war, nicht getroffen. In der Vereinbarung vom 25. No[v]ember 2009, die einen Teil der Feststellungen bildet (US 6 f), haben die beiden Angeklagten vielmehr die Ansicht vertreten, dass das laufende Rechtsmittelverfahren ohnehin zu Gunsten der Projektgesellschaft ausfallen werde.

Da das auf die Dienstverrichtung bezogene Tatbestandsmerkmal „pflichtwidrig“ von den befassen Gerichten in Wahrheit bloß zirkulär verwendet wurde (US 6 erster Absatz, 12 letzter Absatz; BUS 9 erster Absatz sinngemäß: „Die Amtshandlung ist pflichtwidrig, weil sie nur pflichtwidrig sein kann“), liegt auch diesbezüglich gar keine Feststellung, sondern ein Rechtsfehler infolge fehlender Feststellungen vor (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 8; RIS Justiz RS0119090).“

Der OGH hat erwogen:

„Bei Ausübung von Ermessen liegt Pflichtwidrigkeit (hier:) im Sinn des § 308 StGB idF KorrStrÄG 2009, BGBl I 2009/98 (zum einheitlichen Begriff der Pflichtwidrigkeit bei sämtlichen Tatbeständen des 22. Abschnitts des StGB idF KorrStrÄG 2009 vgl. EB 24. GP 671/A, 17), vor, wenn die Dienstverrichtung auf unsachlichen Beweggründen des Amtsträgers beruht (Fabrizy, StGB¹¹ § 304 Rz 7). Dazu zählt auch die bevorzugend rasche, maW die Interessen anderer Parteien beeinträchtigende

de, Abwicklung eines solchen Geschäfts (vgl SSt 56/19; RIS-Justiz RS0096116, RS0096099, RS0109171; Fabrizio, StGB11 § 304 Rz 7; Bertel in WK2 StGB § 304 Rz 15; Zagler SbgK § 304 Rz 20; MüKoStGB2/Korte § 332 Rz 28 mwN aus der deutschen Rsp).

Zwar ist der Generalprokuratur beizupflichten, dass allein mit dem konstatierten „rascheren und positiven“ Verfahrensabschluss (Ersturteil US 5, 10) pflichtwidriges Verhalten des Amtsträgers noch nicht angesprochen wird. Die Beschwerdeführerin lässt aber die weiteren (im Rahmen der Beweiswürdigung getroffenen) Urteilsannahmen des Erstgerichts außer Betracht, wonach „eine Einflussnahme auf die zuständigen italienischen Steuerbeamten geplant war, auf dass diese ihr Amt parteilich ausüben“ (US 11). Solcherart hat die Einzelrichterin - hinreichend deutlich (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 19) - zum Ausdruck gebracht, dass die Einflussnahme auf eine im dargelegten Sinn unsachliche Ermessensübung abzielen sollte. Dieser Befund wird im Übrigen durch das - zur Verdeutlichung der Entscheidungsgründe heranziehbare (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 271; RIS-Justiz RS0116587) - Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO) erhärtet, wonach sich die geplante Intervention auf eine „bevorzugend rasche“ Behandlung des Rechtsmittelverfahrens und eine „parteiliche Entscheidung“ zugunsten der Si***** richtete (Ersturteil US 3).“

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Generalprokuratur wurde verworfen.

6. Grundrechtsgehalt des Doppelbestrafungsverbots (§ 363a StPO; Art. 54 SDU; Art. 50 EGC; § 2 ARHG)

OGH 28. 1. 2014, 14 Os 133/ 13k

Siehe auch Zeder, Sanktionen des EU-Beihilfenrechts, Steuerzuschläge: ne bis in idem zu Betrug? ÖJZ 2014, 494 (zu EuGH 26.2.2013, C-617/10, Åkerberg Fransson; 5.6.2012, C-489/10, Bonda).

Der durch Art. 54 SDÜ gewährte Schutz vor Doppelverfolgung ist als Grundrecht einzustufen und kann Voraussetzung für einen Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens unter analoger Anwendung von § 363a StPO sein. Das in Art. 54 SDÜ normierte Doppelverfolgungsverbot kann der Entsprechung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens entgegenstehen (RIS-Justiz RS0129032).

7. Verwendung personenbezogener Daten und Datenschutz (§ 140 Abs. 3 StPO)

VfGH 1.10.2013, G 2/2013

Der VfGH hat § 140 Abs. 3 StPO über die Verwendung von im Strafverfahren ermittelten personenbezogenen Daten als Beweismittel in anderen gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren wegen Verstoßes gegen das Grundrecht auf Datenschutz als verfassungswidrig aufgehoben.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Compliance in der Justiz

Dr. Björn Kruse LL.M. (UNICRI, Turin); Frankfurt am Main

Compliance und Justiz

Bestandsaufnahme, Fehlerquellen und Reformansätze

Ein Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2015

Die sechste Neujahrstagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) und der Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) fand am 16. und 17.01.2015 zum diesjährigen Thema „Compliance in der Justiz“ im Westin Grand in Frankfurt am Main statt. Nahezu 200 Experten – darunter Strafverteidiger, Staatsanwälte, Richter und Wissenschaftler – folgten der Einladung zu bereichernden Vorträgen und spannenden Diskussionen.

Die Überschrift suggeriert, dass Compliance und Justiz getrennte Dinge seien. Streng genommen stimmt das, sofern Compliance als Instrument von und für Unternehmen begriffen wird. Versteht man Compliance allerdings als generelle Rechtstreue, dann enthält der Begriff, wie Prof. Dr. *Franz Salditt* deutlich machte, eigentlich nichts Neues, vielmehr müsse sich die Justiz immer rechtstreu verhalten. Dies könne allerdings nur dann funktionieren, wenn die Revisionsgerichte die Verletzung von Kontrollfunktionen, also Compliance-Verstöße, überprüfen würden. Besondere Herausforderungen seien nach Dr. *Thomas Nuzinger*, Mitglied des Tagungsausschusses der WisteV, die gegenwärtige Medienberichterstattung sowie ein gewisser Unmut über vermeintlich tief liegende Fehler im Strafverfahren.

I. Bestandsaufnahme: Praktische Probleme und Probleme der Praxis deutscher Wirtschaftsstrafverfahren

Gegenstand des ersten Themenblocks war die Frage nach einer etwaigen Überforderung und/oder Überlastung der deutschen Strafjustiz in Wirtschaftsstrafsachen sowie eine mögliche Missachtung der gesetzlichen Vorgaben.

Prof. Dr. *Hendrik Schneider* diagnostizierte eine Krankheit des „Patienten“ Justiz, wenngleich kein Infarkt drohe. Belegt werde dies durch die Zahlen der Polizeilichen Kriminalstatistik sowie der Richterstatistik des Bundesamtes für Justiz. Die Anzahl der Tatverdächtigen sei demnach rückläufig und die Anzahl der Richter sowie der Staatsanwälte konstant, was keinen Rückschluss auf eine Überbelastung zulasse. Aus der durchschnittlich hohen Verfahrensdauer im Rahmen der Wirtschaftsdelikte folge allerdings das Erfordernis von prozessualen „Überdruckventilen“, wie etwa § 153a StPO. Diese Ventile könnten allerdings ihren Zweck verfehlen, sofern sie durch den Misskredit der Öffentlichkeit oder durch Formalisierungsanforderungen verstopft würden.

Diskussionsleiter OStA *Raymung Weyand* bemängelte die eingeschränkte Aussagefähigkeit der Statistiken, da die große Zahl der Teilzeitstellen nicht berücksichtigt worden sei. *Schneider* stimmte zu, dass diese im Rahmen einer detaillierteren – noch ausstehenden – Untersuchung, die zur Überprüfung seiner Thesen erforderlich sei, berücksichtigt werden müsste.

RiOLG Prof. Dr. *Matthias Jahn* bezweifelte, ob die Dauer der Erledigung einen Rückschluss auf die Komplexität zulasse. Berichts- und Dokumentationspflichten seien in diesem Zusammenhang immer erforderlich und daher von der Komplexität unabhängig. LOStA Dr.

Ewald Brandt fügte hinsichtlich der Statistiken hinzu, dass der Vakanzenstand in Hamburg 10 bis 15 % betrage und die absolute Zahl der Stellen nicht repräsentativ sei um die Praxis vollständig widerzuspiegeln. Dr. *Matthias Korte* thematisierte, ob das materielle Recht zur Überlastung führen würde und fragte, inwiefern die Diskussion durch neue Tatbestände tangiert werde. *Schneider* wies darauf hin, dass § 299 StGB vormals im UWG normiert war und durch die Einführung in das Kernstrafrecht auch dementsprechend angewendet werde. Zudem prognostizierte *Schneider* eine Ausdehnung durch einen künftigen § 299a StGB. Eine Nichtanwendung sei in der Praxis nicht vorstellbar.

Brandt stellte in seinem Referat eingangs den Unterschied zwischen einer Überlastung und einer Überforderung fest. Die deutsche Strafjustiz habe mehrfach gezeigt, dass sie hochkomplizierte Wirtschaftssachen bewältigen könne. Insofern liege keine Überforderung vor. Gleichwohl entstehe vielfach der Anschein der Überforderung, vermehrt im Rahmen von Vermögensdelikten, da die oft auftretenden neuen Begehungsweisen eine besondere Herausforderung darstellten. Es sei jedoch unbestritten, dass die Strafjustiz hoch belastet und in großen Teilen auch überlastet sei. Die Belastung sei darauf zurückzuführen, dass sich Inhalte, durch vermehrt internationale Bezüge sowie technische Kenntnisse, geändert hätten und Dokumentations- und Benachrichtigungspflichten ohne Personalausgleich ausgeweitet werden würden. Gerade das Wirtschaftsstrafverfahren sei durch die Bindung von ohnehin schon knappen Personalressourcen hoch belastet, was zu einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit – als Konsequenz von Überlastung – führe. Dies wirke sich auch auf die Anzahl der Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO aus, dem ein hohes Dunkelfeld, bedingt durch den notgedrungen geringen Ermittlungsaufwand, bescheinigt werden könne. Negative Auswirkungen für den Rechtsstaat seien, so *Brandt*, die Aushöhlung des Legalitätsprinzips, die mangelnde Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie der verheerende Gewöhnungseffekt, Straftaten und deren Sanktionierung in bestimmten Deliktsbereichen zur Verhandlungssache zu deklarieren. Lösungsansätze seien die Ausgrenzung von nachrangigen Delikten im Wege der Einbeziehung von Vermögensstrafataten in den Katalog der Privatklagedelikte, die Konkretisierung von Straftatbeständen sowie eine Straffung des Prozessrechts, etwa durch die Erleichterung bei der Zurückweisung von Befangenheitsanträgen oder die Möglichkeit der Ablehnung von Anträgen, sofern diese nur der Verfahrensverzögerung dienen.

RiLG Dr. *Andreas Sturm* präsentierte anschließend einen umfassenden Einblick in die empirische Erhebung der „Altenhain-Studie“, die zur Grundlage der Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts im Verständigungsurteil vom 19.03.2013 wurde. Gründe für Absprachen in Strafverfahren, jenseits der Empirie, seien externe Ursachen, wie die stetige Ausweitung des materiellen Strafrechts, zunehmend komplexere Lebenssachverhalte sowie begrenzte Ressourcen der Justiz. Auch die StPO könne gerade im Hinblick auf die überbordende Anzahl von Anträgen im Rahmen der Konfliktverteidigung nicht schritthalten. Ergänzend sei Richtern keine ausreichende Auslegung bzw. Kommentierung zu § 257c StPO zugänglich, weshalb einzelne Merkmale unklar blieben. Gegen eine Besserung dieses Zustands spreche die Empirie an sich, da seit der Erhebung Altenhains aus dem Jahre 2007 keine wesentliche Änderung bewirkt worden sei. Zudem fehle es an einer dem Rechtsanwender gewinnbringenden juristischen Auseinandersetzung, die nicht die Bindungswirkung des Bundesverfassungsgerichtsurteils, sondern die Umsetzung in der Praxis debattiere. Für eine Besserung spreche, dass vermehrt Rechtsmittel eingelegt werden würden und das Bewusstsein in der Justiz steige. Bei weiterer Nonkonformität bestehe allerdings die Gefahr, dass das Bundesverfassungsgericht die Verständigung untersagen könnte.

In der anschließenden Diskussion über die zwei vorangegangenen Referate drückte Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. *Bernd Schünemann* seine Erschütterung hinsichtlich des Abspracheverhaltens aus, das für die Wissenschaft inakzeptabel sei. Der Deal sei der Einzug der kontinuierlichen Missachtung von Verfahrensvorschriften in das Strafrecht gewesen. Dr. *Eren Basar* merkte an, dass die Überlastung der Staatsanwaltschaften für die Verteidigung Fluch und Segen aber zugleich ein Teil der Verteidigungsstrategie seien. Dr. *Oliver Kipper* forderte, dass sich die Justiz Standards setzen müsse. Wenn die Staatsanwaltschaften den Mangel in einem Unternehmen genauso sähen wie die Verteidiger Mängel bei der Justiz feststellen würden, dann wäre ein Compliance-Verstoß evident.

Unter der Moderation von Prof. Dr. *Joachim Jahn* diskutierten Dr. *Sven Thomas* und Prof. Dr. *Thomas Rönnau* über die Anwendung des § 153a StPO im Wirtschaftsstrafverfahren.

Thomas relativierte die zunächst behaupteten tatsächlichen sowie rechtlichen Schwierigkeiten, da der Richter das Recht kenne und daher keine schwierige Rechtslage bestehe. Vielmehr führe die Anwendung von § 153a StPO vor dem Hintergrund von Ressourcen und Ergebnissen zu Effizienz und erfülle zudem eine Korrektivfunktion gegenüber dem materiellen Recht. *Thomas* hob auch bestehende Zweifel der Strafkammern im Hinblick auf eine Verurteilung sowie eines Freispruchs hervor, da beides dem Betroffenen im Einzelfall nicht gerecht werden könnte. Die Bereitschaft des Beschuldigten zur Anwendung des § 153a StPO sei ebenfalls durch Opportunitätsabwägungen geprägt. Unter Hinzuziehung des ökonomischen Konzepts der Opportunitätskosten, die dem Verzicht auf ein konkretes Geschäft entsprechen, beschrieb *Thomas* die Kosten für den Betroffenen im Strafverfahren in Form von Arbeitskosten, Verlust der Lebensqualität und der Risikofreiheit außerhalb des Gerichts, also der persönlichen Perspektive.

Rönnau äußerte erhebliche Bedenken hinsichtlich der gegenwärtigen Anwendung des § 153a StPO. Die Allgemeinheit sei als ein wesentlicher Beteiligter des Verfahrens von dem Schulterchluss der Verfahrensbeteiligten ausgeschlossen. Daneben würden wirtschaftliche Erwägungen bei Unternehmen die Anwendung des § 153a StPO fördern. Ein Kernproblem bliebe die Gleichbehandlung im Hinblick auf mehrere Verfahren. Es stehe zudem die Frage im Raum, wie Recht noch zu steuern sei, wenn bei schwierigen Verfahren regelmäßig die Einstellung folge.

Nach *Joachim Jahns* Anmerkung, dass es für die Verständigung im Gegensatz zu § 153a StPO Regeln gebe, verwies *Thomas* auf die Anwendung des § 153a StPO im Rahmen des nicht-öffentlichen Ermittlungsverfahrens. Es sei unklar, welche Regularien gefunden werden könnten um das Verfahren transparenter zu gestalten. Davon abgesehen beziehe sich die Verständigung im Gegensatz zu § 153a StPO im Ergebnis auf den Schuldspruch.

Nach *Rönnau* müssten im Lichte der Transparenz Begründungspflichten verankert werden, da bei hohen Einstellungszahlungen ein erhebliches Interesse an den Begründungen bestehe. Die durch den Gesetzgeber vorgenommene „behutsame Ausdehnung“ sei nicht eingehalten worden und auch die gegenwärtige Anwendung auf Fälle mit mittlerer Schuld sei fraglich, da eine vermehrte Anwendung des § 153a StPO auf umfangreiche Fälle des Wirtschaftsstrafrechts zu beobachten sei. Insgesamt erzeuge § 153a StPO daher keinen Rechtsfrieden für die Allgemeinheit, da diese nicht bei der informellen Erledigung mitwirken könne. Die Beteiligung der Öffentlichkeit sei aber eine Grundprämisse des Strafrechts.

In der anschließenden Diskussion kommentierte Prof. Dr. *Björn Gercke*, dass auch die Wissenschaft die Entscheidung der Beteiligten akzeptieren müsse, auf eine Einstellung hinzuwirken. Darüber hinaus könne ein formelles Korsett der Sache nicht gerecht werden, da § 153a StPO in speziellen Situationen angewendet werden würde. *Rönnau* entgegnete, dass genau deshalb die Rechtssicherheit und Rechtskultur erheblich leide. Dr. *Hanno Durth* kritisierte, dass eine Verrechtlichung des § 153a StPO die Ökonomisierung des Rechts rückgängig machen würde und nicht der Gleichbehandlung diene. Auch die Ressourcenprobleme der Justiz könnten nur durch die gegenwärtige Anwendung des § 153a StPO gemildert werden. *Matthias Jahn* gab zu bedenken, dass es einen Dritten in diesem Zusammenhang nicht gebe und auch nicht geben solle. In der rechtspolitischen Diskussion um die Verständigung in Strafsachen sei ein Vetorecht des Nebenklägers diskutiert, allerdings mit der Begründung versagt worden, das Opfer lasse sich dieses nur unter besonderen, häufig unzumutbaren Gegenleistungen abhandeln. BVerfGE 133, 168 habe festgestellt, dass die Staatsanwaltschaft die öffentlichen Belange im Bereich des § 153a StPO und der Verständigung zur Geltung bringen solle. Es bedürfe keiner Korrektur, allerdings sei ein Kriterienkatalog auf Ebene der RistBV denkbar. Nach StA *Folker Bittmann* seien überbordende Vorschriften eher abzubauen als aufzustocken. Demnach sei eine Verbürokratisierung des § 153a StPO nicht sachdienlich und der falsche Weg.

Gegen die Einführung eines Kriterienkatalogs spreche nach *Thomas*, dass auch andere Kataloge, etwa im Bereich der Strafzumessung, unbeachtet blieben. Die Rechtsunsicherheit sei zudem ein grundsätzliches Problem und auch z.B. nach den Entscheidungen des BGH zu § 266 StGB präsent. *Rönnau* unterstellte den Verteidigern ein grundsätzliches Interesse an Rechtssicherheit, das durch die gegenwärtige Anwendung des § 153a StPO leide. Außerdem hätten die Staatsanwaltschaften finanzielle Interessen und nicht die Allgemeinheit im Blick. Eine Kontrolle sei bei diesen Verfahren schon aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlich.

II. Fehlerquellen im deutschen Wirtschaftsstraftprozess

Der zweite Themenblock widmete sich der Frage, was die Gründe für die im ersten Themenblock erörterten Fragen und Probleme sein könnten.

Das Referat „Lässt die Rechtswissenschaft die Justiz alleine?“ von Prof. Dr. *Jens Bülte* widmete sich den Forderungen der Praxis nach verständlicheren und konstruktiveren Publikationen, sowie einer redlichen, gewissenhaften und unvoreingenommenen Wissenschaft.

Jeder universitäre Rechtswissenschaftler habe zwar das Recht, seine Kunst im Elfenbeinturm zu betreiben, allerdings dürfe er sich dann nicht wundern, wenn sich außerhalb der Wissenschaft niemand für seine Konstrukte interessiere. Die gemeinsamen Ziele von Wissenschaft und Praxis seien die Fortentwicklung und Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen, effektiven und vor allem am Grundrechtsschutz und dem Verfassungsrecht ausgerichteten Strafrechts bzw. einer solchen Strafrechtspflege. Die Wissenschaft habe daher, so *Bülte*, eine gewisse Pflicht gegenüber der Justiz, da durch Annahme und Beurteilung einer aktuellen Rechtsproblematik, Verantwortung kraft tatsächlicher Übernahme begründet werde. Im eigenen Interesse müsse sie verständlich sein, um den Anspruch der Wahrnehmung zu erheben.

Destruktive Kritik an der Rechtsprechung sei damit zu begründen, dass Wissenschaft, im Gegensatz zur Justiz, nicht lösungsorientiert arbeiten müsse. Gerade bei öffentlichkeitswirksamen Verfahren, sei die Justiz jedoch gefangen zwischen Einzelgerechtigkeit im Fokus von Medien und Politik einerseits und Systemgerechtigkeit, gefordert von der Wissenschaft, andererseits. Dies führe völlig zu Recht zu dem Ruf nach konstruktiver Kritik und dem Beistand der Wissenschaft.

Grundsatz zur Annäherung an die Wahrheit und der vernünftigen Diskussion sei nicht das Wissen des Einzelnen sondern eine Abwägung des Verfügbaren. Darüber hinaus dürfe nur unabhängige Wissenschaft auch Wissenschaftsfreiheit beanspruchen. Abhängigkeit führe dagegen zum Verlust ihrer Existenzberechtigung und ihrem Wesenskern.

In der Auseinandersetzung zwischen Wissenschaft und Praxis dürften verfassungsrechtliche Gründe, wie etwa das Verschleifungsverbot – gerade in der wirtschaftsstrafrechtlichen Diskussion –, nicht zum Vehikel einer strafrechtsdogmatischen Diskussion gemacht werden. Jeder Fehlgebrauch des Verfassungswidrigkeitsarguments schwäche den Grundrechtsschutz und erweise dem Kampf um das Recht einen Bärendienst.

Auf die Frage des Diskussionsleiters *RA Alexander Sättle*, ob die Wissenschaft Möglichkeiten der konstruktiven Teilnahme verschenke, wies *Bülte* auf die in Österreich vorgesehene Kommunikation bei Gesetzesvorhaben zwischen Gesetzgeber und Fakultäten hin. *Korte* wandte ein, dass dies auch in Deutschland institutionalisiert sei und auf Vorschläge der Strafrechtslehrer gewartet werde. Bei neuer Gesetzgebung werde in den Kommentierungen jedoch nur auf die Verfassungswidrigkeit Bezug genommen, insofern lasse vielmehr die Literatur die Praktiker alleine. Nach *Schünemann* seien die Strafrechtslehrer- und Lehrerinnen mit ca. 200 Personen ein vielstimmiger Chor und organisatorisch unstrukturiert. Eine Lösung könnten Anfragen an die öffentliche Behörde der Universitäten sein, die zur Stellungnahme verpflichtet wären. Die sog. Hearings im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren seien aber lediglich Alibi-Veranstaltungen, da die Professoren nach den Lagern der Fraktionen ausgesucht würden. Die Wissenschaft befände sich daher in einem Zustand der Marginalisierung.

Es folgte das Referat von *Schünemann* zu dem Thema „Überfordert die Komplexität der Wirklichkeit die Juristen?“.

Ein prinzipielles Problem für die Anwendung des Strafrechts auf individuelles menschliches Handeln im Rahmen von Wirtschaftsunternehmen existiere in Wahrheit nicht, da das Strafrecht mit seiner Suche nach individueller Verantwortlichkeit auch den kollektiven Interaktionsmustern gerecht werden könne. Die These vom Wirtschaftsunternehmen als ein strafrechtlich nicht direkt beeinflussbares autopoetisches System hätte mit der Realität des Lebens wenig zu tun. Vielmehr würden die dogmatischen Grundsätze der objektiven Zurechnung und das Schuldprinzip dazu führen, dass Individuen nicht etwa in fehlerhafter Weise für von ihnen nicht kontrollierte systemische Prozesse verantwortlich gemacht werden könnten.

Durch die international einmalige Machtstellung des deutschen Strafrichters trete eine besondere Be- und Überlastung auf, deren Effekte sich durchweg in einer asymmetrisch-

einseitigen Weise zuungunsten des Angeklagten auswirken würden. Dieser Inertia- oder Urteilsperseveranz-Effekt beruhe darauf, dass dem Richter aufgrund der durch die Ermittlungsbehörden zusammengestellten einseitigen Ermittlungsakten eine unbefangene Würdigung des Beweisergebnisses der Hauptverhandlung unmöglich sei. Dies verstärke sich auch durch den Schulterchluss-Effekt zwischen Richter und Staatsanwalt. Der sog. Kothurn-Effekt, der noch nicht durch sozialwissenschaftliche Untersuchungen nachgewiesen worden sei, bestätige sich durch Alltagsbeobachtungen im Strafprozess. Anders als in Zivilprozessen operiere der Richter im Strafverfahren von Anfang an gegenüber einem durch die Anklage moralisch deklassierten Angeklagten, dessen krampfhaftige Versuche sich herauszuwinden, seine moralische Minderwertigkeit eher noch bestätigen und dadurch den Richter auffordern würde, den Ausflüchten nicht voreilig auf den Leim zu gehen, sondern alle logisch haltbaren Möglichkeiten der Verurteilung auszuschöpfen. Zusammengefasst sei der Eröffnungsbeschluss im deutschen Strafprozess eine self-fulfilling prophecy, was durch eine seit langem unter 4 % liegende Freispruchquote statistisch bestätigt werde.

Durch die enorme, häufig abnorme Komplexität der Wirtschaftsstrafverfahren dränge sich zunächst der Verdacht auf, dass eine Kompensation der Objektivität der richterlichen Tatsachenfeststellung zerstörenden Effekte hier noch viel schwieriger zu sein scheine als im allgemeinen Strafverfahren. Dieser Verdacht entschärfe sich aber vor dem Hintergrund der Dominanz des Urkundenbeweises im Wirtschaftsstrafverfahren, im Gegensatz zu der informationsdeformierenden Kraft der Glaubwürdigkeitsbeurteilung von Zeugen und der Interpretation ihrer Aussagen.

Die vor rund 200 Jahren geschaffene Struktur des Strafverfahrens lasse eine Rekonstruktion der Komplexität des heutigen Wirtschaftslebens nicht zu. Vielmehr sei das Modell einer alleinigen Urteilsfindung durch die Hauptverhandlung zur Aufarbeitung der überkomplexen Wirtschaftskriminalität nicht mehr geeignet. Zudem würden die durch das Verständigungsgesetz legalisierten Urteilsabsprachen keinen in rechtsstaatlicher Weise auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit ausgerichteten Strafprozess mehr übrig lassen.

Ein denkbarer Ansatz zur Bewältigung des Komplexitätsproblems in Wirtschaftsstrafsachen liege, so *Schünemann*, in einem Einbau unternehmensinterner Ermittlungen in das Ermittlungsverfahren, was aber vom Staat naturgemäß nur verlangt werden könne, wenn er das Unternehmen von jeder strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Verantwortlichkeit befreie. Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts sei dagegen kontraproduktiv. Das neue 4. Aufklärungsparadigma – nach dem 1. Paradigma des Gottesurteils, dem 2. Paradigma des Inquisitionsverfahrens und dem 3. Paradigma des hauptverhandlungszentrierten reformierten Strafverfahrens –, bestehe in der Mitwirkung des Unternehmens als Ermittlungshilfsperson der Staatsanwaltschaft.

Salditt wandte ein, dass beschuldigte Vorstände das Unternehmen im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens nicht vertreten würden, weshalb Unternehmen auch keine Hilfspersonen sein könnten. OStA Dr. *Peter Schneiderhahn* hob mögliche Gefahren einer Verschmelzung von Ermittlungsverfahren und Internal Investigations hinsichtlich eines weiteren Ressourcenabbaus, der Verletzung des Legalitätsprinzips, der Erstbefassung der Arbeitsgerichte und der Marginalisierung der Beschuldigtenrechte hervor. Dr. *Thomas Helck* kritisierte die unzureichende Ausbildung der Staatsanwälte und Richter. Gerade Berufsanfänger litten an Überlastung. Auch bleibe im Zusammenhang von Ermittlungsverfahren und Internal Investigations die Frage der Kostentragung.

Der anschließende Vortrag von *Schneiderhan* widmete sich möglichen strukturellen Fehlerquellen. *Schneiderhan* bescheinigte der deutschen Justiz ein hohes Maß an Professionalität und eine im internationalen Vergleich hervorzuhebende Korruptionsfreiheit. Es lägen keine strukturellen Fehlerquellen und daher auch kein grundlegender Änderungsbedarf vor. Jedoch seien drei Fehlerquellen im materiellen Recht auszumachen, die nicht richtig ausgeführt würden. Der Gesetzgeber lasse die Justiz bei der Anwendung einiger Normen des materiellen Rechts alleine oder erlasse unklare Gesetze. Der Gleichlauf der Rechtsordnung sei zudem nicht gesichert, da das Strafrecht auf zivil-, wirtschaftliche- und steuerrechtliche Grundentscheidungen zurückgreifen müsse. Auch sei der starke Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Strafrecht – etwa im Arzneimittelgesetz – eine Problemursache.

Eine Fehlerquelle des Strafprozessrechts sei die gesetzlich gewollte unvollständige Beweiserhebung durch § 160a StPO, die fehlende Vorratsdatenspeicherung sowie eine unsichere Beweiserhebung durch veraltete Regelungen zur Sicherung von elektronischen Daten. Dem

Strafverfahren fehle es darüber hinaus an einer Konzentrationsmöglichkeit auf die wesentlichen Fragen des Prozesses zum Zweck der Verfahrensvereinfachung. Im Hinblick auf die bisherigen Vorträge wurde bei den Fehlerquellen in der Justizverwaltung betont, dass Staatsanwälte im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts schlichtweg keine Zeit für Fortbildungsmaßnahmen hätten.

In der anschließenden Diskussion bemerkte Dr. *Tobias Rudolph*, dass das strukturelle Problem ein „Wir-Denken“ der Richter und Staatsanwälte sei. Zudem ließen oftmals sachfremde Erwägungen im Rahmen der §§ 257c, 153a StPO den Verdacht der Korruption zu, da der Begriff sehr weit reiche. Es sollten daher Mechanismen geschaffen werden, die eine partielle Kontrolle zulassen könnten.

III. Reformansätze

Im dritten Themenblock wurden mögliche Reformansätze vorgetragen und diskutiert.

RA PD Dr. *Gerson Trüg* referierte zunächst zu dem Thema „Alternativen zum (auf Individuen gemünzten) Strafrecht: Verwaltungssanktionen, Bußgelder, Unternehmensstrafrecht?“. Der Mehrwert eines Unternehmensstrafrechts sei kritisch zu beurteilen. Selbst wenn das Individualstrafrecht formal entlastet werden würde, führe dies nicht zu einer Rückbesinnung auf die ultima ratio Funktion und gewährleiste keine einschränkende Anwendung des Strafrechts. Vielmehr würde strafrechtliche Sanktionierung auf beiden Ebenen umgesetzt werden. Auch der Strafzweck sei vor dem Hintergrund der ungeklärten Präventionswirkung problematisch. Strafen könnten auch Stakeholder und damit Unschuldige treffen. Ein Unternehmensstrafrecht laufe darüber hinaus dem sozialetischen Verständnis von Schuld, unter Bezugnahme der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, zuwider. Es bliebe die Frage nach schuldunabhängigen Kriterien.

Bülte und *Trüg* diskutierten im Anschluss über die divergierenden verfassungsrechtlichen Argumente und die unterschiedlichen Interpretationen des Lissabon-Urteils im Hinblick auf den Geltungsbereich des Schuldprinzips. Auch die Betroffenheit der Stakeholder wurde unterschiedlich bewertet.

RIBGH Dr. *Ralf Eschelbach* referierte zur Stärkung von justizinternen Kontrollmechanismen. Durch die überwiegende Erledigung von Wirtschaftsstrafverfahren im Vorverfahren und die damit verbundene geringe Zahl der Revisionen würden neue Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu Fragen der Beweisgewinnung und Beweisverwertung verhindert. Die Revision leiste daher keinen effektiven Rechtsschutz gegen Eingriffsmaßnahmen. Hauptschauplatz des Strafverfahrens sei das Vorverfahren, das bisher allerdings nicht partizipatorisch ausgestattet und im Hinblick auf die Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes defizitär sei. Die das Vorverfahren dominierende Verdachtshypothese sei gegen Einwendungen zunehmend abgeschottet. Mittel der neutralen Kontrolle des Verdachts durch eine Gesamtschau seien vor Anklageerhebung nicht gegeben, da eine gemäß Art. 97 GG neutrale Kontrollinstanz zu diesem Zeitpunkt nicht bestehe. Der Ermittlungsrichter sei an einer Verzögerung des Verfahrens nicht interessiert, was regelmäßig zur Stattgabe der Eingriffsmaßnahmen – ohne detaillierte Prüfung – führe. Zur Stärkung interner Kontrollmechanismen und des Rechtsschutzes, den der Richtervorbehalt nicht gewähre, müssten den Ermittlungsrichter justizinterne Kontrollmaßnahmen treffen, die insbesondere Informations-, Dokumentations- und Begründungspflichten umfassen und der Kontrolle des Rechtsmittelverfahrens unterliegen könnten.

Effektive Rechtsfolgen bei fehlerhafter Eingriffsgestattung seien, so *Eschelbach*, bislang nicht vorgesehen oder nicht realisierbar, weil Beweisverwertungsverbote, durch fehlende positivrechtliche Regelung oder Unanwendbarkeit im Vorverfahren, meist nicht anerkannt würden. Auf der Rechtsfolgenebene sei daher die Aktivierung und gesetzliche Strukturierung des Systems der Beweisverwertungsverbote zu fordern, die zur faktischen Disziplinierung führen und durch eine absolute Wirkung, auch im Vorverfahren, Anwendung finden könnten. Dies sei etwa denkbar, wenn die wirtschaftliche Existenzgefährdung von Unternehmen, etwa durch Beschlagnahme der EDV, mit der Totalausforschung von Individuen verglichen und damit die Verletzung eines grundrechtlichen Kernbereichs durch übermäßige Verfahrensbelastung begründet werden könnte. De lege ferenda könnte an die Stelle eines einzelnen Ermittlungsrichters ein Kollegialgericht als Kontrollorgan treten.

Bittmann wandte ein, dass man fordern könne, dass Ermittler die Tatsachen punktiert für den Richter zusammenfassen. Es sei nicht zu erwarten, dass der Richter in die Asservate gehe. Eine solche Zusammenfassung erfülle nach *Eschelbach* aber nicht die Kontrollfunktion und die klaren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

VRiBGH Prof. Dr. *Thomas Fischer* referierte zur Dogmatik des § 339 StGB und zu strukturellen Problemen seiner Anwendung. Er widmete sich zunächst den Waldheimer Prozessen im Lichte der Rechtsbeugung und problematisierte im Anschluss die Tatbestandsmerkmale des § 339 StGB. Das Schutzgut sei nicht die Unabhängigkeit des Richters oder die Belastung der Justiz, sondern die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung und der Willkürschutz. Die Feststellung des BGH, dass vorsätzliche Willkür nicht ausreiche, habe zur Nichtanwendung des § 339 StGB geführt. Die Perspektive der Justiz lasse demnach eine Anwendung der Rechtsbeugung nur auf Richter zu, die mitunter pathologisch völlig außerhalb des Rechts agieren würden. Grundsätzlich wolle der gewöhnliche Rechtsbeuger jedoch eigentlich für Gerechtigkeit sorgen, da das Bewusstsein fehle, formale Regeln zu verletzen.

Bedingt vorsätzlich handele der Täter, wenn er positive Kenntnis über die elementare Bedeutung der Rechtsnorm für das Entscheidungsprogramm habe. Demnach sei die falsche Auslegung materieller Tatbestände sowie die fehlerhafte Anwendung von Normen, die wesentliche Verfahrensrechte im Sinne der absoluten Revisionsgründe – ausgenommen Nr. 7 – sichern, von § 339 StGB umfasst. Dies gelte auch, so *Fischer*, bei unververtretbaren Ermessensentscheidungen, da dann die Grenze elementaren Rechtsbruchs erreicht sei. Auch eine Verletzung der formellen Voraussetzungen des § 257c StPO sei erfasst. Bei kollegialen Entscheidungen seien beisitzende Richter dazu verpflichtet rechtsbeugende Entscheidungen anzuzeigen. Denkbar wären auch Teilnahmekonstellationen im Sinne der Anstiftung für den Verteidiger oder der Beihilfe durch die Staatsanwaltschaft.

Auf die Nachfrage *Rolf Köllners*, wer eine Verletzung des § 339 StGB verfolgen würde, bescheinigte *Fischer* der deutschen Richterschaft ein gestiegenes Bewusstsein für die Problemlage und prognostizierte einige Präzedenzfälle, die diese Entwicklung zukünftig unterstützen würden.

IV. Der Versuch eines Fazits

Wie steht es nun um das Verhältnis von Compliance und Justiz? Compliance ist originär im Unternehmenszusammenhang bekannt und auch dort etabliert. Rechtstreue ähnelt aber auch der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dabei geht es um formelle Verfahren, aber auch um absolute Grenzen. Compliance und Justiz liegen daher nicht so weit voneinander entfernt, wie dies auf den ersten Blick anmutet. Einfacher wird es aber dadurch nicht.

Die Tagung hat eine Fülle von Problemen hervorgebracht, die für sich genommen eine Tagung wert sind. Im Folgenden sollen aber drei Aspekte gesondert gewürdigt werden.

Erstens, das „Überdruckventil“ § 153a StPO. Die wahrnehmbare Belastung der Justiz bei Wirtschaftsstrafsachen wird durch entsprechende prozessuale Mechanismen zwar faktisch entschärft. Deren gegenwärtige Anwendung, allen voran die des § 153a StPO, polarisiert aber Wissenschaft und Praxis. Während die Wissenschaft die Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien beklagt, lechzt die Justiz wegen langwieriger Verfahren nach Entlastung, wobei die Verteidigung um den Verlust einer aussichtsreichen Verhandlungsstrategie bangt. Die jeweiligen Parteien stöbern dabei nach bereits vielfach erwähnten, aber nach wie vor beständigen Gründen für und gegen die Anwendung des § 153a StPO, die aufgrund der doch schon langen Debatte bereits abgehandelt erschienen. Aber weit gefehlt. Medienwirksame Strafverfahren verhelfen dem Wortgefecht zu ungebremsster Brisanz und rufen bereits verstaubte Kritik auf die Tagesordnung zurück. Ist § 153a StPO ein notwendiges Instrument um die Justiz vor dem Kollaps zu retten? Sind Millionenzahlungen noch vom Grundgedanken des § 153a StPO gedeckt oder ist die Anwendung bei komplexen Wirtschaftsstrafsachen eher eine rechtswidrige Ausdehnung und ein fauler Kompromiss, geprägt durch wechselseitige Opportunitätsabwägungen, die dem Selbstverständnis eines rechtsstaatlichen Strafrechts zuwider laufen? Compliance in der Justiz kann mehr Transparenz meinen. Transparenz, die Dokumentations- und Begründungspflichten erfordert, um mehr Kontrolle zu ermöglichen, und § 153a StPO nicht zur freien Wildbahn verkommen lässt. Es bleibt dann aber die Frage, wie viel Formalisierung mit der Ökonomisierung des Rechts vereinbar ist.

Zweitens, mögliche Ermittlungshelfspersonen. Die vorsichtig angedachte Kooperation von unternehmensinternen Ermittlungen und Ermittlungsverfahren zur Bewältigung der Komplexität in Wirtschaftsstrafverfahren – als ein viertes Aufklärungsparadigma – erwägt dagegen eine Nutzung der Compliance durch die Justiz und wirft wesentliche Grundfragen zur Anwendung von strafprozessualen Beschuldigtenrechten im Lichte arbeitsrechtlicher Zuständigkeiten auf. Ungeachtet des Legalitäts- und Officialprinzips muss dann bei einer direkten Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden die unmittelbare Anwendung der StPO folgen, um die Grundprinzipien des Strafprozesses nicht auszuhöhlen.

Drittens, die Sanktionierung der Justiz. Neben der schwierigen Diskussion, ob justizinterne Kontrollmechanismen erweitert und entsprechende Dokumentationspflichten – gerade im Ermittlungsverfahren – greifen sollten, hält das positive Recht mit § 339 StGB bereits eine repressive, vielleicht auch präventive Compliance-Lösung bereit. Bleiben die einzelnen Tatbestandsmerkmale auch umstritten, so ermöglichen sie es doch ‚non-compliant‘-Verhalten in der Justiz zu sanktionieren. Bei dem doch so oft beobachteten freudigen Schulterschluss der Protagonisten bleibt allerdings die bekannte Frage nach der Kontrolle der Kontrolleure.

Kapitalmarktstrafrecht

Rechtsanwalt Urs Jakob Stelten, Düsseldorf

Tagungsbericht: „Aktuelle Entwicklungen im Kapitalmarktstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht“ in der Börse Düsseldorf

I. Einleitung

Am 4. Februar 2015 organisierten die Börse Düsseldorf und WisteV e.V. einen Vortrags- und Diskussionsabend, der zwei jüngere Entwicklungen aufgriff, die für Sanktionen im Kapitalmarktrecht eine wichtige Rolle spielen: Im November 2013 hat die BaFin ihre „WpHG-Bußgeldleitlinien“ veröffentlicht; sie gewährt damit Einblick in die Praxis der Sanktionierung von Verstößen gem. § 39 WpHG und ermöglicht eine offene Diskussion. Ebenfalls im November 2013 hat der dritte Strafsenat des BGH (Urteil v. 27.11.2013 – 3 StR 5/13) bestimmt, was das erlangte Etwas gem. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB im Falle einer handelsgestützten Marktmanipulation ist. Unter der Moderation durch RA Dr. Philipp *Gehrmann* hörten die Gäste drei Vorträge von Vertretern aus Wissenschaft und Praxis zu diesen praxisrelevanten Themen.

II. Sebastian Röthig: Die Rolle der Handelsüberwachungsstelle bei der Marktaufsicht

Röthig, Leiter der Handelsüberwachungsstelle der Börse Düsseldorf, stellte seine Arbeit bei Verfolgung von Verstößen gegen das Kapitalmarktrecht vor. Gem. § 7 BörsG muss jede Börse eine Handelsüberwachungsstelle (HÜSt) einrichten. Die HÜSt ist dazu verpflichtet, umfassend alle Daten zu sammeln, die an der Börse anfallen. Sie untersucht diese Daten computergestützt mit Hilfe von Algorithmen nach auffälligen Handelsmustern; zugleich nimmt sie auch manuelle Prüfungen vor. Der HÜSt stehen dabei umfangreiche Rechte zu, auch ohne besonderen Anlass Informationen von Personen einzuholen, die an der Börse registriert sind und Einblick in ihre Daten zu nehmen. Entsteht ein Anfangsverdacht für eine Straftat, so sind auch Ermittlungen gegenüber Dritten möglich. Das betrifft vor allem Banken, die sich gegenüber der HÜSt nicht auf das Bankgeheimnis berufen können.

Der HÜSt obliegt lediglich Ermittlung und Bewertung des Sachverhalts, eine Sanktion darf sie nicht aussprechen. Sie hat den Vorgang dazu ggf. an die zuständige Stelle abzugeben; als solche kommen die Börsengeschäftsführung, die BaFin und damit letztlich die Staatsanwaltschaft in Betracht. Die Mitarbeiter der HÜSt sind nach der Abgabe weiterhin unterstützend tätig, etwa als Sachverständige.

Röthig führte weiter aus, dass die Anforderungen an die HÜSt und auch die Überwachung der Marktteilnehmer durch die stark zunehmende Regulierung des Kapitalmarktes gestiegen sind. Melde- und Dokumentationspflichten wurden ausgeweitet, neue Indikatoren zur Marktpreismanipulation eingeführt. Zudem verschiebt sich der Tätigkeitsschwerpunkt der HÜSt hin zu einer präventiv orientierten Überwachung. Zukünftig soll die HÜSt auffällige Vorgänge bereits bei Verdacht auf einen Gesetzesverstoß an die Aufsichtsbehörde oder Geschäftsführung weiterleiten, wo aktuell nur festgestellte Tatsachen ausreichend sind.

Auf Nachfrage aus dem Publikum erklärte *Röthig*, dass es sich bei dem Ermittlungsverfahren der HÜSt um ein verwaltungsrechtliches Verfahren handelt und kein strafrechtliches, so dass der Betroffene nicht durch die Beschuldigtenrechte der StPO geschützt ist. Wird er zu einem verdächtigen Vorgang vernommen, so wird seine Aussage protokolliert. Der Betroffene muss dieses Protokoll weder genehmigen, noch erhält er eine Kopie.

III. Prof. Dr. Martin Paul Waßmer: Der Verfall im Kapitalmarktstrafrecht

„Crime doesn't pay.“ Mit diesen Worten eröffnete *Waßmer*, Strafrechtler in Köln, seinen Vortrag zu der höchst umstrittenen Frage, was das erlangte Etwas im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB ist. *Waßmer* zeichnete zunächst die Historie der Vorschrift nach: Der Verfall wurde mit der StGB-Reform im Jahre 1975 in das Gesetz eingefügt und bezog sich in seiner alten Fassung auf den „Vermögensvorteil“, der aus oder für die Tat erlangt worden war; daraus leitete sich das Netto-Prinzip ab, das dazu führte, dass sich der Verfall auf den Betrag nach Abzug der Kosten beschränkte. Mit der zunehmenden Bedeutung des Verfalls, gerade auch wegen der erheblichen fiskalischen Interessen aufgrund hoher Vermögenswerte in Wirtschaftsstrafsachen, kam jedoch bei dem Gesetzgeber die Ansicht auf, dass das Nettoprinzip in seiner Anwendung zu kompliziert sei, und er vereinfachte es aus „kriminalpolitischen Gründen“, um „Missverständnissen“ vorzubeugen. So wurde aus dem Vermögensvorteil im Jahre 1992 das Merkmal des „erlangten Etwas“. Damit war dem sog. Brutto-Prinzip der Weg geebnet. Danach kann der Kosteneinsatz des Unternehmens bei der Anordnung des Verfalls unberücksichtigt bleiben. Das Unternehmen muss dadurch z.T. deutlich mehr als den erlangten Vermögensteil abführen.

Waßmer stellte im Folgenden die Anwendungsprobleme des Verfalls im Zusammenhang mit Straftaten nach § 38 WpHG dar, die sich trotz der scheinbar eindeutigen Hinwendung des Gesetzes zum Brutto-Prinzip ergeben. Hier ist mit Blick auf die jüngste Rechtsprechung des BGH vor allem die Frage von Bedeutung, ob das getätigte Geschäft an sich erlaubt ist und nur aufgrund weiterer Umstände strafrechtliche Relevanz hat, oder ob das Geschäft selbst bereits verboten ist. Ein Beispiel für den ersten Fall ist der Insiderhandel gem. § 14 WpHG. Hier soll nach der Rechtsauffassung des 5. *Strafsenats* des BGH (5 StR 224/09) nur der durch die Insiderinformation gewonnene Sondervorteil dem Verfall unterliegen, weil das Geschäft, der Kauf oder Verkauf von Wertpapieren, an sich erlaubt ist und nur durch den Einsatz der Insiderinformation strafbar wird. Folglich unterwirft der *Senat* nur den daraus erlangten Sondervorteil dem Verfall. Anders liegt es etwa bei einer handelsgestützten Marktmanipulation gem. § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG: Hier sanktioniert das Gesetz bereits den Handel als solchen, weil der Handel selbst zur Marktmanipulation führt; deshalb unterliegt dort das gesamte Vermögen dem Verfall. Dies hat der BGH in dem eingangs genannten Urteil entschieden.

Im Abschluss nahm *Waßmer* noch kritisch zur Ansicht der Rechtsprechung Stellung, wonach der Verfall keinen Strafcharakter habe. Dies sei im Hinblick auf die Zweckrichtung und Wirkung unrichtig. Weiter ging *Waßmer* auf zivilrechtliche Fragestellungen ein: Zu nennen sind Schadensersatzansprüche der Betroffenen, die der Anordnung des Verfalls entgegenstehen können. Hier stellt sich nicht selten die Frage, ob die Vorschriften des Kapitalmarktrechts drittenschützende Wirkung im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB haben, was jedenfalls bei § 38 WpHG nicht der Fall ist. In Betracht komme somit allenfalls ein Anspruch aus § 826 BGB. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung liegt nach der Rechtsprechung des BGH jedoch nicht schon deshalb vor, weil der Täter in strafbarer Weise gehandelt hat. Hinzukommen müsse eine besondere Verwerflichkeit. Weiter kritisiert *Waßmer*, dass von dem Adhäsionsverfahren potentiell geschädigter Anleger zu wenig Gebrauch gemacht werde. Die Gerichte lehnten entsprechende Anträge zumeist mit der Begründung ab, das Verfahren sei dafür zu komplex. Das sei indes nicht nachvollziehbar, weil das Fehlen eines zivilrechtlichen Anspruchs Voraussetzung für den Verfall ist. *Waßmer* spricht sich zudem dafür aus, potentiell Geschä-

digten regelmäßig Akteinsicht gem. § 406e StPO zu gewähren, wenn sie Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB verfolgen wollen. Die wohl h.M. lehne dies jedoch aufgrund der allgemeinen, überindividuellen Schutzrichtung des § 38 WpHG ab.

IV. Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers: Die Bußgeldleitlinien der BaFin

Die BaFin veröffentlichte Ende 2013 ihre Leitlinien zur Bußgeldbemessung im WpHG. Sie folgt damit dem Vorbild des Bundeskartellamtes, das im Jahre 2006 – ebenfalls ohne gesetzliche Grundlage – seine Richtlinien offen gelegt hat. Einleitend wies *Eggers* auf wichtige Eckpunkte hin: Die Bußgeldrichtlinien sind reines Binnenrecht der BaFin und haben keine gesetzliche Bindungswirkung, vor allem nicht gegenüber Gerichten, die im Streitfall ein eigenständige Entscheidung treffen. Es handelt sich um normkonkretisierende Vorschriften zu § 17 Abs. 3 OWiG. Ihr Ziel ist eine gleichmäßige Rechtsanwendung und die Offenlegung soll zugleich eine Diskussion über ihren Inhalt ermöglichen. Ein Bedarf nach Gleichbehandlung rührt vor allem daher, dass die BaFin, anders als die Staatsanwaltschaft, bei der Verfolgung von Rechtsverstößen nicht an das Legalitätsprinzip gebunden ist und Zweckmäßigkeitsentscheidungen treffen darf. Dies könne ein Grund sein, warum die BaFin vornehmlich gegen finanzstärkere Unternehmen und nicht gegen Privatpersonen vorgeht.

Eggers legte im Folgenden dar, dass § 17 Abs. 3 OWiG grundsätzlich eine sehr flexible Handhabung ermögliche und dem Rechtsanwender Freiheit bei der Beachtung tat- und täterbezogener Kriterien lasse. Demgegenüber versuche die BaFin die Abbildung eines schematischen Regelfalls. Zu diesem Zwecke errechnet die BaFin zunächst in zwei Schritten einen Grundbetrag. Hierzu unterscheidet sie im ersten Schritt nach der Marktkapitalisierung des Emittenten und trennt sie in vier Gruppen; die kleinste Gruppe verläuft bis zu EUR 10 Mio., die größte beginnt ab EUR 4 Mrd. Dabei gilt: je höher die Kapitalisierung, desto höher der Grundbetrag. In einem zweiten Schritt wird nach Gewicht des Gesetzesverstößes unterschieden, einerseits zwischen Vorsatz und Leichtfertigkeit, andererseits werden die Verstöße als leicht, mittel oder schwer eingestuft. Die so errechneten Grundbeträge beginnen bei EUR 40.000,00 und enden bei EUR 750.000,00. Nach dieser groben Einordnung erfolgt die einzelfallbezogene Anpassung anhand täterbezogener Umstände. Hierbei wendet die BaFin das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB analog an.

Nach der Darstellung des Verfahrens ging *Eggers* auf einige bedenkenswerte Punkte ein: Die Kategorisierung der Emittenten sei zu grob; beispielsweise fallen in die zweitkleinste Gruppe Unternehmen mit einer Kapitalisierung zwischen EUR 10-500 Mio. Diese Gruppe erfasse sowohl kleinere Unternehmen als auch größere, die eine eigenständige Rechtsabteilung unterhalten können. Die Richtlinie differenziere hier nicht ausreichend. Umgekehrt könne die Richtlinie dort zu Differenzierungen führen, wo sie nach der gesetzgeberischen Wertung nicht stattfinden sollen. Eine wesentliche Schwäche des Systems liegt nach Ansicht *Eggers'* darin, dass die Richtlinien unter dem Deckmantel der Gleichbehandlung zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Bußgelder führen; die Grundbeträge seien teilweise zu hoch angesetzt. Zudem bestehe die Gefahr, dass Gerichte die Leitlinien zur Arbeitsvereinfachung übernehmen und vorgefasste Meinungen über die angemessene Höhe von Bußgeldern entwickeln; dieser Effekt könne sich selbst beschleunigen, weil mehr Betroffenen gegen zu hohe Bußgelder gerichtlich vorgehen und die Gerichte diese zunehmend schematisch abarbeiten. *Eggers* bemängelte weiter, dass die Richtlinien Compliance-Gesichtspunkte der Unternehmen nicht berücksichtigen. Zuletzt hält er die Anwendung des Doppelverwertungsverbots für fehlerhaft; dies beziehe sich nur auf Tatbestandsmerkmale und keine innenrechtlichen Richtlinien und könne den Betroffenen sogar benachteiligen. Dies sei etwa bei fehlenden Compliance-Regeln der Fall: Sie können auf Tatebene zu einer Bußgelderhöhung führen, weil der Betroffene es unterlassen hat, Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten zu treffen. Auf Täterebene könnten sie ihn begünstigen, weil der Täter sich nicht über Compliance-Regeln hinwegsetzen musste; bei strikter Anwendung des Doppelverwertungsverbots sei letzteres aber nicht mehr zu berücksichtigen.

V. Fazit

Die Räumlichkeiten der Börse Düsseldorf boten den thematisch passenden Rahmen für die Diskussion, an der sich etwa 40 Zuhörer aus Rechtsanwaltschaft, Behördenvertreter, Syndikusanwälte und Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsunternehmen beteiligten. Mit Blick

auf die Dynamik des Wertpapieraufsichts- und -strafrechts wird der Diskurs zu den angesprochenen sowie zahlreichen anderen Aspekten dieses Bereichs nicht abreißen. Nachdem bereits im Jahr 2012 aktuelle kapitalmarktstrafrechtliche Themen in der Börse Düsseldorf besprochen wurden, könnte die diesjährige Veranstaltung eine kleine Tradition begründet haben.

Verfahrensrecht / Unternehmensstrafrecht

Redaktionell zusammengestellt von LOSTA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

WisteV-Standards

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

Vielmehr sind die Leser, ob WisteV-Mitglieder oder nicht, aufgerufen, sich am steten Prozess der Aktualisierung und Weiterentwicklung zu beteiligen und sich unter Angabe ihres Berufes zu einzelnen, bereits 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.¹

13. „§ 153a StPO“

Vorbemerkung:

Kann es überhaupt WisteV-Standards zu § 153a StPO geben? Darf eine wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung zum Prozeßrecht Stellung beziehen? Setzte das nicht zumindest voneinander abweichende Verfahrensregeln für Wirtschafts- und andere Strafsachen voraus? Beweist bereits der Versuch der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., Standards zu formulieren, solche Differenz?

So ernst, wie solche Fragen zu nehmen sind, so wenig lässt sich die Antwort vorwegnehmen. Dass sich Detailfragen für denjenigen nicht mehr stellen, der Opportunitätseinstellungen von vornherein ablehnt, ist keine Besonderheit, sondern gilt ebenso für z.B. Bestehen und Umfang des sog. Insolvenzgeheimnisses, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO (dazu WisteV-Standards Nr. 5, Wij 2012, 144 – 146). Gleichwohl zeigt sich ein bemerkenswert hoher Grad an Abhängigkeit der Antworten von der Entscheidung über Grundsätzliches. Das ändert aber nichts daran, dass es sich bei § 153a StPO um eine Rechtsnorm handelt und über deren Anwendung und ihre Grenzen (zumindest: auch) mit rechtlichen Argumenten gestritten werden kann. Zu konstatieren ist allerdings, dass der Umfang konsentierter Antworten nicht sehr groß ist. Der Versuch der Formulierung von *Standards* gelangte daher in ungewöhnlichem Maße nicht über die Formulierung von Fragen bzw. das Gegenüberstellen von These und Antithese hinaus.

Die wesentlichen Fragen waren Gegenstand der gemeinsam von der WisteV-Regionalgruppe Norden mit der Bucerius Law School ausgerichteten Tagung vom 5.12.2014 in Hamburg mit intensiv diskutierten Referaten von Prof. Dr. Beulke, RD Dr. Webel, Generalstaatsanwalt von Selle und Rechtsanwalt Dr. Thomas.

A. Verfassungsrecht

Konsens

¹ Weiter Hinweise zu den WisteV-Standards unter www.wi-j.de.

1. Strafverfolgung hat vom Ziel materieller Gerechtigkeit getragen zu sein.
2. Grundsätzlich ist Schuld in einem förmlichen Verfahren von der Strafjustiz nachzuweisen.
3. Die Richtigkeit des Verfahrens garantiert nicht auch die materielle Richtigkeit.
4. Dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, strafprozessuale Regeln zu schaffen, die auf dem Opportunitätsprinzip beruhen.

Kontrovers

1. Wie lässt sich das Spannungsverhältnis zwischen Opportunitätsprinzip und gebotener Anwendungsgleichheit verfassungskonform regeln?
2. Ist dies im geltenden Recht gelungen?
3. Unterläuft § 153a StPO aufgrund seiner Informalität die vom Gesetzgeber veranlasste materiellrechtliche Entscheidung, prototypisch im Steuerstrafrecht die Verschärfung des Rechts der Selbstanzeige einerseits und Verfahrenseinstellungen gegen hohe Summen andererseits?
4. Massenhafte Rechtsverstöße deuten auf ein Auseinanderfallen des Rechtsbewusstseins zumindest eines nennenswerten Teils der Bevölkerung und der Wertungen des Rechts hin. Wenn der Grund dafür
 - a) in unrichtigen gesetzlichen Regelungen, und/oder
 - b) der nicht angezeigten Ahndung gerade mittels Strafrecht
 liegen mag, kann dann nicht gerade die informelle Einstellung gemäß § 153a StPO ein probates Mittel sein, die Folgen materiellrechtlicher Mängel zu mildern?
5. Unter der Annahme, die kriminelle Energie nehme proportional zur Kompliziertheit des Sachverhalts zu,
 - a) privilegiert dann § 153a StPO nicht gerade den Falschen, und/oder
 - b) liegt darin etwa keine Kapitulation vor dem Klugen, oder
 - c) steht umgekehrt eine Einstellung gemäß § 153a StPO nicht im Widerspruch zur gesetzlichen Rechtsfolge der Einstellung bzw. des Freispruchs?
6. Lässt sich ‚kleine‘ und ‚mittlere‘ Kriminalität überhaupt rechtssicher definieren?
7. Welches Kriterium rechtfertigt es, schwere Kriminalität aus dem Anwendungsbereich des § 153a StPO auszuschließen?
8. Verlangt das Erfordernis der Anwendungsgleichheit die ausschließliche Orientierung der Höhe der Auflage an der wirtschaftlichen Potenz?
9. Oder dürfen auch andere, z.B. Schuld- und sonstige strafzumessungsrechtliche Aspekte berücksichtigt werden?
10. a) § 153a StPO kann auf Steuerdelikte keine Anwendung finden, weil die Schwere der Tat wesentlich von der Höhe des Hinterziehungsbetrags gekennzeichnet ist.
10. b) Auch Steuerstraftaten sind nach Steuerart und Hinterziehungssituation so unterschiedlich, daß eine schematische Orientierung am Hinterziehungsbetrag dem Geschehen nicht gerecht würde.

Thesen und Antithesen

I. Wirtschaftliches Ungleichgewicht

These:

Reiche können sich, unterstützt von nur von ihnen bezahlbaren Verteidigern, quasi von Strafe freikaufen.

Gegenthesen:

- (1) Die weitaus meisten Anwendungsfälle des § 153a StPO betreffen minderbemittelte Täter, jedenfalls keine aus dem oberen Einkommens- und Vermögensegment.
- (2) Der statistische Anteil der Einstellungen nach § 153a Abs. 1 und Abs. 2 pendelt seit 30 Jahren unverändert um 4 bzw. 10 Prozent.

(3) In Wirtschaftsstrafsachen stellen die Staatsanwaltschaften Verfahren sogar in allerdings geringfügig geringerem Maße nach § 153a Abs. 1 StPO ein als andere Ermittlungsverfahren.

(4) Personen mit höherem Gehalt tragen typischerweise höhere Verantwortung. Bereits eine kleine Unregelmäßigkeit mit für sich gesehen geringem Unrechtsgehalt kann daher hohe Schäden anrichten. Hohe Auflagen stellen daher die Anwendungsgerechtigkeit gerade erst her.

II. Rechtliche (Un-)Stimmigkeiten

These 1:

Wenn ein Strafbefehl und eine Verurteilung bei einfachen Delikten möglich sind, dann liegt in einer Einstellung gemäß § 153a StPO bei mittleren Delikten ein Wertungswiderspruch.

Gegenthese:

Maßgeblich ist nicht allein die abstrakte Regelung, sondern die Anwendung im Einzelfall, die von weiteren Umständen beeinflusst ist.

These 2:

§ 153a StPO leidet an einem unauflösbaren Widerspruch: der Beschuldigte muss auf der Unschuldsumutung beharren, während die Justiz niemand Unschuldigen verfolgen und erst recht nicht mit einer Sanktion belegen darf.

Gegenthesen:

(1) Dem Gesetzeswortlaut nach dient § 153a StPO nicht der Überwindung von Beweisschwierigkeiten. Zwar muß die Schuld nicht feststehen, die Annahme ihres Fehlens seitens der Justiz hindert aber eine Einstellungsentscheidung gemäß § 153a StPO.

(2) Selbst wenn das Bestehen auf der Unschuld eines Verfahrensbeteiligten die Annahme des Gegenteils seitens eines anderen Beteiligten erlaubt, bedarf es der Auflösung des inhaltlichen Widerspruchs. Das Urteil ist dafür das keineswegs einzig denkbare Mittel. In Betracht kommt prinzipiell auch ein Kompromiss, beruhend auf Freiwilligkeit, die im Zustimmungserfordernis ihren Ausdruck findet.

Thesen 3:

(1) § 153a StPO erlaubt die Einstellung eines Verfahrens nur dann, wenn es *Vergehen* zum Gegenstand hat und *die Schwere der Schuld ihr nicht entgegensteht*. Der Ausschluß von *Verbrechen* und *schwerer Schuld* muss der Höhe der Geldauflage Grenzen setzen.

(2) Die Höhe der Geldauflage darf jedenfalls die gesetzliche Grenze der höchsten Gesamtgeldstrafe nicht übersteigen.

Gegenthesen:

(1) Die Rechtsfolge einer Straftat muss in Korrelation zu ihrer Schwere stehen. Dabei handelt es sich um einen konkreten Zusammenhang. Diesen in einer bestimmten Rechtsfolge auszudrücken, ist die Aufgabe des Richters. Er hat sie nach seinem pflichtgemäßen und an anerkannte Zumessungskriterien gebundenen Ermessen zu erfüllen.

(2) Der Richter ist dabei nur an die absoluten Grenzen gebunden, die das Gesetz ausdrücklich bestimmt (z.B. Strafraumen, zwingend anzuordnende lebenslange Freiheitsstrafe).

(3) Selbst die bei der Festsetzung von Geldstrafen einzuhaltenden Grenzen, §§ 40 Abs. 1 S. 2; Abs. 2 S. 3; 54 Abs. 2 S. 2 StGB, wirken nicht ausschließlich absolut, denn §§ 41, 52 Abs. 3 StGB erlauben es, Geldstrafe auch neben Freiheitsstrafe festzusetzen.

(4) Für andere in Geld zu bemessende Rechtsfolgen kennt das Gesetz noch nicht einmal Grenzen, die denen für die Bestimmung der Geldstrafe entsprechen:

(4a) §§ 56b Abs. 2 Nr. 2 und 59a Abs. 2 Nr. 3 StGB enthalten für Geldauflagen auf der Basis von Bewährungsbeschlüssen keine Obergrenzen.

(4b) Geldstrafe schließt die Abschöpfung des durch die Tat Erlangten nicht aus. Das gilt auch oberhalb der höchstmöglichen Gesamtgeldstrafe von 720 Tagessätzen x 30.000 €.

(5) Wie bei § 17 OWiG erlaubt § 153a StPO die Zusammenfassung der Ahndungs- und der Abschöpfungskomponente in einem Betrag.

(6) Angesichts der Rechtswohltat förmlicher Straffreiheit ist es nicht systemwidrig, zur Wahrung der von den wirtschaftlichen Verhältnissen abhängigen subjektiven Belastungsgleichheit bei der Bemessung der Auflage extrem guten Finanzen des Angeklagten auch jenseits der der Geldstrafe gesetzten Grenzen Rechnung zu tragen.

B. Rechtsprinzipien

I. Unschuldsvermutung

Konsens

Die Unschuldsvermutung gilt trotz endgültiger Einstellung nach Erfüllung der Auflagen gemäß § 153a StPO.

Kontrovers

- a) Verbietet die Unschuldsvermutung auch strafähnliche Maßnahmen?
- b) Genügt das Erfordernis der Zustimmung als Kompensation zur Sicherung der Unschuldsvermutung?
- c) Oder bietet die Chance endgültiger Einstellung des wegen Vergehens geführten Verfahrens nach Erfüllung von Auflagen einen mit der Unschuldsvermutung unvereinbaren Anreiz zur Zustimmung auch seitens eines Unschuldigen?
- d) Wie kann § 153a StPO zur „Entkriminalisierung“ führen, wenn der Beschuldigte de jure als unschuldig gilt, insbesondere, wenn er es auch tatsächlich ist?

II. Prozessuale Regelungsdichte

Konsens

Die enge Regulierung der Verständigung in der Hauptverhandlung, § 257c StPO, kontrastiert mit den weiten Freiheiten des § 153a Abs. 2 StPO.

Kontrovers

- a) Gelten die Vorschriften über die Erörterung während und in der Hauptverhandlung (§ 212 i.V.m. § 202a bzw. 257b StPO) sowie über die Mitteilungspflichten des § 243 Abs. 4 S. 1 und 2 StPO mit der Folge der Protokollpflichten des § 273 Abs. 1 S. 2 und Abs. 1a S. 2 StPO auch in Vorbereitung einer Einstellungsentscheidung gemäß § 153a Abs. 2 StPO?
- b) Lautet die Antwort auf a): Ja, so stellt sich die Frage: Genügen die Bestimmungen über die Erörterung als Ausgleich für die Informalität des § 153a Abs. 2 StPO selbst?

C. Spannungsfeld zwischen Rechtstheorie und Rechtspraxis

I. Leistungsfähigkeit der Justiz

1. Verhältnis Rechtsbruch – Möglichkeiten justitieller Ahndung

Thesen:

- (1) Es ist unmöglich, jeden Regelverstoß zu verfolgen.
- (2) Nicht jeder entdeckte Regelverstoß lässt sich einem Täter zuordnen.
- (3) Bereits der Versuch führte zur Totalüberwachung.
- (4) Verbreitete, aber nur mit hohem Aufwand nachweisbare Delikte wie ärztlicher Abrechnungsbetrug und Steuerhinterziehung (auch der Kapitalertragssteuer) blieben ohne § 153a StPO entweder zu einem sehr hohen Prozentsatz ungeahndet oder würden zur Ahndung anderer Delikte erforderliche Kapazitäten binden.
- (5) Der gleiche Effekt stellte sich ohne § 153a StPO ein, wenn der verfahrensmäßige, zur rechtssicheren Überführung erforderliche hohe Aufwand wie häufig im Kontrast zu der nur in mäßigem Umfang drohenden Strafe steht.
- (6) Die offenbar werdenden Grenzen der Justiz führten zu einer Legitimationskrise, so dass ein gewisses Dunkelfeld sogar eher zur Normstabilisierung beiträgt als unrealistische Verfolgungsziele.

Gegenthese:

Die tatsächliche Unmöglichkeit, jeden Verstoß zu ahnden, darf nicht zur rechtlichen Abkehr vom Gebot der Anwendungsgleichheit führen.

2. Personaleinsatz

These:

Überlastung verlangt informelle Erledigungsmöglichkeiten.

Gegenthesen:

(1) Weil die Justiz sich mit informellen Erledigungen selbst hilft, bleibt die erforderliche Personalzuweisung aus.

(2) Wird eine Rechtsfrage nicht verbindlich geklärt, so führt die Rechtsunsicherheit zu weiteren Prozessen.

3. Verfahrensdauer

These:

Festgefahrene Verfahren lassen sich mit einer Einstellung gegen Auflagen (zuweilen) doch noch sachgerecht abschließen.

Gegenthese:

Die Möglichkeit der Einstellung nach § 153a StPO auch am Ende der Hauptverhandlung bietet einen Fehlanreiz, mit verfahrensbezogenen Anträgen zu versuchen, die Höhe der Auflage zu senken.

4. Rechtsfrieden

These:

Aufgrund des Konsenses zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagtem führt eine konsensuale Einstellung gegen Auflagen eher zum Rechtsfrieden als ein streitiges Urteil.

Gegenthesen:

(1) Wenn § 153a StPO zum Rechtsfrieden beiträgt, wieso erklären gerade Prominente anschließend so oft ohne jegliche Unrechtseinsicht, sie hätten sich nur den Umständen gebeugt, z.B. um wieder ihrer Arbeit nachgehen zu können?

(2) Wie kann solche Kritik an der Justiz das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung stärken?

II. Verfahrensmäßige Belastung des Angeklagten

These:

Stellt sich der Beschuldigte/Angeklagte dem Verfahren und kämpft um die Anerkennung seiner Rechtsauffassung, so rehabilitiert ihn die Einstellung des Verfahrens gemäß § 170 Abs. 2 StPO bzw. der Freispruch vollkommen.

Gegenthesen:

(1) Die Unklarheit der Rechtslage erlaubt dem Angeklagten keine realistische Einschätzung, welche Rechtsauffassung das Gericht einem Urteil zugrundelegen würde. Das Risiko aufgrund rechtlicher Meinungsverschiedenheiten liegt allein beim Angeklagten.

(2) Die Rehabilitation aufgrund von Einstellung bzw. Freispruch ist nur eine rechtliche. Der Zeit- und Kraftaufwand, der in ein kontrovers geführtes Verfahren investiert werden muss, das Fehlen am Arbeitsplatz, der öffentliche Ansehensverlust, die Verbreitung persönlicher Umstände in der Presse, die Reaktionen im persönlichen Umfeld und deren Mitleiden werden davon nicht aufgewogen. Sie lassen sich nur durch eine frühzeitige konsensuale Regelung, wie sie § 153a StPO ermöglicht, vermeiden.

D. Verbesserungsmöglichkeiten?

Konsens

/

Kontrovers

1. Kein Bedarf, da
 - a) bis auf seltene Ausreißer die Anwendung sachgemäß erfolgt und dies von der in über 30 Jahren nur gering schwankenden Anzahl außer- und gerichtlichen Erledigungen nach § 153a StPO belegt wird, und/oder
 - b) jede Änderung einen hohen Aufwand nach sich zöge, der Ertrag i.S. einer Stärkung der Rechtsstaatlichkeit aber nur gering wäre?
2. Abschaffung des *Tuschelverfahrens* gemäß § 153a StPO?
3. Zwingende gerichtliche Zustimmung in allen Fällen des § 153a Abs. 1 StPO?
4. Beschränkung des § 153a StPO auf
 - a) die Zeit vor der Hauptverhandlung, oder
 - b) bis zum Abschluss der Vernehmung zur Person, und/oder
 - c) gerichtliche Verfahren, die beim Amtsgericht begonnen haben, oder
 - d) nur auf amtsgerichtliche Verfahren?
5. Abschaffung der Geldauflage zugunsten der Staatskasse?
6. Keine ungerichtete Zuweisung der Geldauflage an eine vom Staatsanwalt, dem Gericht oder gemeinsam von Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagtem bestimmte gemeinnützige Einrichtung?
7. Erstreckung des § 243 Abs. 4 StPO auf Verhandlungen über eine Einstellung gemäß § 153a Abs. 2 StPO?
8. Einführung eines Begründungszwangs für eine Einstellung
 - a) auch für § 153a Abs. 1 StPO,
 - b) nur für § 153a Abs. 2 StPO,
 - c) nach im Umfang pflichtgemäßen Ermessen des Staatsanwalts bzw. Gerichts,
 - d) im Mindestumfang des § 243 Abs. 4 StPO?
9. Auffächerung des Merkmals des *öffentlichen Interesses*, das der Einstellung *nicht entgegenstehen darf* in das *Ausreichen im Hinblick auf die Einwirkung auf den Beschuldigten, den Rechtsfrieden und die Rechtstreue der Bevölkerung*?
10. Rechtliche Einhegung der zulässigen Rechtsfolge durch
 - a) Begründungszwang,
 - b) Vereinbarkeit mit den Interessen des Verletzten,
 - c) Erfordernis eines Geständnisses?
11. Führt ein Begründungszwang zu
 - a) rationaleren und/oder
 - b) transparenteren sowie
 - c) der Bevölkerung verständlicheren Entscheidungen oder
 - d) lediglich zu mehr Bürokratie,
 - e) eventuell aufgrund der Verwendung von Textbausteinen?
12. Konterkarierte der Geständniszwang weitgehend die Vorteile der Flexibilität aufgrund fehlender Formalität?
13. Schaffung einer Möglichkeit zur Überprüfung der Entscheidung, das Verfahren gemäß § 153a StPO einzustellen
 - a) seitens des Beschuldigten/Angeklagten und/oder
 - b) in Anlehnung an das Klageerzwingungsverfahren,
 - c) zumindest i.S. einer Willkürkontrolle?
14. Einrichtung von Sanktions-Dezernaten bei den Staatsanwaltschaften?

14. Verbandsstrafrecht

Die nachfolgenden Standards beruhen sowohl auf einem Vortrag, den Priv. Doz. Rechtsanwalt Dr. Gerson Trüg auf der wistra-WisteV-Neujahrstagung 2015 in Frankfurt am Main gehalten hat als auch auf zwei Regionalveranstaltungen in Berlin und Köln im April 2014, auf den jeweils anschließenden Diskussionen und auf der Teilnahme an einer Informationsveranstaltung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz im Dezember 2014.

I. Verfassungsrecht

1. Konsens

Individualstrafrecht setzt, soweit es mit einem ethischen Unwerturteil verbunden ist, Schuld voraus. Dies findet seinen Grund im Schutz der Menschenwürde, Art. 1 GG.

2. Kontrovers

a) Strafrecht setzt generell Schuld voraus. Diese auf sich zu laden ist nur einem Individuum möglich. Die Einführung eines Verbandsstrafrechts ist daher aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig.

b) Die Zurechnung individueller Schuld, z.B. seitens der Leitungsebene, würde nichts daran ändern, daß einem Verband als solchem die Fähigkeit fehlt, schuldig zu werden (Schuldpotentialität).

c)

(1) Es steht dem Gesetzgeber frei, eine Regelung zu treffen, die den Verband für Fehlverhalten in die Verantwortung nimmt und dies in einem Verfahren von Amts wegen prüfen und erforderlichenfalls sanktionieren zu lassen.

(2) Die Zulässigkeit einer solchen Normierung ist unabhängig von deren Bezeichnung zu beurteilen. Sie kann daher nicht allein deswegen verfassungswidrig oder sonst unzulässig sein, weil der Gesetzgeber sie als Strafrecht bezeichnet und/oder zu ihrer Verfolgung strafprozessuale Maßnahmen erlaubt.

II. Rechtstheoretische Erwägungen

1. Konsens

./.

2. Kontrovers

a) Auf zurechenbare Gefährdungen der Freiheit seitens der von einem Verband in Anspruch genommenen Freiheit ist die staatliche Strafe gegen das Kollektiv die angemessene Reaktion.

b)

(1) Die Freiheitsgefährdungen können nur von Individuen ausgehen, weil der Verband für sich gesehen nicht handlungsfähig ist.

(2) Demgemäß kann dem Verband immer nur fremde Schuld zugerechnet werden.

c) Diese Zurechnung führte zwar auf der kollektiven Ebene zu dem Vorwurf mangelnder Organisation, änderte aber nichts daran, daß auch die Organisation Menschenwerk ist.

d) Den Verband originär für unzureichende Organisation zu sanktionieren, kann daher nie mit einem Schuldvorwurf gegen eben den Verband verbunden sein.

e) Das Kreieren einer derartigen Reaktionsmöglichkeit gegen den Verband bedeutete die Einrichtung eines staatlichen Interventionsrechts.

f) Bei einem solchen handelt es sich materiell um die Ahndung der Mißachtung von verwaltungsrechtlichen Anforderungen, also um das Recht der Ordnungswidrigkeiten.

g) Es ließe sich ergänzen durch schuldunabhängige Maßnahmen in Anlehnung an die Maßregeln der Besserung und Sicherung des allgemeinen Strafrechts.

h) Die Ahndung auf Verbandsebene, sei es mit Strafe, sei es mit Buße, stellt eine Fehlsteuerung dar, weil sie wirtschaftlich unmittelbar auf unbeteiligte Dritte wie Share- und Stakeholder durchschlägt.

i) Die mittelbare Sanktionierung der Shareholder ist systemgerecht, weil sie die Vertreter des Verbands bestimmen und auch die auf der Kollektivebene eintretenden Vorteile genießen.

j) Jede repressive Verbandshaftung setzt das Vorhandensein einer von den individuell Handelnden gesonderten juristischen Person voraus.

k) Da auch die gegen eine juristische Person festgesetzte Sanktion wirtschaftlich auf die Anteilseigner durchschlägt, kann die Verbandshaftung nicht von der Organisationsform des Unternehmens abhängen.

III. Bedarf

1. Konsens

./.

2. Kontrovers

a) Die moderne Industrie- und Wissensgesellschaft ist eine Organisationsgesellschaft, in der Fehlentwicklungen häufig nicht Individuen zugerechnet werden können, weil sie sich erst aufgrund nicht sachgerecht organisiertem Zusammenwirken einstellen: Systemische Fehlentwicklungen und Pflichtendiffusion führen auf individual – strafrechtlicher Ebene zu einer Organisation von Unverantwortlichen, so daß nur die Ahndung des Kollektivs dem im Ergebnis fehlerhaften Verhalten Rechnung zu tragen vermag.

b) Die individualrechtliche Strafbarkeit ist gerade auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts so sehr ausgebaut worden (Stichworte: mittelbare Täterschaft; Mittäterschaft, Täter hinter dem Täter), daß weder rechtstheoretisch noch von den Ergebnissen der geführten Verfahren her ernsthaft die Rede sein könnte, die Strafjustiz sei mit den de lege lata zur Verfügung stehenden Mitteln nicht in der Lage, strafwürdige Geschehnisse angemessen zu ahnden.

c) Es ist nicht zu erwarten, daß die Einführung einer Verbandsstrafbarkeit zur Einschränkung des Individualstrafrechts führen würde. Es ist vielmehr anzunehmen, daß Letzteres unverändert bliebe und ersteres schlicht kumulativ hinzutreten würde.

d) Die Schaffung eines Verbandsstrafrechts würde die präventive Wirkung verbotenen Handelns durch Strafandrohung wesentlich stärken.

e) Die präventive Wirkung der Drohung mit Verbandsstrafe träte neben die präventive Wirkung der Individualstrafe und erhöhte damit deren Wirkung.

f) Das Verbandsstrafrecht zwänge die Unternehmen zur Schaffung wirksamer Compliance-Strukturen.

g) Die Abschreckungswirkung hängt nicht von der Bezeichnung Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht ab.

h) Die Verbandsgeldbuße bis zu einer Höchstgrenze von 10 Mio €, § 30 OWiG, ist ein wirksames und in aller Regel unrechtsadäquates Instrument der Ahndung, zumal da

i) der wirtschaftliche Vorteil über die Höchstsumme hinaus abgeschöpft werden kann, entweder gemäß §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG, oder, dann sogar nach dem Bruttoprinzip, wengleich ohne daneben festgesetzte Buße, § 30 Abs. 5 OWiG, nach § 29a OWiG oder in einem Strafverfahren gegen eine Individualperson gemäß § 73 Abs. 3 StGB (ggf. i.V.m. § 73a StGB).

j) Zudem kann die informelle Sanktionierung mittels Berichterstattung in den Medien noch deutlich nachteiligere Wirkungen als eine staatlich festgesetzte Strafe oder Buße zeitigen und damit aus der Sicht des Verbands eine viel stärkere Abschreckungswirkung entfalten.

k) Das bei Einführung einer Verbandsstrafbarkeit dem Legalitätsprinzip geschuldete Einleiten einer hohen Zahl von Ermittlungsverfahren aufgrund der niedrigen Schwelle eines Anfangsverdachts i.S. von § 152 Abs. 2 StPO würde zu einer weiteren Überlastung der Justiz führen, die nur mittels vermehrter Verständigungen, § 257c StPO, bewältigt werden könnte.

l) Der Dualismus der Ahndung auf individueller wie auf Verbandsebene verstärkte die Neigung zum auserkorenen *Bauernopfer*, wenn es sie nicht sogar erst schaffte.

m) Verschuldensunabhängige Maßnahmen in Anlehnung an die Maßregeln der Besserung und Sicherung des allgemeinen Strafrechts ließen sich auch im Recht der Ordnungswidrigkeiten implementieren.

n) Es ist jedoch offen, ob es neben Zwangslöschung gem. §§ 61 f. GmbHG bzw. § 396 AktG und der Möglichkeit administrativer Schließung nach § 35 GewO und § 20 MSchG einen Bedarf gibt für derartige Maßnahmen wie z.B. das Stellen eines Unternehmens unter Kuratel (mit dem zwingenden und damit Publizität schaffenden Firmenzusatz: u.K.).

o) Das OWiG ließe sich durch materielle Kriterien zur Zumessung der Buße

(1) in Anlehnung an § 46 StGB,

(2) ggf. mittels eines dem § 40 StGB entlehnten Tagessatzsystems oder

(3) alternativ einem Höchstprozentanteil an entweder Umsatz oder Gewinn ergänzen.

p) Administrativem Unrecht, zu ahnden mit Buße, entspricht angesichts des sehr unterschiedlichen Repressionsbedarfs eine Verfolgung nach dem Opportunitätsprinzip.

q) Sollte die Anwendung des Opportunitätsprinzips bislang nicht ausreichend sachgerecht erfolgen, so ließe sich § 130 OWiG konkretisieren und zugleich das freie durch nach Kriterien gebundenes Ermessen z.B. dergestalt ersetzen, daß

(1) ein sachgerechtes Compliance – System,

(2) die sorgfältige Personalauswahl,

(3) sachgerechte Instruktionen,

(4) bereichsbezogene Risikoanalysen

(5) nebst sorgfältiger mit Weisungen und Schulungen unterlegter Prävention, und/oder

(6) ernsthafte Kontrolle (Überwachung und Nachprüfung)

(7) einschließlich effektiver Maßnahmen, diejenigen zur Verantwortung zu ziehen, die sich nicht an die Regeln halten (interne Untersuchungen o.Ä.)

die Milderung oder gar das Absehen von Ahndung gemäß § 30 OWiG indiziert.

r) Vergleichbares ließe sich mittels Schaffung einer institutionalisierten Selbstanzeige, abhängig von sachgerechter Aufklärungshilfe und geeigneter Compliance – Konsequenzen erreichen.

s) Von einem zusätzlichen Anreiz dergestalt, bei Absehen von der Ahndung des Verbands zwingend auch auf vermögensabschöpfende Maßnahmen zu verzichten, sollte Abstand genommen werden, weil dies

(1) dem kondiktionsrechtlichen Grundsatz widerspräche, daß sich Straftaten nicht lohnen dürfen, und überdies

(2) zu dem Fehlanreiz des Transfers illegaler Vorteile auf das Unternehmen führen könnte, weil Abschöpfungen dort nur unter erschwerten Umständen möglich wären.

(3) Zu erwägen ist stattdessen, dem Unternehmen zu gestatten, nachgewiesene Compliance – Aufwendungen auf eine festgesetzte Abschöpfungssumme anrechnen zu dürfen.

t) Zu erwägen sind zudem verfahrensrechtliche Änderungen wie

(1) das Gebot, den Tenor in Ahndungs- und Abschöpfungsanteil aufzuspalten,

(2) bereichsspezifisch das Strafprozeßrecht ohne die Erleichterungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes (bezüglich der Beweisaufnahme: §§ 71, 77 ff. OWiG) für anwendbar zu erklären,

(3) die Lösung der Verbindung des Individual- vom Kollektivverfahren, § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG, und

(4) gerichtsverfassungsrechtlich die Zuweisung einschlägiger Fälle, zumindest § 30 OWiG, an die erstinstanzliche Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts.

Rezensionen

Insolvenzstrafrecht

Akademischer Rat Dr. Christian Brand

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis Mai 2015

I. Aufsatzliteratur

1. **Jens Puschke: Gesetzliche Vermutungen und Beweislastregeln im Wirtschaftsstrafrecht, in: Roland Hefendehl/Tatjana Hörnle/Luis Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, S. 647-660.**

Verf. untersucht, inwiefern gesetzliche Vermutungen und Beweislastregeln bei der Interpretation wirtschaftsstrafrechtlicher Tatbestände Beachtung erheischen. Dabei gelangt er zu dem Ergebnis, dass gesetzliche Vermutungs- und Beweislastregeln jedenfalls dann nicht angewendet werden dürfen, wenn sie sich entweder auf Merkmale beziehen, die unmittelbare Relevanz für den individuellen Schuldvorwurf besitzen oder aber Merkmale betreffen, ohne deren Verwirklichung sich das Verhalten des Täters nicht als strafwürdig präsentiert (S. 655 ff.). Vor diesem Hintergrund votiert *Verf.* überzeugend dafür, sowohl den Vermutungstatbestand des § 15a Abs. 3 InsO im Rahmen des § 15a Abs. 4 InsO (S. 656 f.) als auch den Vermutungstatbestand des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO bei §§ 283 ff. StGB nicht anzuwenden (S. 657 f.).

2. **Thomas Rönnau: GmbH-Untreue durch insolvenzauslösende Zahlungen, in: Roland Hefendehl/Tatjana Hörnle/Luis Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, S. 647-660.**

Verf. untersucht die schwierige Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH, der einen fälligen und im Grundsatz einredefreien Darlehensrückzahlungsanspruch eines Gesellschafters unter Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG zurückbezahlt, den Tatbestand des § 266 StGB verwirklicht. Dabei analysiert *Verf.* zunächst, ob der Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG eine untreuerelevante Pflichtverletzung begründet. Dies setzt nach Ansicht des *Verf.* (S. 680 f.) und der ganz h.M. in Rspr. und Schrifttum voraus, dass die Vorschrift – also § 64 S. 3 GmbHG – zumindest einen mittelbaren Vermögensschutz bezweckt (dazu s. nur *BGHSt* 55, 288, 299 ff.; *BGHSt* 56, 203, 211; *BGH*, *NJW* 2013, 401, 403 f.). Während diese Zweckrichtung dem § 64 S. 3 GmbHG vereinzelt mit dem Argument abgesprochen wird, die Vorschrift verfolge ausschließlich Gläubigerschutz (so etwa *Weiß*, *GmbHR* 2011, 350, 356), stellt sich *Verf.* auf den entgegengesetzten Standpunkt und verweist dafür zum einen auf die Begründung des MoMiG-Gesetzgebers, der den § 64 S. 3 GmbHG schuf, um der Gesellschaft die zur Befriedigung ihrer Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel zu erhalten sowie zum anderen auf den Charakter des § 64 S. 3 GmbHG als Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft (S. 681 ff.). Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass der Geschäftsführer, der entgegen § 64 S. 3 GmbHG fällige Gesellschafterdarlehen befriedigt, einen untreuerelevanten Nachteil verursacht. Diesem Aspekt widmet sich der zweite Teil der Abhandlung. Obschon das Erlöschen der getilgten Darlehensverbindlichkeit die Weggabe des Gesellschaftsvermögens kompensiert (S. 683 ff.) und obschon das von § 64 S. 3 GmbHG bewirkte Leistungsverweigerungsrecht am Wert der Darlehensforderung nichts ändert (S. 685 f.), bejaht *Verf.* einen Nachteileintritt, weil Zahlungen unter Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen, was für diese irreparable und somit nachteilige Folgen auslöst (S. 686 f.).

3. Thomas Rönnau/Christian Becker: Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) durch verbotswidrige Zahlungen des GmbH-Geschäftsführers nach Insolvenzreife, NZWiSt 12/2014, 441-447.

Verf. thematisieren die schwierige Problematik, inwiefern Verstöße gegen § 64 S. 1 GmbHG, die nicht gem. § 64 S. 2 GmbHG „gerechtfertigt“ sind, eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers begründen. Konkret geht es um Fallgestaltungen, in denen der Geschäftsführer Gesellschaftsverbindlichkeiten bedient, obschon die Gesellschaft zahlungsunfähig bzw. überschuldet und die Vornahme der Zahlungen zu diesem Zeitpunkt nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ist. Dazu erörtern *Verf.* zunächst, ob die Pflicht des § 64 S. 1 GmbHG zumindest mittelbar vermögensschützenden Charakter hat und somit tauglicher Anknüpfungspunkt einer untreuerelevanten Pflichtverletzung sein kann (S. 442 ff.). Diese Frage bejahen *Verf.*, nachdem sie ausführlich dargelegt haben, dass trotz des Eintritts materieller Insolvenz die §§ 283 ff. StGB den Rückgriff auf § 266 StGB nicht sperren (S. 443 ff.). Abschließend eruieren *Verf.*, ob ein Verstoß gegen § 64 S. 1 GmbHG einen Nachteil i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB begründet (S. 446 f.). Obschon *Verf.* dem Wegfall einer Verbindlichkeit aufgrund ihrer Bezahlung die Kraft zugestehen, die hierfür eingesetzte Vermögensweggabe zu kompensieren (S. 446 f.), bejahen sie gleichwohl einen Nachteil bei unter Verstoß gegen § 64 S. 1 GmbHG erfolgenden Zahlungen, weil im Zeitpunkt der materiellen Gesellschaftsinsolvenz der Vermögenserhalt gegenüber der Bedienung einzelner Verbindlichkeiten den Vorrang genieße (S. 447).

4. Norman Lenger/Anja Bauchowitz: Untreuestrafbarkeit der Geschäftsleitung einer gesetzlichen Krankenkasse durch Abstimmungsverhalten im Insolvenzplanverfahren, NZI 1-2/2015, 9-13.

Verf. behandeln die sehr spezielle, gleichwohl äußerst reizvolle Frage, ob das Abstimmungsverhalten gesetzlicher Krankenkassen im Insolvenzplanverfahren eines Beitragsschuldners für die auf Seiten der Krankenkassen Tätigen untreuestrafrechtliche Gefahren birgt. Konkret geht es um Konstellationen, in denen die Verantwortlichen es unterlassen, zulasten „ihrer“ Krankenkasse auf einen Teil der Beitragsschuld zu verzichten und dadurch verhindern, dass der Rest der Forderung eine bessere Rangklasse erhält. Mit Blick auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, wie er etwa in § 4 Abs. 4 Satz 1 SGB V enthalten ist, stellen sich *Verf.* auf den Standpunkt, der Krankenkassenvorstand, der die Interessen „seiner“ Krankenkasse im Insolvenzplanverfahren eines Beitragsschuldners nicht optimal durchsetzt und deshalb der Krankenkasse einen Verlust beschert, hafte wegen Untreue gem. § 266 StGB.

5. Hans Ernst Richter: Neue Strafbarkeitsrisiken bei Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz – FMStG, ESUG und Bankrottstrafrecht, in: Christian Heinrich (Hrsg.), Hochkonjunktur für die Sanierungspraxis, 2014, S. 39-51.

Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (kurz ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I, 2582) hat der Insolvenzordnung zahlreiche Neuerungen verpasst, von denen einige seit kurzem auch den Gegenstand insolvenzstrafrechtlichen Nachdenkens bilden. Neben den Strafbarkeitsrisiken, die *sub specie* § 15a Abs. 4, 5 InsO eingeht, wer seinen Insolvenzantrag entgegen den Vorgaben des novellierten und deutlich erweiterten § 13 Abs. 1 InsO stellt (ausf. dazu *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2014, 1025 ff.), rechnet hierher die Frage, ob sich strafbar macht, wer gem. § 270b InsO einen Schutzschirmantrag stellt und dabei entweder seine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit verschweigt oder aber dem Insolvenzgericht bzw. dem Ersteller der Bescheinigung i.S.v. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO Tatsachen vorgaukelt, die zu dem Schluss zwingen, die angestrebte Sanierung sei nicht offensichtlich aussichtslos (ausf. dazu *Brand*, KTS 2014, 1 ff.). – Überzeugend gelangt *Verf.* in seinem Beitrag zu dem Ergebnis, der Schuldner, der falsche Angaben über das tatsächlich vorliegende Krisenmerkmal macht und dadurch erreicht, dass das Insolvenzgericht zu Unrecht bspw. ein Schutzschirmverfahren einleitet, hafte wegen Insolvenzverschleppung gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO (S. 47). Darüber hinaus erwägt *Verf.*, den Schuldner, der im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens falsche Angaben entweder über den Insolvenzgrund oder die Sanierungsaussichten macht, wegen Betrugs zum Nachteil seiner Gläubiger zu bestrafen, falls das Insolvenzgericht aufgrund der Falschangaben das Schutzschirmverfahren gewährt (S. 48 ff.). Nicht erörtert wird hingegen, ob Falschangaben im Vorfeld des Schutzschirmverfahrens dem Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB unterfallen (dazu s. erg. und ausf. *Brand*, KTS 2014, 1, 17 ff.)

II. Kommentare/Handbücher

1. Marcus Böttger (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, 2. Aufl. 2015, ZAP Verlag, 129,00 €, ISBN 978-3-89655-757-5.

Wie schon in der Voraufgabe bearbeitet das Insolvenzstrafrecht *Renate Verjans*. Das mit „Insolvenzstrafrecht“ überschriebene Kapitel 4 enthält jedoch nicht nur Ausführungen zu den Insolvenzdelikten im engeren Sinne – also den §§ 283 ff. StGB, 15a Abs. 4, 5 InsO –, sondern darüber hinaus auch zu solchen Straftatbeständen, die häufig im Zusammenhang mit einer Krisensituation begangen werden. Neben der Untreue sind das vor allem die Taten gem. § 266a StGB sowie der Eingehungsbetrug (s. dazu Rn. 175 ff.). Des Weiteren behandelt *Verf.* in gesonderten Punkten die außerstrafrechtlichen Risiken von Bankrottstraftaten sowie besondere Fallkonstellationen wie den faktischen Geschäftsführer. Wendet man sich dem Abschnitt, der den klassischen Insolvenzdelikten gewidmet ist, zu, verdienen vor allem folgende Punkte besonders hervorgehoben zu werden:

a) Eingangs ihrer Ausführungen zu den Krisenmerkmalen der §§ 283 ff. StGB (Rn. 9 ff.) spricht sich *Verf.* für eine funktionale Akzessorietät zu den insolvenzrechtlichen Legaldefinitionen der §§ 17, 18, 19 InsO aus, die zwar das insolvenzrechtliche Verständnis der Krisenmerkmale zum Ausgangspunkt der Interpretation der gleichlautenden strafrechtlichen Merkmale nimmt, dabei aber strafrechtliche Besonderheiten wie bspw. den *in-dubio*-Grundsatz, das Bestimmtheitsgebot sowie das Prinzip schuldangemessenen Strafens berücksichtigt (Rn. 14). Hieran anschließend erörtert *Verf.*, wie die einzelnen Krisenmerkmale zu verstehen sind. Während der Abschnitt zur Auslegung des Merkmals „Überschuldung“ recht ausführlich ausfällt und die wesentlichen Aspekte der Diskussion wiedergibt (Rn. 15 ff.), bleiben die Darlegungen zur weitaus praxisrelevanteren Zahlungsunfähigkeit (Rn. 24 ff.) leider etwas blass. So nimmt *Verf.* etwa bei der Frage, wie die Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen ist, keine Stellung, sondern nennt dem Leser lediglich einige der in Rspr. und Schrifttum vertretenen Vorschläge (Rn. 24).

b) An die Erörterung der Krisenmerkmale schließt ein Besonderer Teil an (Rn. 30 ff.), dessen ersten Abschnitt *Verf.* den sonstigen Merkmalen der §§ 283 ff. StGB widmet. Neben Ausführungen, die sich mit Inhalt und Reichweite der einzelnen Bankrotthandlungen beschäftigen und die zumeist einen zwar knappen, gleichwohl aber konzisen Überblick über den gegenwärtigen Diskussionsstand geben (Rn. 45 ff.) – allenfalls bei den Nrn. 5-7 (Rn. 75 ff.) wäre eine vertiefte Darstellung der bilanzrechtlichen Grundlagen wünschenswert gewesen, weil ohne deren Kenntnis diese praktisch wichtigen Tatbestände nicht sinnvoll gehandhabt werden können – nimmt *Verf.* auch zu den Voraussetzungen Stellung, unter denen die Gemeinschaftschuldnererschaft eines Personenverbandes auf die für diesen Verband handelnden Geschäftsleitungsorgane „überwältigt“ werden können. Zutreffend gibt *Verf.* dabei die jüngere Rechtsprechungsentwicklung wider (Rn. 53 ff.), die vor kurzem in der endgültigen Aufgabe der Interessentheorie gipfelte (s. nur *BGH*, NJW 2009, 2225 und *BGH*, NSTz 2012, 89). Der mittlerweile erreichte Entwicklungsstand wird jedoch insofern nur verkürzt dargestellt, als der *BGH* zwischenzeitlich rechtsgeschäftlichen Schädigungshandlungen nur noch dann die Kraft zugesteht, den Zurechnungsmechanismus des § 14 StGB zu aktivieren, die der Zurechnungsadressat wirksam vorgenommen hat (s. *BGHSt* 57, 229, 237 f. = NJW 2012, 2366, 2368 f. m. Anm. C. *Brand* und *Wessing*, EWIR 2012, 609 = ZWH 2012, 357 ff. m. Anm. *Kudlich*). Bloßes rechtsgeschäftliches Handeln namens des Schuldners begründet den Zurechnungszusammenhang „als“ folglich nicht mehr (vgl. aber Rn. 56, die den gegenteiligen Eindruck erweckt). Sehr knapp fällt schließlich der Abschnitt zum Tatbestand der Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) aus (Rn. 116 ff.). Hier hätten sich insbesondere Ausführungen zu dem Wissenschaft und Praxis derzeit beschäftigenden Problem angeboten, ob der Geschäftsführer einer GmbH, der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ein Gesellschafterdarlehen zurückerhält, „nur“ gem. § 283c StGB haftet oder mit einer Bestrafung nach den strengeren §§ 266, 283 StGB rechnen muss. Aufgrund der durch das MoMiG erfolgten Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts und des stattdessen eingeführten Nachrangs sämtlicher Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), herrscht hier insolvenzstrafrechtlich momentan erhebliche Konfusion.

c) Unter den Rn. 132 ff. behandelt *Verf.* den Tatbestand der strafbaren Insolvenzverschleppung, der seit dem MoMiG rechtsformübergreifend in § 15a Abs. 4, 5 InsO geregelt ist. Zu Recht steht *Verf.* auf dem Standpunkt, wonach der Tatbestand des § 15a Abs. 4, 5 InsO auch die Geschäftsleiter von Auslandsgesellschaften mit wirtschaftlichem Interessenschwerpunkt

im Inland erfasst. Ob über die Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten (hier der Niederlassungsfreiheit; vgl. Artt. 49, 54 AEUV) lediglich die international-privatrechtliche Anknüpfung der Insolvenzantragspflicht entscheidet (so Rn. 146), erscheint schon deshalb fraglich, weil das Gemeinschaftsrecht an dieses nationale Auslegungsergebnis nicht gebunden ist. Nicht überzeugen kann die These, wonach Geschäftsleiter solcher Auslandsgesellschaften, die international-privatrechtlich weiterhin gemäß der Sitztheorie behandelt werden, ebenfalls die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO trifft (Rn. 145). Da die Sitztheorie – anders als die Gründungstheorie – die nach einer ausländischen Rechtsordnung errichtete Gesellschaft nicht nach ihrem Heimatrecht, sondern nach nationalem Recht beurteilt, spricht sie diesen Gesellschaften den Status einer juristischen Person ab – dies setzte nämlich voraus, dass die Gesellschaften den inländischen Vorgaben an die Errichtung einer juristischen Person genügen, woran es typischerweise gerade fehlt – und qualifiziert diese Verbände deshalb als Personengesellschaften. Eine Personengesellschaft trifft jedoch – von den sog. „haftungsbeschränkten“ Formen, um die es hier nicht geht, einmal abgesehen – keine Insolvenzantragspflicht.

Bevor sie sich den Tathandlungen des § 15a Abs. 4 InsO zuwendet (Rn. 157 ff.), verneint *Verf.* zunächst entgegen einzelner Stimmen im Schrifttum eine Auslegung des § 15a Abs. 3 InsO, die dahin geht, bei Führungslosigkeit einer GmbH auch den Mitgliedern eines Aufsichtsrats die (strafbewehrte) Antragspflicht aufzuerlegen (Rn. 155). Was sodann die Insolvenzverschleppung wegen eines „nicht richtigen“ Antrags anbelangt, unterfallen dieser Tatvariante nach Ansicht der *Verf.* jedenfalls unzulässige, nicht ernsthafte sowie solche Anträge, die das Vorliegen eines Insolvenzgrundes in keiner Weise darlegen (Rn. 165). Entgegen der Rspr. des *BGH* schließt sich *Verf.* schließlich der Ansicht an, wonach der Insolvenzeröffnungsantrag eines Gläubigers die Antragsstellung durch den Geschäftsleiter etc. des Schuldners entbehrlich macht, seine Antragspflicht nur wieder auflebt, falls der Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt und sich die Gesellschaft weiterhin im Zustand der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung befindet (Rn. 171).

d) Besonders hervorgehoben zu werden verdienen schließlich die instruktiven Ausführungen der *Verf.* zu den (insolvenz-)strafrechtlichen Risiken von Beratern des Schuldners (Rn. 245 ff.) sowie des Insolvenzverwalters (Rn. 251 ff.) und der Abschnitt über die kriminelle „Sanierung“ bzw. Abwicklung (Rn. 276 ff.).

e) Trotz der vereinzelten Kritikpunkte, die im Verlauf der Rezension angebracht worden sind, erweist sich der „Böttger“ unter insolvenzstrafrechtlichen Vorzeichen als ein Werk, das vor allem dem mit dieser Materie umgehenden Praktiker gute Dienste erweisen dürfte, zumal *Verf.* an zahlreichen Stellen Einschübe platziert, in denen sie Praxistipps erteilt.

2. Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöller, Mark A. (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, C. F. Müller Verlag, 139,99 €, ISBN 978-3-8114-4125-5.

In neuem Gewand hat der C. F. Müller Verlag die zweite Auflage des *AnwaltKommentars* herausgebracht. Wie schon in der ersten Auflage betreut die Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB) *Christof Püschel*. Aus der umfangreichen und fundierten Kommentierung der §§ 283 ff. StGB seien im Rahmen dieser Besprechung folgende Punkte besonders hervorgehoben:

a) Wer sich wissenschaftlich oder praktisch mit den Insolvenzdelikten des StGB beschäftigt, weiß um die Schwierigkeiten, die aufkommen, sobald man sich daran macht, zu eruieren, ob der Schuldner bzw. sein Vertreter (vgl. § 14 StGB) die Bankrotthandlung während einer Krise vorgenommen oder durch ihre Vornahme eine Krise herbeigeführt hat. Ganz konkret geht es darum, wie die Krisenbegriffe „Überschuldung“, „Zahlungsunfähigkeit“ und „drohende Zahlungsunfähigkeit“ zu verstehen sind. Dieses „Konkretisierungsunternehmen“ ist – wie man bei unbefangener Betrachtung vielleicht meinen könnte – nicht einfacher geworden, nachdem die Insolvenzordnung alle drei Krisenbegriffe legaldefiniert hat (vgl. §§ 17-19 InsO). Im Gegenteil: Zu der Problematik, ab wann Überschuldung bzw. (drohende) Zahlungsunfähigkeit vorliegen, gesellt sich seit Inkrafttreten der InsO die Frage, ob diese Krisentrias insolvenzrechtsakzessorisch oder aber strafrechtsautonom zu bestimmen ist. *Verf.* widmet diesem Themenkomplex im Rahmen seiner Vorbemerkungen zu den §§ 283 ff. StGB einen ausführlichen Abschnitt (vgl. Vor §§ 283 ff. Rn. 11 ff.). Darin plädiert er dafür, die Interpretation der strafrechtlichen Krisenbegriffe zwar an die insolvenzrechtlichen Legaldefinitionen anzulehnen, gleichzeitig aber jene mit Blick auf die strafrechtlichen Rahmenbedingungen

restriktiver zu handhaben als diese (Rn. 11). Ausgehend hiervon erörtert *Verf.* sodann, ab wann der Zustand der Überschuldung, der Zahlungsunfähigkeit bzw. der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorliegt und geht in diesem Zusammenhang auf die wichtigsten, aktuell diskutierten – etwa die Frage nach der Geltung des durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz neu gefassten Überschuldungsbegriffs für Altfälle (Rn. 19) – Probleme ein.

b) Seit geraumer Zeit diskutieren Rspr. und Schrifttum kontrovers darüber, ob der kaufmännische Schuldner, dem zum einen die Mittel fehlen, seine Bücher bzw. Bilanzen von einem Steuerberater oder Buchhalter erstellen zu lassen und der zum anderen intellektuell nicht in der Lage ist, seiner Buch-/Bilanzführungspflicht selbst nachzukommen, gleichwohl gem. den §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b StGB haftet. Während die Rspr. zunächst eine liberale Linie verfolgte und den Schuldner in solcher Lage regelmäßig vom Vorwurf der §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b StGB freisprach (s. etwa *BGH*, NStZ 1998, 247, 248; *BGH*, wistra 1998, 105= NStZ 1998, 192, 193), hat sie – nicht zuletzt unter dem Eindruck kritischer literarischer Stimmen (exemplarisch *Schlüchter*, JR 1979, 513, 515) – in jüngerer Zeit eine restriktivere Gangart eingeschlagen und erwogen, dem Schuldner die von § 266a Abs. 1 StGB her bekannte Pflicht (dazu *BGHSt* 47, 318, 321 f.; *BGH*, GmbHR 2005, 1419, 1420; *BGH*, GmbHR 1997, 305, 306 f.) aufzuerlegen, finanzielle Rücklagen zu bilden, andernfalls er bei Unterbleiben der Buch-/Bilanzführung gem. den §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b StGB i.V.m. den Grundsätzen über die *omissio libera in causa* haftet (dazu *BGH*, NStZ 2012, 511; s. ferner schon *BGH*, NJW 2011, 3733, 3734 mit zust. Anm. *Floeth*, EWIR 2012, 221, 222 und *Weyand*, ZInsO 2011, 2228, 2229). *Verf.* schließt sich dieser Ansicht an (§ 283 Rn. 20). Den Vorzug verdient jedoch die Gegenansicht, die eine Pflicht zur Rücklagenbildung bei §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b StGB verneint und damit vermeidet, die argumentativen Unzulänglichkeiten der Rspr. zu § 266a Abs. 1 StGB in die §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b StGB hineinzutragen (so auch *Renzikowski*, in: Festschr. f. Weber, 2004, S. 333, 345 f.).

c) Um dem grassierenden Firmenbestattungsunwesen das Handwerk zu legen, hat der *BGH* erwogen, den bislang zu einem Schattendasein verdammten § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB zu aktivieren (s. *BGH*, NJW 2013, 1892 m. Anm. *Köllner*, NZI 2013, 368, *Bittmann*, ZWH 2013, 320 und *Brand*, NZG 2013, 400; *BGH*, NStZ 2009, 635 = wistra 2009, 273 m. Anm. *Hagemeier*, StV 2010, 26). *Verf.* zeichnet diese Rspr. nach und benennt auch die Einwände, die man gegen die Position des *BGH* erheben kann (s. § 283 Rn. 28).

d) Bewertet man den AnwaltKommentar nach seinem Nutzen, so fällt das Urteil aus insolvenzstrafrechtlicher Perspektive eindeutig aus: Die Kommentierung der §§ 283 ff. StGB, die *Christof Püschel* vorgelegt und die er gegenüber der Voraufgabe an einigen Stellen deutlich erweitert hat, gibt dem Leser einen umfassenden und fundierten Überblick über die zahlreichen Probleme, die sich dem stellen, der sich mit der schwierigen Materie des Insolvenzstrafrechts beschäftigt. Aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht kann der AnwaltKommentar folglich uneingeschränkt empfohlen werden.

3. Fischer, Thomas: Kommentar zum StGB, 62. Aufl. 2015, C. H. Beck Verlag, 89,00 €, ISBN 978-3-4066-6688-45.

In der nunmehr 62. Aufl. ist im Berichtszeitraum das von *Thomas Fischer* bearbeitete Standardwerk zum StGB erschienen. Obschon *Verf.* das gesamte StGB alleine kommentiert, befinden sich die Abschnitte, die sich mit den insolvenzstrafrechtlich relevanten Vorschriften beschäftigen, ganz auf der Höhe der aktuellen Diskussion und bildet insbesondere die Kommentierung des § 266 StGB ein Glanzstück unter sämtlichen Kommentierungen, die zu dieser Vorschrift in großer Zahl existieren. So behandelt *Verf.* in den Rn. 90 ff. die Problematik, inwieweit ein Gesellschaftereinverständnis den Tatbestand des § 266 StGB ausschließt, unter sämtlichen denkbaren Aspekten und erörtert dabei nicht nur das Gesellschaftereinverständnis im Kontext der Untreue zum Nachteil einer GmbH (Rn. 93b ff.), sondern auch die Frage, ob die Aktionäre wirksam eine Pflichtverletzung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft konsentieren können (Rn. 102).

Als ebenfalls sehr gelungen kann man die Kommentierung der §§ 283 ff. StGB bezeichnen. *Verf.* gelingt es hier auf knappem Raum, die wesentlichen, für die Praxis relevanten Problemfelder umfassend nachzuzeichnen. Dabei belässt es *Verf.* aber nicht, sondern nimmt zu den einzelnen Problemen auch selbst Stellung, wie bspw. seine Ausführungen zu der schwieri-

gen Frage belegen, ob gem. den §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5 Var. 1, 7b, 283b Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3b StGB straflos bleibt, wem die finanziellen Mittel fehlen, um einen Steuerberater oder Buchhalter zu beauftragen, die Bücher bzw. Bilanzen zu erstellen (Rn. 29b f.).

Obschon der „Fischer“ sicherlich keiner Werbung bedarf, bestätigt sich – hier aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht – nur einmal mehr (zur 60. Aufl. s. nur die positive Besprechung von *Petermann*, NJW 2013, 1054), dass der „Fischer“ auf der „Hitliste“ der besten Kommentare ganz oben rangiert und deshalb auch auf den Schreibtisch eines jeden Insolvenzstrafrechtlers gehört.

4. Scholz: GmbHG Band 3, 11. Aufl. 2015, Dr. Otto Schmidt Verlag, 176,00 €, ISBN 978-3-504-32556-5.

Zu den fast schon legendären insolvenzstrafrechtlichen Kommentierungen rechnet das von *Klaus Tiedemann* im „Scholz“ verfasste GmbH-Strafrecht, das in den Vorbemerkungen zu den §§ 82 ff. GmbHG umfangreiche Ausführungen zum Insolvenzstrafrecht im engeren und im weiteren Sinne enthält. In der nunmehr vorliegenden 11. Auflage hat *Thomas Rönnau* von *Klaus Tiedemann* die Aufgabe übernommen, das GmbH-Strafrecht im „Scholz“ künftig zu betreuen, verzichtet dabei aber auf die in den Voraufagen enthaltene umfassende Darstellung der Bankrottdelikte (vgl. §§ 283 ff. StGB; Rn. 28). Folgende Aspekte, die den Vorbemerkungen zu §§ 82 ff. GmbHG entnommen sind und die hier allein interessierenden insolvenzstrafrechtlichen Fragestellungen betreffen, seien besonders herausgegriffen:

a) Unter den Rn. 8 ff. thematisiert *Verf.* ausführlich die Frage, inwieweit ein Einverständnis der Gesellschafter mit einer Schädigung „ihrer“ Gesellschaft durch den Geschäftsführer dessen Untreuestrafbarkeit entfallen lässt. *Verf.* legt seinen Ausführungen die (von ihm jedoch durchaus skeptisch gesehene; vgl. Rn. 8 m. Fn. 1) sog. „eingeschränkte Gesellschaftertheorie“ zugrunde, der zufolge ein Gesellschaftereinverständnis nicht tatbestandsausschließend wirkt, das entweder gegen § 30 Abs. 1 GmbHG oder aber das Existenzvernichtungsverbot verstößt. Nach Ansicht des *Rezensenten* überzeugt freilich diese „eingeschränkte Gesellschaftertheorie“, da es in den Konstellationen, in denen sie dem Gesellschaftereinverständnis die tatbestandsausschließende Kraft abspricht, an einem der Gesellschaft wirksam zurechenbaren Willen fehlt, die Gesellschaft also anders gewendet mit ihrer Schädigung nicht einverstanden war. Neben den Ausführungen zum tatbestandsausschließenden Einverständnis bei Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG/das Existenzvernichtungsverbot erörtert *Verf.* die wichtige Frage, inwieweit Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter tatbestandsausschließend wirken können und gelangt zu dem Ergebnis, dass Mehrheitsbeschlüsse, die innerhalb einer Gesellschafterversammlung gefasst werden, beachtlich seien, wohingegen außerhalb der Gesellschafterversammlung Einstimmigkeit erforderlich sei (Rn. 10).

b) Im Einklang mit der h.M. verneint *Verf.* grds. – Ausnahmen sollen bei Vorliegen der Voraussetzung einer faktischen Geschäftsführung oder bei exzessiver Ausübung des Weisungsrechts (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) möglich sein – eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters gegenüber „seiner“ Gesellschaft (Rn. 13). Sofern er dabei die verschiedentlich vorgetragene These zurückweist, schon die umfassende Weisungsmacht der Gesellschafter rechtfertige die Annahme ihrer Vermögensbetreuungspflicht, überzeugt das. Allerdings lässt sich eine Vermögensbetreuungspflicht aller Gesellschafter – auch nach Inkrafttreten des MoMiG und der damit einhergehenden Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts – mithilfe der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter, wie sie etwa in den §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG zum Ausdruck kommt, begründen (dazu *Brand*, Der Konzern 2010, 285, 292 f.).

c) Einen umfangreichen Abschnitt widmet *Verf.* den Schwierigkeiten, die aufkommen, sobald man sich daran macht, zu eruieren, ob die Vornahme bestimmter Risiko- oder Spekulationsgeschäfte, die im Ergebnis fehlgeschlagen sind, pflichtwidrig war (Rn. 15). Angesichts der Unwägbarkeiten, eine klare Grenze zu benennen, ab der pflichtgemäße in pflichtwidrige Risikogeschäfte umschlagen, plädiert *Verf.* zum einen dafür, die intern vorgegebene Risikopolitik des Vermögensinhabers stets zum Ausgangspunkt der untreuestrafrechtlichen Beurteilung zu nehmen und stellt sich zum anderen auf den Standpunkt, dass bei Fehlen solcher interner Vorgaben keinesfalls jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung, sondern nur evident sachwidrige Entscheidungen die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit zu begründen vermögen. – Eine instruktive Auflistung an Beispielen für *sub specie* § 266 StGB strafbares

Geschäftsführerverhalten schließt sich an die Ausführungen zur Pflichtwidrigkeit an (s. Rn. 16).

d) Einen eigenen Abschnitt widmet *Verf.* der Konzernuntreue (Rn. 17 ff.). Da *Verf.* – wie gesehen – einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters eher skeptisch gegenübersteht, plädiert er dafür, die Organmitglieder des Mutterunternehmens, die die Organwalter des Tochterunternehmens bestimmt haben, eine untreuerelevante Handlung zum Nachteil „ihrer“ Gesellschaft vorzunehmen, wegen Anstiftung zu dieser Untreuetat zu bestrafen (Rn. 19). Unerwähnt bleiben leider die Konstellationen mehrstufiger Konzernierungen, die *in praxi* den Regelfall bilden dürften und die schwierige Zurechnungsfragen aufwerfen, sobald die untreuerafrechtliche Verantwortlichkeit der Organwalter des Mutterunternehmens für Schädigungen bspw. der Enkelgesellschaft im Raum steht (zum Ganzen s. etwa *Brand*, *Der Konzern* 2010, 285, 293 ff.; ferner *Ransiek*, *wistra* 2005, 121 ff.).

e) Grds. kein Bedürfnis sieht *Verf.* für die Anerkennung eines selbstständigen Vermögensschutzes der GmbH & Co. KG (Rn. 22), hält es aber immerhin für möglich, einen eigenständigen (untreue-)strafrechtlichen Schutz des Vermögens einer Kommanditgesellschaft rechtsfortbildend zu entwickeln, um bspw. Problemen im Zusammenhang mit Strafantragserfordernissen aus dem Weg zu gehen (Rn. 23).

f) Die Rn. 29 ff. der Vorbemerkungen zu den §§ 82 ff. GmbHG widmet *Verf.* der strafbaren Insolvenzverschleppung (vgl. § 15a Abs. 4, 5 InsO). Dieser äußerst lesenswerte Abschnitt informiert umfassend über die zahlreichen Probleme, die der Tatbestand der strafbaren Insolvenzverschleppung aufwirft. Neben den tauglichen Tätern des § 15a Abs. 4, 5 InsO – *Verf.* plädiert in diesem Zusammenhang anders als der *Rezensent* (vgl. *Brand/Brand*, *NZI* 2010, 712, 714 ff.) dafür, die Antragspflicht bei Führungslosigkeit (vgl. § 15a Abs. 3 InsO) nicht entfallen zu lassen, weil ein faktischer Geschäftsführer vorhanden ist (vgl. Rn. 40) – erörtert *Verf.* umfassend die Antragsgründe „Zahlungsunfähigkeit“ sowie „Überschuldung“ – zu Recht verfehlt er dabei einen insolvenzrechtsakzessorischen Auslegungsansatz, der jedoch strafrechtliche Besonderheiten berücksichtigt (Rn. 42) – und räumt schließlich den Ausführungen zum Verständnis der bislang literarisch eher vernachlässigten Begehungsvariante des „nicht richtigen“ Insolvenzantrags verdienstvollerweise breiten Raum ein (Rn. 54 ff.).

g) Abschließend sei noch auf die Ausführungen zu den insolvenz- und untreuerafrechtlichen Fragestellungen hingewiesen, die aufkommen, wenn eine Auslandsgesellschaft mit Interessenmittelpunkt im Inland beteiligt ist (Rn. 74 ff.).

h) Insolvenzstrafrechtlich – und nur darum geht es im Rahmen dieser Übersicht – hat *Verf.* eine beeindruckende Kommentierung vorgelegt. Neben der inhaltlichen Seite, die vorstehend schon umfassend gewürdigt wurde und sich durch die tiefgehende Behandlung zahlreicher insolvenzstrafrechtlicher Problemstellungen auszeichnet, verdient vor allem noch der breit angelegte Fußnotenapparat besonders hervorgehoben zu werden. Wer sich vertieft mit der Materie des Insolvenzstrafrechts beschäftigen will, findet hier eine reiche Fundgrube an zusätzlichem Material.

Rechtsanwalt Dr. Michael Racky, Frankfurt

Christian Winkler: Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant. Die Einbeziehung Dritter in den Schutz von §§ 53, 97, 160a StPO

Duncker & Humblot, Berlin 2014

Die von Christian Winkler verfasste Dissertation „Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant. Die Einbeziehung Dritter in den Schutz von §§ 53, 97, 160a StPO“ setzt sich mit Problemen auseinander, die bei der Einbeziehung juristischer Personen im weiteren Sinn in Strafverfahren entstehen, die gegen deren Organmitglieder oder Angestellte geführt

werden. Dabei wird derjenige Interessenkonflikt näher untersucht, der dadurch entsteht, dass ein Rechtsanwalt, der ein Unternehmen berät, zugleich sensible Informationen zu einer etwaigen Strafbarkeit von Organmitgliedern oder Mitarbeiter des Unternehmens erhält.

Diese Konstellation, die quasi bei jeder anwaltlichen Unternehmensverteidigung in einem Strafverfahren oder einer Sockelverteidigung auftritt, wird von Winkler unter verschiedenen Aspekten beleuchtet.

Seine Arbeit wurde von der Universität Bayreuth 2013 als Dissertation angenommen.

Der Verfasser greift zunächst konkret die Fragestellung auf, wer bei der Einleitung eines Insolvenzverfahrens gegen eine GmbH und Übernahme der Geschäfte durch einen Insolvenzverwalter nach § 53 Abs. 2 StPO zur Entbindung des Rechtsanwalts berechtigt ist, wenn gegen den Geschäftsführer z.B. wegen Insolvenzverschleppung oder Bankrottdelikten ermittelt wird.

Auch beschäftigt sich die Arbeit mit der Bestimmung der Entbindungsberechtigung und der Reichweite von Beschlagnahmeverboten nach § 97 StPO bei von Rechtsanwälten geführten internen Ermittlungen oder wenn Rechtsanwälte in einer Funktion als sog. Ombudsmänner für Unternehmen tätig werden und hierbei als Anlaufstelle für Whistleblower fungieren.

Dabei wird das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Allgemeinen sowie dessen Schutz durch die §§ 53, 97, 160a StPO näher untersucht. Inhalt und Begriff definiert der Verfasser anhand der Grundrechte der Beteiligten, dem Rechtsstaatsprinzip, der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Strafprozessordnung und dem Strafgesetzbuch sowie dem anwaltlichen Berufsrecht.

Hierbei unternimmt der Autor in einem „eigenen Entwurf“ den Versuch, ein Konzept von Vertrauensverhältnissen zwischen Anwälten und Mandanten für das Strafverfahren im Hinblick auf die §§ 53, 97 und 160a StPO zu entwickeln. Dabei wird nicht ganz klar, warum es dieses eigenen Entwurfes überhaupt bedarf.

Ausgehend von der Feststellung, dass die bisherige Darstellung keine Definition für das Vertrauensverhältnis anhand der bereits beschriebenen Vorgehensweise liefern konnte, soll ein am natürlichen Wortsinn orientiertes Begriffsverständnis von „Vertrauen“ und „Verhältnis“ entwickelt werden.

Christian Winkler streift hier rechtssoziologische Fragestellungen allenfalls am Rande, um sich dann Konstellationen im Dreipersonenverhältnis zuzuwenden. Hier liegt auch der eigentliche Schwerpunkt der Arbeit. Der Ansatz einer eigenen Definition des Vertrauensverhältnisses ist sicherlich sehr ambitioniert gewählt. Die Ausführungen vermögen leider nicht gänzlich zu überzeugen.

Dem Verfasser kommt jedoch das Verdienst zu, alle problematischen Konstellationen bei einer Einbeziehung Dritter in das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant umfassend aufzuarbeiten und darzustellen.

Auch ist der Versuch einer Definition des Vertrauensverhältnisses anhand der geltenden Gesetze für den praktisch arbeiteten Anwalt lesenswert, um mehr zum normativen Hintergrund des Mandantenverhältnisses zu erfahren, das im Tagesgeschäft nicht immer unproblematisch ist.

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Dirk Sauer/Sebastian Münkel: Absprachen im Strafprozeß

2. Auflage, Heidelberg u.a. 2014, C.F.Müller-Verlag, 344 Seiten, 49,99 €

I. Die größte (potentielle) Bedrohung für einen Beschuldigten im Strafverfahren, der vor der Frage steht, ob er eine abgesprochene Verfahrensbeendigung anstreben oder ihr zumindest zustimmen soll, stellt letztlich nicht das Gericht und auch nicht der Staatsanwalt oder der Fahnder dar, sondern sein eigener Verteidiger, sofern dieser nicht über sämtliche rele-

vanten rechtlichen und tatsächlichen Fragen vollständig informiert ist, klare Vorstellungen über Möglichkeiten und Gefahren, vor allem nachteilige Folgen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung, vermissen lässt ... und vor allem, wenn sich dieser ... an rechtswidrigen „Deals“ beteiligt (Rn. 687). Wer so schreibt, ist seriös. Es ist nämlich viel schwieriger, sich selbst und seine eigene Gruppe in die Pflicht zu nehmen, als über andere Beteiligte herzu ziehen: Dies geschieht in diesem Buch nicht, obwohl – nein: weil es speziell für Verteidiger geschrieben ist und ohne dass die Autoren, angesehene Mannheimer Rechtsanwälte, ihr Unbehagen an manchen Akteuren auf Seiten der Justiz verheimlichen würden. Im Gegenteil: Die Ausführungen enden mit einer situationsspezifischen Betrachtung konsensualer Möglichkeiten, deren Chancen wie Risiken (Rn. 665 ff.), und münden in Grundlinien eines Verhaltenskodex für Verteidiger (Rn. 785 ff.).

Die Verfasser sind aber nicht nur seriös, sondern auch kompetent – und liefern dafür als skeptische (Die Besonderheit des Verständigungsverfahrens besteht allein darin, daß man bei Absprachen zusätzliche <reversible> Verstöße begehen kann <!\>, Rn. 388. Sinnvoll sind mit einem Geständnis verbundene Verständigungen nur in Haftsachen bei Aussicht auf eine Bewährungsstrafe, Rn. 704.) Befürworter sowohl von Absprachen (Vorwort S. VIII) als auch des Verständigungsgesetzes (Rn. 34) zahlreiche Beispiele. Zunächst entzaubern sie in bestechender Kürze den § 257c StPO nahezu nebenbei mit ihrer ins Schwarze treffenden Charakterisierung als lediglich verbindliche Ankündigung einer Strafmilderung im Falle eines Geständnisses (Rn. 30). Bereits dieser eine Satz schließt es aus, allein den Konsens als Grundlage für einen den Beschuldigten belastenden Verfahrensabschluss als ausreichend zu betrachten und steht damit zugleich jeder Verständigung über den Schuldspruch und folglich auch einer Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes entgegen. Wenn man so will, besteht das gesamte Programm in diesem Motto, während alle übrigen Ausführungen nur Facetten beleuchten.

Zu Recht lehnen Sauer/Münkel die Einordnung einer Verständigung als Vertrag ab: es handele sich um einen gerichtlichen Vorschlag (Rn. 53). Dafür lässt sich der Wortlaut des Gesetzes (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO) ebenso anführen wie die Möglichkeit der Abweichung unter Umständen (§ 257c Abs. 4 S. 1 und 2 StPO), die wahrlich nicht als Hürde bezeichnet werden können. Gleichwohl hängt das Zustandekommen einer das Gericht (wenn beide Verteidiger proklamieren, alle Beteiligten hätten sich an das gesprochene Wort zu halten, Rn. 106, so kann das de jure nicht für den Angeklagten gelten) zunächst bindenden Verständigung davon ab, dass sowohl Angeklagter als auch Staatsanwaltschaft seinem Vorschlag zustimmen (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO). Will man das Schließen einer solchen Übereinkunft mit guten Gründen nicht Vertrag nennen, so hat man allerdings eine begriffliche Lücke zu konstatieren, die zu schließen aber auch der Rezensent keinen überzeugenden Vorschlag zu unterbreiten vermag.

Bei aller gemäß Selbsteinschätzung konsens-freundlichen Grundhaltung, die man während der Lektüre häufig jedoch gar nicht spürt, lassen Sauer/Münkel an keiner Stelle ihres Werks Zweifel an ihrer entschiedenen Ablehnung jegliches Deals, verstanden als schnelle Regelung unter Hintanstellung des materiellen Rechts (zu eng Rn. 415: Umgehung von Schutzmechanismen, denn auch dem Angeklagten lästige Vorschriften sind einzuhalten). Im Gegenteil: sie beklagen, als Verteidiger oftmals vor der Wahl zu stehen, nur entweder ihrer persönlichen Überzeugung oder dem Interesse des Mandanten folgen zu können, wenn diesem seitens der Justiz eine (jedenfalls: scheinbar) entgegenkommende Regelung angeboten werde. Ihre lediglich beratende Funktion verlange zwar, den Bedürfnissen des Beschuldigten den Vorrang einzuräumen – aber eben nicht den unbedingten. Zunächst sei die offene Kommunikation mit dem Mandanten unumgänglich. Erachte es der Verteidiger danach für vertretbar, das Angebot einer Absprache anzunehmen, dürfe er seine eigene Überzeugung zurückstellen – andernfalls müsse er jedoch das Mandat niederlegen. Was beide Autoren als vertretbar ansehen, ist zwar einzelfallabhängig und entzieht sich daher einer generalisierenden Darstellung. Eine Grenze setzen sie jedoch absolut: Der Verteidiger dürfe seine Hand nicht für einen rechtswidrigen Deal reichen. Ohne dass sie dies so aussprechen, beschränken sie jedoch die Absolutheit dieser Grenze auf den materiellrechtlichen Inhalt einer Verständigung. Das zeigt sich daran, dass sie zwar mehrfach deutlich machen, wie sehr der Verteidiger auf die Einhaltung der Vorschriften zur Wahrung der Transparenz und Dokumentation zu dringen habe, aber eben auch völlig zu Recht daran festhalten, dass die originäre Verantwortung dafür bei der Justiz liege. Es darf in der Tat einem Verteidiger nicht verwehrt sein, der Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten einen höheren Rang einzu-

räumen als der Einhaltung der seiner unmittelbaren Einflusssphäre entzogenen Formvorschriften.

Die Verfasser sehen verschiedene Ursachen für die gestiegene Attraktivität von Absprachen. Die meisten dürften zutreffen – und der Rechtstaatlichkeit nicht zur Zierde gereichen. Mit dem Strafzweck der Prävention stehe die Bestrafung in gewisser Weise unter einem Zweckmäßigkeitsvorbehalt. Je stärker die Prävention betont werde, desto mehr begünstige dies das Streben nach Konsens und damit das Opportunitätsprinzip (Rn. 57) – jenseits der Vorschriften der §§ 153 ff. StPO keine rechtliche Analyse, als faktische aber nicht von vorn herein abwegig. Mit Grund verweisen beide Autoren auch auf den sukzessiven Ausbau der prozessualen Rolle des Opfers. Schon längst könne keine Rede mehr davon sein, dass es keinen Anspruch auf Bestrafung gäbe (vom BVerfG jüngst jedoch wiederum so ausgesprochen, BVerfG, Nichtannahmebeschluß vom 6.10.2014 – 2 BvR 1568/12, Rn. 9, allerdings einschränkend auf grundsätzlich mit verschiedenen Ausnahmen, Rn. 10 – 13, gerichtet aber allein auf effektives Tätigwerden der Ermittlungsbehörden, Rn. 14 f.). Auch der Funktion der Befriedigung des Opfers wohne eine Tendenz zum Konsens inne (Rn. 58 – 61). Selbst der Einschätzung beider Verteidiger, die Vielzahl materieller Strafnormen verführe zu Einigungen, mag der Rezensent auch als Staatsanwalt nicht zu widersprechen. Diese Übereinstimmung dürfte allerdings umso mehr schwinden, je konkreter es um den Bedarf für bestimmte Strafnormen geht. Dass eine gewisse Abhilfe gegen den umständebedingten Druck zur Verständigung auf der Basis der aktuellen Rechtslage von einer besseren Ausstattung der Justiz (Rn. 823) unter Zurückdrängung von Ökonomisierungstendenzen (Rn. 71 f.) zu erwarten wäre, lässt sich zwar nicht bestreiten. Abgesehen vom fehlenden Realitätsbezug eines solchen Begehrens stellt sich aber doch auch die tieferreichende Frage, ob eine Intensivierung der Strafjustiz denn wirklich sinnvoll wäre. Strafe als ultima ratio zwingt vorrangig zur Suche nach angemessenen Lösungen im jeweiligen Sachrecht. Je wirksamer sich außerstrafrechtliche Regelungsmechanismen erweisen, desto eher kann eine offene Gesellschaft mit der Konzentration der Strafjustiz auf schweres Unrecht auskommen. An diesem Punkt sollten Verteidiger und Strafjustiz nachdrücklich ansetzen.

II. Das Werk setzt sich aus 6 Teilen zusammen: Teil 1 – Grundlagen: Für den Konsens, gegen den Deal (S. 1 – 41), Teil 2: Verfahrensbeendigende Verständigungen jenseits der Urteilsabsprache (S. 42 – 84), Teil 3: Die Urteilsabsprache nach der Reform der StPO (S. 85 – 195), Teil 4: Die Folgen der Verfahrensbeendigung (S. 196 – 254), Teil 5: Konsensuale Verfahrensweisen bei einzelnen Maßnahmen und Entscheidungen während des laufenden Strafverfahrens (S. 255 – 273) und Teil 6: Was man tun kann (oder lassen sollte): Praxishinweise (S. 274 – 333). Allein dieser Überblick zeigt, daß sich Sauer/Münkel keineswegs mit der Darstellung des geltenden Rechts zufriedengeben. Sie befassen sich vielmehr auch mit dem Phänomen des Konsenses sowie mit den Auswirkungen der Zulässigkeit von Absprachen auf die Statik des Strafprozesses und die dadurch eintretenden Veränderungen der Rolle des Verteidigers, der nicht mehr ausschließlich als Hürdenbauer gegenüber dem staatlichen Begehren auf Bestrafung seines Mandanten auftreten könne, sondern der vielfach die Aufgabe eines Organisationsübernehmers übernehmen müsse, um sämtliche Probleme des Beschuldigten, die sich um den Gegenstand des Strafverfahrens ranken, einer für diesen möglichst erträglichen Lösung zuzuführen, sich also auch um die Auswirkungen jenseits des eigentlichen Strafprozesses kümmern müsse (z.B. Rn. 720 – 731). Ihrer Warnung davor, sich auf Managementfunktionen zu beschränken und die genaue Kenntnis des Sachverhalts und der einschlägigen Rechtsfragen zu vernachlässigen, kann sich der Rezensent nur anschließen: ein Staatsanwalt, der auch Unschuldige bestraft wissen wollte, hätte seinen Beruf verfehlt. In der Tat verhält es sich gerade umgekehrt: Erst auf der Basis verlässlicher Durchdringung der Sach- und Rechtsfragen lässt sich sachgerecht diskutieren. Der Verteidiger im Zeitalter der Verständigung bedarf sogar erweiterter Rechtskenntnisse gegenüber demjenigen, der sich allein auf die Abwehr gegen den staatlichen Strafanspruch beschränkt.

Völlig zu Recht bestehen die Verfasser allerdings auch auf dem Fortbestand der Fähigkeit zur Verteidigung als Abwehrkampf. Sie machen dabei nicht den Eindruck, als propagierten sie diesen Stil, um mit sperrigem Verhalten die Justiz zu einem für den Angeklagten (zu) günstigen Urteil zu drängen. Vielmehr stellen sie bei ihrer Argumentation die Risiken sowohl eines Geständnisses als Vorleistung des Angeklagten (z.B. Rn. 104) als auch einer Verurteilung in den Vordergrund (ausführlich Rn. 676 – 687). Dass niemand ein (rechtlich geschütztes) Interesse an unnötiger Bestrafung hat, leuchtet unmittelbar ein. Besonders verdienstvoll ist es jedoch, dass Sauer/Münkel dabei nicht stehenbleiben, sondern sich zudem ausführlich

mit außerstrafrechtlichen Konsequenzen einer Verurteilung befassen, unterteilt in berufsbezogene (Rn. 474 – 542: Gewerbeuntersagung; Auswirkungen auf die Organ- bzw. Beamtenstellung; Unzuverlässigkeit i.S. des Kreditwesens- und des Rechts der freien Berufe, insbesondere des Arztrechts) und sonstige (Rn. 543 – 565: Waffen-, Jagd- und Ausländerrecht) Folgen. Auch die zivilrechtliche Haftung gerät ihnen nicht aus dem Blickfeld.

Allerdings geraten die Autoren bei der Befassung mit den Folgen einer Verurteilung in ein Dilemma: diese Folgen, strafrechtliche wie außerstrafrechtliche, drohen nämlich nicht spezifisch bei einer verständigten Verurteilung, sondern aufgrund einer Bestrafung als solcher, also auch im Falle einer Verurteilung nach konfrontativer Verhandlung. Der Appell, sich nicht vorschnell zu verständigen, ist dennoch richtig, ja geboten: Der Verteidiger muss seinen Mandanten auch im Hinblick auf die außerstrafrechtlichen Folgen umfassend beraten, um gemeinsam mit ihm die Chancen und Risiken der verschiedenen möglichen Verteidigungsstrategien sachgerecht abwägen zu können. Das Ergebnis ist gleichwohl offen. Es kann nämlich aus Sicht des Beschuldigten durchaus sachgerecht sein, ein justizielles Angebot für eine Verständigung trotz der unangenehmen Nebenfolgen (irgendwann) anzunehmen. Das ist etwa dann der Fall, wenn andernfalls keine mildere strafrechtliche Sanktion zu erwarten steht, sich der Eintritt der außerstrafrechtlichen Folgen also aller Voraussicht nach sowieso nicht vermeiden lässt. Es mag an der Profession beider Autoren liegen, dass sie eine solche Situation zwar nicht aus den Augen verlieren, aber doch nur sehr diskret mit ihr umgehen (z.B. Rn. 816).

III. Die Ausführungen sind auf der Höhe der Zeit. An vielen Stellen bedurfte es der Ergänzung von Ausführungen der 1. Auflage (2008) im Hinblick auf die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 19.3.2013 (BVerfGE 133, 168 ff.) und dessen Adaption seitens des BGH (Betrachtung zulässiger Gegenstände einer Verständigung in Rn. 436 – 473). Zudem finden auch bereits die beiden Kammerbeschlüsse des BVerfG vom 26.8.2014 (NJW 2014, 3504 ff. bzw. NStZ 2014, 592 ff.) zum Gebot der Negativmitteilung bei § 243 Abs. 4 S. 1 StPO Erwähnung (Rn. 366), ebenso der Kammerbeschluss vom 25.8.2014, NJW 2014, 3506 f. (Rn. 355) zur Notwendigkeit der Belehrung gemäß § 257c Abs. 5 StPO vor Zustandekommen der Verständigung (danach, aber vor Abgabe des Geständnisses genügt nicht). Besonders hervorzuheben ist das Ringen beider Autoren um sachgerechte Lösungen. Dabei haben sie nicht nur das Interesse ihrer Mandanten im Kopf, sondern sind auch darauf bedacht, der Justiz nicht zu nahe zu treten. Selbst wenn dies nur mit dem Ziel geschehen sein sollte, unangenehmere Folgen für Beschuldigte tunlichst zu vermeiden, ist es des Hervorhebens wert: Nur das Verständnis für das Gegenüber erlaubt ein fruchtbares Gespräch und verstellt nicht von vorn herein die Aussicht auf gemeinsame Einsichten, sei es mit, sei es ohne konsentierten(n) Folgen.

IV. Sauer/Münkel verwenden unter Einschluss von §§ 153 ff. StPO und dem Strafbefehlsverfahren, dem sie sehr kritisch begegnen (Rn. 6 – 21), als Oberbegriff das Wort Absprache. Das ist deshalb angemessen, weil sich die konsensualen Elemente des Ermittlungs- und Strafverfahrens keineswegs auf die Urteilsverständigung beschränken. Teil 5 ist deshalb keineswegs zu Unrecht möglichen Absprachen im Ermittlungs- und Zwischenverfahren gewidmet. Der Verständlichkeit würde es allerdings dienen, für alle Fälle einer Absprache in der Hauptverhandlung, § 257c StPO, den spezielleren Begriff der Verständigung zu gebrauchen. Dies eröffnete zudem den Blick auf zwei stiefmütterlich behandelte Themen:

1. Der Anwendungsbereich der Erörterung (§§ 160b, 202a, 212 und 257b StPO) ist keineswegs gering! Diese ihre eigene Einschätzung (Rn. 92) strafen die Autoren in ihren nachfolgenden Ausführungen selbst Lügen: Zutreffend sind sie nämlich z.B. der Auffassung, dass die Themenbegrenzung für Verständigungen, § 257c StPO, für Erörterungen nicht gelten (Rn. 102), vielmehr jegliches zulässige Prozessverhalten zur Sprache gebracht werden darf (Rn. 106). Bedenkt man zudem, dass dies nicht nur für die Zeit vor der Hauptverhandlung gilt, sondern gemäß § 257b StPO auch während ihres Laufs, die Erörterung also auch dort neben der Verständigung einen eigenen Anwendungsbereich hat, ferner, dass zu den Verfahrensbeteiligten entgegen Sauer/Münkel nicht nur diejenigen gehören, welche über förmliche Rechte das Verfahren beeinflussen können, sondern z.B. auch die Gerichts- und die Bewährungshilfe (a.A. Rn. 97) sowie nicht-nebenklagebefugte Verletzte (zweifeln Rn. 97 f.), so deutet sich an, was das BVerfG in seinem Grundsatzurteil vom 19.3.2013 meinte, als es die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer kommunikativen Verhandlungsführung als selbstverständlich bezeichnete (BVerfGE 133, 168, Rn. 106).

2. Bedarf es einer Rechtsgrundlage für Absprachen außerhalb der Verständigung gemäß § 257c StPO? Ausdrücklich thematisieren Sauer/Münkel diese Frage nicht, stehen aber fraglos auf dem Standpunkt, dass das Verständigungsgesetz Absprachen vor der Hauptverhandlung nicht entgegensteht. Das aber ist keineswegs selbstverständlich, ließ doch das BVerfG keinen Zweifel daran, dass Verständigungen nur und ausschließlich gemäß § 257c StPO zulässig sind. Im Ergebnis haben Sauer/Münkel jedoch völlig recht, wenngleich nur unter Modifikation ihrer Definition einer Absprache. Ihre Auffassung widerspricht dem BVerfG nicht und weist auch keinen Weg zur Umgehung des Verständigungsgesetzes in dessen Auslegung. Das folgt wiederum aus der Zulässigkeit einer kommunikativen Verhandlungsführung. Das BVerfG zog die Trennlinie bei der Verbindlichkeit: unverbindlichen Erörterungen auch der Sach- und Rechtslage stehe das Grundgesetz nicht entgegen (BVerfGE 133, 168, Rn. 106). Wiederum völlig zu Recht betonen Sauer/Münkel (Rn. 620), dass der Beschuldigte auf staatsanwaltschaftliche Zusagen zwar i.S. von fair trial vertrauen dürfe, dies aber nur im bestehenden Rechtsrahmen und i.S. vorläufiger Einschätzungen gelte. Das aber bedeutet – und davor warnen Sauer/Münkel (Rn. 103 f.) nicht ohne Grund, dass staatsanwaltschaftlichen Zusagen jenseits des selbstverständlichen Verbots der Irreführung (positiv: fair trial) eben gerade keine Verbindlichkeit innewohnt. Das wiederum ist kein Zufall: Verbindlichkeit kommt einer Entscheidung nur zu, wenn es das Gesetz bestimmt. Das gilt im Ermittlungsverfahren nur für Einstellungen nach § 153a Abs. 1 S. 5 StPO im Fall erfüllter Auflage. Im übrigen trägt jede solcher Absprachen und einseitigen staatsanwaltschaftlichen Zusagen den Charakter lediglich der Vorläufigkeit oder einer Ankündigung, kurz: der Unverbindlichkeit. Das steht zwar einer Definition der Absprache entgegen, welche ein Element der Bindung einschließt, nicht aber einer Vereinbarung, solange sie nur unverbindlich ist und bis zu einer mit Verbindlichkeit versehenen gesetzeskonformen Erklärung auch bleibt.

Erörterung und Verständigung sind demnach selbständige Rechtsinstitute: Eine Erörterung kann, muß aber keineswegs auf eine Verständigung i.S. von § 257c StPO abzielen. Diese Differenzierung gilt nicht nur im Ermittlungsverfahren, sondern allgemein. Sie charakterisiert die Erörterung, ganz gleich, in welchem Stadium sie erfolgt, und trägt, wie § 257b StPO zeigt, bis hinein in die Zeit der Hauptverhandlung: Erörtert werden darf alles – die Grenzen des § 257c StPO gelten nicht. Das schließt es allerdings nicht aus, auf Absprachen vor der Hauptverhandlung, die zwar als solche unverbindlich sind, die aber Folgen zeitigen sollen, die denen einer Verständigung gemäß § 257c StPO gleichen, einzelne Rechtsgedanken dieser Vorschrift entsprechend heranzuziehen. Geboten ist dies etwa bei intendierten Vorleistungen des Beschuldigten. So wird man z.B. verlangen müssen, daß ihn der Staatsanwalt umfassend belehrt, bevor er ein absprachebasiertes Geständnis entgegennimmt, ihn also auch darüber in Kenntnis setzt, daß er die Einhaltung von Zusagen nicht erzwingen kann. Sauer/Münkel (Rn. 103) sehen hierin ein der Lösung harrendes Problem und befürworten (de lege lata oder de lege ferenda?) Ausnahmen von der fehlenden Bindung etwa dergestalt, daß zugesagte Prozeßerklärungen als abgegeben gelten oder der staatsanwaltschaftliche Verstoß gegen faires Verhalten einen eigenständigen Einstellungsgrund bilde. Die auf den Strafanspruch als solchen bezogene, auch nur teilweise unmittelbare Rechtsverbindlichkeit staatsanwaltschaftlicher Zusagen kann aber nie über diejenige einer gerichtlichen Verständigung hinausgehen und dürfte, das Verfahren noch zusätzlich deutlich verkomplizierend, ähnlich festgeschriebene Verfahrensregeln wie § 257c StPO verlangen.

Das, was Sauer/Münkel vielfach unspezifisch Absprache nennen, heißt in der Terminologie des Verständnissgesetzes Erörterung. Sie und die Verständigung sind wesensverschieden: Ersterer wohnt eine Verbindlichkeit inne, die letzterer fehlt. Das sehen auch Sauer/Münkel nicht anders (Rn. 102; mißverständlich Rn. 106 a.E.). Deshalb sind sie völlig zu Recht der Ansicht, daß die Bestimmungen über die Erörterung (im wesentlichen) deklaratorischer Natur sind (Rn. 93, auch 652 und 663). Davon kann im Hinblick auf die Regelungen über die Zulässigkeit von Verständigungen in der Hauptverhandlung nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres die Rede sein. Das gilt auch in Ansehung und Anerkennung der Bedenken der Autoren gegen die Annahme einer Bindungswirkung der zustande gekommenen Verständigung (Rn. 244, 351 f. und 374 f.), die schon entfällt, wenn das Gericht bedeutsame Umstände übersehen hat oder sie hinzutreten. Der erzielten Verständigung fehlt jedoch nicht etwa jegliche Rechtswirkung: Sieht das Gericht die Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 S. 1 StPO als gegeben an und will sich deshalb von der Verständigung lösen, so muß es dies in öffentlicher Hauptverhandlung bekanntgeben (vgl. BGH, NStZ 2013, 417 ff., Rn. 23). Die Folge davon besteht in der Unverwertbarkeit des verständigungsbasierten Geständnisses, § 257c Abs. 4 S. 3 StPO (Rn. 244). Damit wohnt aber der gemäß § 257c Abs. 3 StPO erreichten Verständigung

eine zumindest vorläufige Bindung des Gerichts inne. Diese fehlt im Falle einer bloßen Erörterung, auch wenn das Gericht (ebenso wie die Staatsanwaltschaft) aus Gründen der Fairneß gehalten ist, eine Abweichung von einer bei einer Erörterung (zumindest einer solchen nach § 257b StPO während oder in der Hauptverhandlung) eingenommenen Rechtsauffassung ebenfalls vor dem Ende der Beweisaufnahme offenzulegen (Rn. 102, 176, 187, 261, 620 und 776). Auch Sauer/Münkel erkennen dem Merkmal der (beabsichtigten) Bindung Bedeutung zu, nämlich bei der Antwort auf die Frage, wann eine informelle und damit rechtswidrige Verständigung vorliegt (Rn. 418 und 420 a.E.). Inhaltlich grenzen sie diese damit gegenüber der zulässigen Erörterung ab. Das Kriterium der Bindung knüpft jedoch nicht an die Rechtswidrigkeit, sondern an die Verständigung als solche an.

Der gesetzliche Begriff der Verständigung beschränkt sich entgegen Sauer/Münkel, Rn. 622 (und *passim*) nicht allein auf do-ut-des-Vereinbarungen. Eine Verständigung wird in aller Regel ein aufeinander Zugehen des Gerichts, der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten einschließen. Begriffsnotwendig ist das jedoch nicht (a.A. Rn. 257), insbesondere nicht bei einer Verständigung im Hinblick auf das Prozeßverhalten, also ohne Vorschlag einer Strafspanne. Zulässig ist aber zudem, daß sich das Gericht mit den Beteiligten darüber verständigt, schlicht den Rahmen seiner Strafvorstellung zu offenbaren (was ihm auch im Rahmen einer Erörterung erlaubt wäre). Selbst wenn die Beteiligten nicht zustimmen, eine weitergehende Verständigung also nicht zustande kommt, aber keine weiteren Anträge gestellt werden, darf das Gericht (nach Erfüllung seiner Amtsaufklärungspflicht) ohne vorherigen Hinweis keine Strafe verhängen, die außerhalb des von ihm selbst gezogenen Rahmens liegt. Der Gesetzgeber mag sich von Verständigungen nach § 257c StPO die Schonung der knappen Ressource Justiz versprechen, hat aber die tatsächliche Minderung des Aufwands im konkreten Verfahren nicht zur Voraussetzung für eine zulässige Verständigung gemacht.

Sehr aner kennenswert ist das Bemühen um Beschreibung und Eingrenzung verständigungsfähiger Themen (Rn. 321): Zulässig sei eine Verständigung innerhalb des von ausdrücklichen und impliziten Verboten festgelegten Rahmens immer dann, wenn das Prozessverhalten bei Festlegung der Rechtsfolgen Berücksichtigung finden dürfe. Obwohl dies als Ausgangspunkt sachgerecht erscheint und das Erfordernis der Konnexität (dazu unten V 8) wahr oder herstellt, dürfte es doch zu eng sein, weil das Gericht eine Gesamtbewertung vorzunehmen hat und z.B. die Wiedergutmachung sonstiger Geschädigter, also solcher aus nicht angeklagten Fällen, ebenfalls mildernd berücksichtigen darf und muß.

V. Aus der Fülle der zahlreich behandelten Einzelthemen und der dazu eingenommenen Positionen können hier nur einige aufgegriffen werden, weil sie entweder für die Praxis oder die Interpretation des Verständigungsgesetzes bedeutsam sind.

1. Die Dokumentationspflicht gemäß § 160b StPO erfaßt auch den gescheiterten Abspracheversuch (Rn. 100). Es ist zwar nicht ersichtlich, welche Bedeutung dies für das weitere Verfahren haben soll, entspricht aber der h.M. und wird für die Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO (dazu Rn. 278) vom BVerfG (NJW 2014, 3504 ff. bzw. NStZ 2014, 592 ff.) als Verfassungsgebot angesehen (allerdings nicht in dem Sinne, daß die Verfassung eine Negativmitteilung verlange, sondern nur derart, daß eine andere einfach-gesetzliche Auslegung der strafprozessualen Norm willkürlich i.S. von Art. 3 GG wäre).

2. Aus dem Verbot der Heimlichkeit von Absprachen, erst recht, von Verständigungen, folgern Sauer/Münkel (Rn. 102, auch 106) das Gebot der Hinzuziehung aller Beteiligten. Das bedarf der Spezifizierung. Zum einen ist es weder für Erörterungen noch für Verständigungen zwingend, jedes Gespräch in Gegenwart aller zu Beteiligten zu führen. Einzelgespräche sind durchaus gestattet. Sie müssen nur anschließend offengelegt und in den Akten dokumentiert werden. Zum anderen ist der Kreis der Beteiligten variabel. Folgt man nicht dem sehr engen Verständnis der Beteiligten als allein diejenigen, die das Verfahren förmlich beeinflussen können (dazu bereits oben zu IV <1>), sondern gestattet der Staatsanwaltschaft in den Fällen des § 160b StPO, dem Gericht bei §§ 202a, 212 und 257b StPO die Erörterung mit allen Personen, die auch über bloße Informationsvermittlung für das Verfahren Relevantes beitragen zu können versprechen, so kann keine Rede davon sein, daß sie alle in jedem Fall der Erörterung beigezogen werden müßten. In abgewandelter Form gilt das auch für Verständigungsgespräche. An ihnen darf ein Nebenklägervertreter teilnehmen. Zwingend ist das jedoch nicht. Da das Zustandekommen einer Verständigung lediglich die Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten zu dem Vorschlag des Gerichts voraussetzt, § 257c Abs. 3 S. 4 StPO, ist nur die Mitwirkung dieser drei Beteiligten unbedingt erforder-

derlich. Das bietet nun allerdings nicht etwa eine Rechtsgrundlage dafür, daß sich das Gericht mit der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten hinter dem Rücken von dessen Verteidiger verständigen dürfte. Wenn der Angeklagte das wollte, wäre die Justiz daran sowie so nicht gehindert. § 257c Abs. 3 S. 4 StPO zielt aber nicht auf die Umgehung des Verteidigers. Ohne Störung des Vertrauensverhältnisses zum Angeklagten ist er selbstverständlich beizuziehen. Die Regelung zeigt jedoch, daß sich (entgegen OLG Naumburg, NStZ 2014, 116 f.) auch ein unverteidigter Angeklagter verständigen darf (Rn. 261).

3. Im Rahmen einer Verständigung darf weiterhin vom Gericht eine Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO und von der Staatsanwaltschaft das Stellen des darauf abzielenden Antrags zugesagt werden. Das gilt aber ausschließlich für eine oder mehrere verfahrensgegenständliche Tat(en), mangels Zuständigkeit des Gerichts aber nicht darüber hinaus (so auch Rn. 338). Diese für eine Verständigung gemäß § 257c StPO geltende Beschränkung hindert aber nicht, daß Verteidigung und Staatsanwaltschaft unabhängig von der Verständigung, wenn auch mit Blick auf diese, bipolar übereinkommen, daß die Staatsanwaltschaft ein weiteres Verfahren (oder auch mehrere) gemäß § 154 Abs. 1 StPO einstellt, wenn es tatsächlich zu einer (rechtskräftigen) Verurteilung gemäß der (zunächst:) in Aussicht genommenen Verständigung kommen sollte. Nur unter dieser Modifikation notwendiger verfahrensrechtlicher Trennung trifft die Auffassung der Autoren zu, insoweit habe sich durch das Verständigungsgesetz nichts geändert (Rn. 135).

4. Der Mehrwert der Rede von informellen Absprachen, Zusagen und gescheiterten Verständigungen in einem Atemzug (Rn. 213, s.a. Rn. 405 ff.) erschließt sich dem Rezensenten nicht. Wohl deshalb vermag er nicht einmal zu sagen, ob die Verfasser diese Ankündigung tatsächlich wahrgemacht und zwischen den drei Phänomenen tatsächlich nicht differenziert haben.

5. Sauer/Münkel halten auch den Verfall, ihn sichernde Maßnahmen nach §§ 111b ff. StPO und ein Fahrverbot für zulässige Gegenstände einer Verständigung (Rn. 254, 320 a.E. mit Fn. 114 und 657 a.E.). Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Wie die Rechtsprechung zum Bewährungsbeschluß zeigt, muß der Angeklagte vor seiner Zustimmung zum Verständigungsvorschlag des Gerichts über sämtliche Rechtsfolgen informiert sein, die ihn im Fall einer Verurteilung treffen. Das dürfte z.B. auch für die Entziehung der Fahrerlaubnis gelten.

Verhält es sich dergestalt, so besteht jedoch eine Kluft zwischen dem Verbot, den Angeklagten mit nicht verständigten Rechtsfolgen zu überraschen einerseits und dem Verbot, sich über den Schuldspruch und über Maßregeln zu verständigen andererseits. Sie läßt sich nur dadurch schließen, daß sich der Vorschlag des Gerichts, § 257c Abs. 3 S. 1 StPO, in zwei Teile mit ganz unterschiedlicher Rechtsqualität zu gliedern hat. Sinnvollerweise voranzustellen sein wird der rein informatorische Teil, in welchem das Gericht die Rechtsfolgen zumindest ihrer Art nach zu erwähnen hat, über die es allein, d.h. unabhängig vom Zustandekommen einer Verständigung im übrigen zu entscheiden hat und entscheiden will. Erst in den nachfolgenden zweiten, den konstitutiven Teil des Vorschlags, sind die Aspekte einschließlich der in Aussicht genommenen Spanne der Rechtsfolgen aufzunehmen, über die eine Verständigung zulässig ist und über die sich zu verständigen das Gericht auch bereit ist. Nur der zweite Teil beruht im Fall ihres Zustandekommens auf der Verständigung, während der erste Teil lediglich die Rahmenbedingungen nennt. Diese bleiben unverbindlich, auch wenn die Verständigung zustandekommt. Allerdings dürfen die Themen des ersten Teils, über die keine Verständigung zulässig ist, Gegenstand einer Erörterung, § 257b StPO, sein. Es bietet sich daher an, zunächst diese Rahmenbedingungen zu erörtern. Diese Erörterung ist protokollpflichtig, § 273 Abs. 1 S. 2 StPO. Darauf kann dann im ersten, dem rein informatorischen Teil des gerichtlichen Verständigungsvorschlags, verwiesen werden. Zu beachten ist dabei allerdings, daß das Gericht, falls es sich im Rahmen der Erörterung zu seinen Vorstellungen über die nicht verständigungsfähigen Rechtsfolgen geäußert haben sollte, von diesen nur abweichen darf, wenn es dies in öffentlicher Hauptverhandlung offengelegt hat.

Da der Verfall als solcher ebenso wie als Wertersatzverfall zwingend ist, kann er nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Er gehört daher allein in den informatorischen Teil des Verständigungsvorschlags. Da aber Verfall nicht angeordnet werden darf, ohne daß das Gericht über die Voraussetzungen der Härteklauseln des § 73c StGB entschieden hat, wird zumindest die (Un-)Billigkeit verständigungsfähig sein und damit Eingang in den konstitutiven Teil finden dürfen. Letzteres wird man wohl auch für das Fahrverbot als Neben-, de lege fe-

renda evtl. auch als Hauptstrafe anzunehmen haben, während die Entziehung der Fahrerlaubnis nicht verständigungsfähig ist (und wohl auch nicht die Dauer der Sperrfrist).

6. Nach Sauer/Münkel (Rn. 279) ist in die Urteilsgründe gem. § 267 Abs. 3 StPO auch eine gescheiterte Verständigung aufzunehmen. Was davon abhängen soll, wird jedoch nicht recht deutlich. Allerdings stehen beide Autoren mit dieser Auffassung nicht allein da und liegt es im Zuge der derzeitigen Skepsis gegenüber der Verständigungspraxis, auch Unnötiges dokumentieren zu müssen. Wie ein Urteil oder auch nur der Strafausspruch nun aber auf einem etwaigen Verstoß beruhen können soll, ist dunkel – ohne daß der Rezensent jedoch über damit begründete Aufhebungen überrascht wäre. Auch für den Ausschluß des Rechtsmittelverzichts, § 302 Abs. 1 S. 2 StPO, soll eine gescheiterte Verständigung genügen (Rn. 284). Das mag so sein, ist aber von der Warnfunktion her nicht geboten.

7. Die Eignung gemäß § 257c Abs. 1 S. 1 StPO an die Erwartung zu knüpfen, ein Geständnis ermögliche ein Urteil (Rn. 307), ist zumindest dann kühn, wenn aus der Notwendigkeit einer nachfolgenden umfassenden Beweisaufnahme auf mangelnde Eignung geschlossen wird. Beide Autoren gehen zwar selbst nicht soweit, halten einen solchen Schluß aber immerhin für möglich. Er kollidierte jedoch mit dem Gebot der umfassenden Prüfung eines verständnisbasierten Geständnisses, falls nicht bereits eine für die Überzeugungsbildung des Gerichts ausreichende Beweisaufnahme vorausgegangen ist. Eignung wird man demnach in einem weiteren Sinne interpretieren müssen und sie immer dann zu bejahen haben, wenn sich das Gericht von einer Verständigung eine wie auch immer geartete Förderung des Verfahrens verspricht. Sie kann auch in einer bloßen Vergewisserung liegen.

8. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO gestattet eine Verständigung sowohl über den weiteren Fortgang als auch über das Ergebnis des Verfahrens. Nach § 257c Abs. 2 S. 1 StPO dürfen Gegenstand einer Verständigung nur die Rechtsfolgen, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen sowie das Prozeßverhalten sein. Mißverständlich verlangt § 257c Abs. 2 S. 2 StPO allerdings für grundsätzlich jede Verständigung ein Geständnis. Reduziert man dessen Anwendungsbereich sinnvollerweise auf die Urteilsverständigung, so löst man damit auch die Verbindung zu § 257c Abs. 2 S. 1 StPO. Das öffnet den Blick für den Zusammenhang zwischen § 257c Abs. 1 S. 1 StPO und § 257c Abs. 2 S. 1 StPO. Dessen Alternative Prozeßverhalten läßt sich dann, wozu die Autoren schweigen, mit der Variante einer Verständigung über den Fortgang des Verfahrens, § 257c Abs. 1 S. 1 StPO, verknüpfen. Damit entfällt (entgegen Rn. 325) die Verbindung zwischen Prozeßverhalten und Urteilsverständigung. Auf diese Weise ist das Gebot der Konnexität (Rn. 328, auch 336 – 338) gewahrt und quälere Überlegungen, ob es rechtlich zulässige Verbindungen zwischen Prozeßverhalten und Urteilsverständigung überhaupt geben kann (Rn. 322 – 328), stellen sich nicht mehr.

9. Mit der Auffassung, auf ein dem Verwertungsverbot nach § 257c Abs. 4 S. 4 StPO unterliegendes Geständnis dürfe auch nicht zu Lasten von Mitangeklagten zurückgegriffen werden (Rn. 378), vertreten die Autoren die h.M. Damit werden Dritte begünstigt, die an der Verständigung nicht beteiligt waren. Der Zweck, Schutz dessen, der sich nur der Verständigung wegen geständig eingelassen hat, verlangt dies allerdings nicht. Im Regelfall würde sich aber auch mit einer Verwertung des Geständnisses wenig ändern, denn ein quasi widerrufenes, rein verständnisbasiertes Geständnis birgt wenig bis keinen Erkenntniswert, auf den sich zu Lasten eines Dritten irgendetwas strafprozessual stützen ließe. Ein Unterschied besteht selbst dann nur (oder zumindest im wesentlichen) konstruktiv, wenn das Geständnis zu neuen Tatsachen und/oder Beweismitteln führte: Mangels Fernwirkung des Verwertungsverbots dürfen derartige Erkenntnisse trotz Unverwertbarkeit des Geständnisses selbst in den Prozeß eingeführt werden.

10. Sauer/Münkel sehen ein Problem darin, daß die Staatsanwaltschaft entgegen ihrer Zusage im Rahmen einer Verständigung den Antrag auf Teil-Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO nicht stellen könnte, obwohl der Angeklagte sein Geständnis bereits abgelegt hat. Realistisch wird eine solche Verhaltensweise nur zu erwarten sein, wenn Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob die Äußerungen des Angeklagten als Geständnis angesehen werden können. Als Lösung schlagen beide vor, daß die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag in Vorleistung trete. Diese Reihenfolge führt aber ebenfalls nicht zu einer größeren Sicherheit des Angeklagten, weil sowohl die Staatsanwaltschaft ihren Antrag wieder zurücknehmen als auch das Gericht sich der Bewertung der Staatsanwaltschaft anschließen kann. Der Beschuldigte muß daher mit diesem (von ihm selbst wesentlich beeinflussbaren)

Risiko leben. Die Lösung sieht das Gesetz allein im auf die Lösung von der Verständigung folgenden Verwertungsverbot, § 257c Abs. 4 S. 4 StPO.

11. Die Unzulässigkeit, sich über das Vorliegen eines minderschweren Falles verständigen zu dürfen, führt die Autoren zu dem Vorschlag, sich auf der Basis eines Normalfalls zu verständigen und dem Gericht zu raten, sich von der Verständigung zu Gunsten des Angeklagten zu lösen, wenn das nachfolgende Geständnis Anhaltspunkte für die Annahme eines minderschweren Falles biete (Rn. 393). Damit allein ist es aber nicht getan, weil mit der Abstandnahme das Geständnis unverwertbar wird. Nur wer allein die Verwertung zu Lasten des Angeklagten verneint, sie zu seinen Gunsten aber zuläßt, hat hier kein Problem. Alle anderen müssen sich weitere Schritte überlegen. Sie können in einer neuerlichen Verständigung auf niedriger Basis liegen oder darin bestehen, daß von vorn herein zwei Spannen ins Auge gefaßt werden, die eine bei Bejahung des Normal-, die andere bei Annahme eines minderschweren Falls. Auf der Basis des Vorschlags von Sauer/Münkel hat es aber auch der Angeklagte in der Hand, sich selbst zu helfen: er kann sein Geständnis ganz oder teilweise wiederholen und sich damit völlig unabhängig von einer Verständigung einen Strafmilderungsgrund verschaffen. Hinzu kommt, daß die Frage des Vorliegens eines minderschweren Falls Gegenstand einer Erörterung gemäß § 257b StPO sein darf. Sie führt zwar zu keinen (bindenden) Ergebnissen, erlaubt aber den Verfahrensbeteiligten, ihr Prozeßverhalten auf die darin gewonnenen Erkenntnisse zu stützen.

VI. Der Lesegenuß wäre ungeschmälert, kämen die sorgfältigen, von tiefer Sachkenntnis der klugen, weil eindimensionalen Denken abholden Autoren zeugenden Gedanken auch in einem damit korrespondierenden Gewande daher. Vermutlich ist es eine Art Agio auf den sehr günstigen Preis, daß der Nutzer ein diese Bezeichnung rechtfertigendes Stichwortverzeichnis, der Leser nicht nur manche Korrektur schmerzlich vermißt und sich der Verdacht nicht unterdrücken läßt, bestimmte Worte einer Passage seien, was nie ganz vermeidbar ist, vom Schreibprogramm oder der Schreibkraft nicht genau verstanden worden, ohne daß dies aber kontrolliert, geschweige denn korrigiert worden wäre, sondern sich auch nach den Zeiten zurücksehnt, in denen es noch Lektoren gab, die für die Lesbarkeit Sorge trugen. Stilmängel (Der Revisionsführer tut ... schildern, Rn. 391) und Sinnentstellendes (Sodann wird die Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2013 verworfen <anstatt: auf sie verwiesen>, Rn. 423) stören nur punktuell, auch wenn sie sich in ähnlicher Weise wiederholen (Beispiele: Rn. 317, 617, 620, 655, 683 und 766). Zu verschmerzen ist auch, daß kurz vor der Schlußbetrachtung (ab Rn. 819) der Hoffnung Ausdruck verliehen wird, die Lektüre der folgenden Hinweise möge dem Leser Gewinn bringen (Rn. 818) – eine Formulierung, die man eher im Vorwort erwarten dürfte.

Weniger leicht nimmt es der Leser hingegen, wenn ihn (insbesondere in den ersten beiden Teilen) nicht nur eine Fülle von Hinweisen auf nachfolgende, vertiefende Ausführungen begleiten, sondern diese sich dort zwar finden, aber inhaltlich manchmal gar nicht wirklich weiterführen, und diese Darstellungstechnik zudem teilweise zu ersichtlich vermeidbaren Wiederholungen führt. Für die gewiß und hoffentlich nicht erst in 6 Jahren zu erwartende Neuauflage ist zu wünschen, daß unter teilweise radikaler Kürzung im Interesse einer verbesserten Konzentration zusammengeführt wird, was zusammengehört, sich bislang aber an unterschiedlichen Stellen findet. Da aufgrund nachlassender Aktualität sicherlich auch die Ausführungen pro & contra Absprache ebenso wie die Darstellung der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes knapper ausfallen können, sei hier zudem der Wunsch geäußert, daß der gewonnene Platz durch Aufnahme eines neuen Teils gefüllt werde, der sich der Kooperation zwischen Justiz und Verteidigung bei Führen von Internal Investigations widmet.

VII. Als Fazit läßt sich festhalten: Ungeachtet der angeführten, die äußere Darstellung betreffenden Wünsche handelt es sich um ein hochaktuelles Werk, das insbesondere für den als Verteidiger aktiven Nutzer, an den es sich vorrangig wendet, eine Fülle wertvoller Tipps bereithält, sich darauf aber keineswegs beschränkt, sondern jeden Leser, unabhängig von seiner Profession, ebenso zum Nach- wie aufgrund steter Anregungen auch zum Weiterdenken sowohl über Phänomene des Konsenses im Strafverfahren als solche als auch über das Verständnis des geltenden Rechts anregt.

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Stirner, Köln

Marc Menrath: Die Einwilligung in ein Risiko

Duncker & Humblot, Berlin 2013, 228 Seiten, 66,90 €

I. Die von der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Jahre 2012 als Dissertation angenommene und von Herrn Prof. Dr. Helmut Frister betreute Arbeit befasst sich mit einem in Strafrechtswissenschaft und -praxis bislang nach wie vor zu wenig beachteten Thema: Der Einwilligung des Opfers in die *Gefährdung* seiner Rechtsgüter. Anhand der allgemein anerkannten Grundsätze zur Einwilligung in eine Verletzung eigener Rechtsgüter stellt der Verfasser die Rechtsfigur der sog. Risikoeinwilligung dar und ordnet diese dogmatisch ein.

II. Nach einer kurzen Einführung in die Thematik widmet sich *Menrath* im ersten Kapitel seiner Arbeit der strafrechtlichen Würdigung des Opferverhaltens, die – so der Verfasser – zwar von der "Kernthematik noch etwas entfernt", aber dennoch "elementar für den Fortgang der Untersuchung" ist (S. 18). Als Basis der anschließenden Untersuchung stellt er zunächst die Rechtsfigur der Selbstschädigung und deren fehlenden Unrechtsgehalt dar und geht sodann auf die Frage der Strafbarkeit einer Beteiligung an einer fremden Selbstschädigung ein. Hierbei erfolgt insbesondere eine Darstellung des vom Reichsgericht in Zusammenhang mit der Beteiligung an einer fremden Selbstschädigung entwickelten *Teilnahmearguments* (vgl. RGSt 70, 313), welches bis heute Diskussionen um die strafrechtliche Einordnung mitverantwortlichen Opferverhaltens prägt. Nach einer Auseinandersetzung mit der Kritik am Teilnahmeargument gelangt *Menrath* zu dem Ergebnis, dass dieses nicht geeignet ist, die fehlende strafrechtliche Haftung des Mitwirkenden an der Selbstschädigung zu begründen, da es zwar in der Regel zu richtigen Ergebnissen führe, aber den von der Rechtsprechung selbst entwickelten Grundsätzen des Allgemeinen Teils des Strafrechts widerspreche. Nach Auffassung des Autors resultiere die Straflosigkeit vielmehr daraus, dass die Ermöglichung einer Selbstschädigung des Opfers keine rechtlich missbilligte Gefahr für das verletzte Rechtsgut begründe.

Dem Kernthema der Arbeit näher rückend erfolgt sodann eine Abgrenzung zwischen den Rechtsinstituten der eigenverantwortlichen Selbstschädigung und der im weiteren Verlauf der Arbeit interessierenden einverständlichen Fremdschädigung, der der Verfasser nach Feststellung der Unterschiedlichkeit beider Rechtsinstitute jedenfalls die Tatbestandsmäßigkeit zuspricht.

III. In einem kurzen zweiten Kapitel steigt *Menrath* sodann in die eigentliche Problematik der Risikoeinwilligung ein. Dabei klärt er zunächst auf, dass hiervon nicht diejenigen Fälle erfasst sind, in denen das Opfer mit einem Zugriff eines Dritten auf seine Rechtsgüter einverstanden ist, sondern dass es ausschließlich um diejenigen Konstellationen geht, in denen der Geschädigte mit einem Verhalten einverstanden ist, welches die *Gefahr* einer Rechtsgutsverletzung in sich birgt. Da diese Sachverhaltskonstellationen von der Rechtsprechung bisher uneinheitlich behandelt wurden, gibt der Verfasser im zweiten Kapitel seiner Arbeit einen Überblick über die grundlegenden Entscheidungen zu dieser Thematik und verdeutlicht dadurch insbesondere die stetige Entwicklung dieser Form der Einwilligung.

IV. Das dritte Kapitel der Arbeit befasst sich – so der Titel – mit dem potentiellen Anwendungsbereich der Einwilligung in ein Risiko. Bevor der Autor im anschließenden Kapitel die Frage aufwirft, ob sich die Einwilligung in ein *gefährdendes* Verhalten mit den anerkannten Grundsätzen einer Einwilligung in ein *schädigendes* Verhalten in Einklang bringen lässt, widmet er sich hier zunächst einer Eingrenzung derjenigen Handlungen, die ausschließlich in Zusammenhang mit einer Risikoeinwilligung von Relevanz sind.

Dabei sondert *Menrath* zunächst all jene Formen riskanten Verhaltens aus, bei denen sich die Straflosigkeit des Täters schon aus anderen Umständen als dem Einverständnis mit der riskanten Handlung ergibt. Hierfür geht er nach einer Abgrenzung zwischen den Begrifflichkeiten der "Schädigung" und der "Gefährdung" zunächst auf die Fallgruppen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und deren Behandlung innerhalb der objektiven Zurechnung ein. Im Anschluss befasst er sich mit der Frage, ob die Rechtsfigur der einverständlichen Fremdgefährdung gleichermaßen der Lehre der objektiven Zurechnung zu unterstel-

len ist. Nach umfassender Auseinandersetzung mit dem Für und Wider einer Gleichbehandlung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung gelangt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass eine Vereinheitlichung nicht möglich ist. Zwar sei die Autonomie des Opfers sämtlichen "Gefährdungssachverhalten" gemein, die Gründe, die gegen eine strafbare Beteiligung an einer Selbstgefährdung sprächen, seien jedoch nicht auf sämtliche Gefährdungsfälle übertragbar.

Konsequenterweise erfolgt sodann eine Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute voneinander, wobei der Autor zunächst auf die Abgrenzungssituation im Bereich der vorsätzlichen *Schädigung* eingeht, um anschließend darzustellen, inwieweit Rechtsprechung und Schrifttum eine Übertragung dieser Kriterien auf die *Gefährdung* vornehmen. *Menrath* gelangt schließlich zu dem Ergebnis, dass eine einverständliche Fremdgefährdung nur dann vorliegt, wenn "der vom Täter in Lauf gesetzte Kausalverlauf für sich genommen rechtlich missbilligt ist, wobei für das Urteil rechtlicher Missbilligung entscheidend ist, ob der Rechtsgutsträger durch ein eigenverantwortliches Handeln an eine vom Täter offerierte Verhaltensoption anknüpft" (S. 106).

V. Sodann setzt sich *Menrath* im vierten Kapitel seiner Arbeit mit der dogmatischen Einordnung der Risikoeinwilligung auseinander. Nachdem er zunächst feststellt, dass die Berücksichtigung einer Opferentscheidung grundsätzlich auf materiell-rechtlicher Ebene zu erfolgen habe, widmet er sich im Anschluss der Frage nach der "richtigen" Stelle im Delikttaufbau. Dabei geht er zunächst auf die in der Literatur vielfach vertretene Verortung innerhalb der objektiven Zurechnung ein, die auf einer Gleichbehandlung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung basiert (vgl. etwa *Roxin*, AT I, § 11 Rn. 123). Da der Verfasser eine Vereinheitlichung beider Rechtsfiguren bereits im dritten Kapitel seiner Arbeit ablehnt, erfolgt konsequenterweise auch die Ablehnung einer Gleichstellung innerhalb der objektiven Zurechnung. Insoweit betrachtet er nicht zuletzt die Tatsache kritisch, dass beachtliche Teile der Literatur die Einwilligung in eine *Gefährdung* auf Tatbestandsebene behandeln wollen (vgl. hierzu *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl., Vor. § 32 ff. Rn. 106), dies aber bei einer Einwilligung in eine *Verletzung* nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wird.

Alternativ setzt sich *Menrath* sodann mit den Argumenten für eine Verortung auf Ebene der Rechtswidrigkeit, nämlich in Form einer rechtfertigenden Einwilligung, auseinander. Dabei erörtert er zunächst die Frage, ob eine Einwilligung in ein Risiko überhaupt konstruktiv möglich, mithin nicht nur bloße "Fiktion" ist. Dies wird von Teilen der Literatur mit dem Argument verneint, dass das Opfer durch das Einverständnis mit einem Risiko zugleich seine Rechtsgüter preisgebe und somit eine Risikoeinwilligung auch gleichzeitig die Inkaufnahme einer Rechtsgutsverletzung bedeute, dieser mithin im Verhältnis zur Verletzungseinwilligung keine eigenständige Bedeutung mehr zukomme (vgl. etwa *Rönnau*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl., Vor § 32 Rn. 168). Nach kritischer Auseinandersetzung mit diesen Stimmen bejaht der Verfasser schließlich die konstruktive Möglichkeit einer Risikoeinwilligung mit der nachvollziehbaren Begründung, dass für eine rechtfertigende Wirkung die billigende Inkaufnahme des Erfolgseintritts durch den Rechtsgutsinhaber nicht erforderlich sei.

In einem nächsten Schritt geht der Autor sodann auf die Anforderungen an eine insoweit rechtfertigende Einwilligung ein, wobei er den Schwerpunkt auf diejenigen Voraussetzungen legt, die sich von denen für die Verletzungseinwilligung unterscheiden. Dabei stellt *Menrath* zunächst fest, dass das Opfer in Kenntnis des Risikos gehandelt haben muss, wobei eine bloße Erkennbarkeit jedoch nicht ausreiche. Er geht insbesondere auf denkbare Irrtümer in der Person des Opfers ein, die zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen. Als ein spezifisches Problem der Risiko-Einwilligung hält er die Offenheit des Handlungsverlaufs und die damit einhergehende Unvorhersehbarkeit sämtlicher Risiken fest. In diesem Zusammenhang hebt *Menrath* insbesondere hervor, dass in Fällen mangelhafter Handlungsausführung oder eigenmächtiger Risikoerweiterung von einem Exzess des Täters auszugehen ist, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt. Als weitere Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung konstatiert der Verfasser, dass in subjektiver Hinsicht ein bewusstes Setzen von Prioritäten zugunsten des Risikos und gegen die Bestandssicherheit des Rechtsguts zu erkennen sein muss. Dies bejaht er mit der h. M. jedenfalls dann, wenn der Geschädigte die Risikoschaffung gutheißt, mag es ihm hierauf auch nicht final ankommen. Die Gleichgültigkeit des Geschädigten ist nach seiner Auffassung hingegen nur dann als wirksame Risikoeinwilligung zu werten, wenn sich diese auch gegenüber dem Erfolg fortsetzt. Nicht zur Unwirksamkeit führt nach Ansicht des Autors ein "böser Wille" des Täters, solange die miss-

billigte objektive Gefahrschaffung im Rahmen des von allen Teilnehmern erkannten und gebilligten Risikos bleibt.

VI. Im fünften Kapitel widmet sich *Menrath* schließlich den gesetzlichen Schranken einer Einwilligung. Hat sich die Arbeit bis dahin im Wesentlichen an den Strafrechtswissenschaftler gerichtet, so ist dieses Kapitel nun auch für den Praktiker höchst relevant, da von einer Anwendung der gesetzlichen Einwilligungsschranken letztlich abhängt, ob die für eine Strafbarkeit des Täters vorausgesetzte Unrechtsqualität der Tat vorliegt.

Menrath setzt sich in diesem Kapitel mit der Frage auseinander, inwieweit die §§ 216, 228 StGB, die der verfassungsmäßig garantierten Freiheit im Hinblick auf das Leben und die körperliche Unversehrtheit Schranken setzen, auf die Risikoeinwilligung übertragbar sind. So ist nach der aus § 216 StGB resultierenden Indisponibilität des Rechtsguts Leben grundsätzlich keine rechtfertigende Einwilligung in eine Tötung möglich. Eine rechtfertigende Einwilligung in eine Körperverletzung ist hingegen nach § 228 StGB möglich, sofern diese nicht gegen die guten Sitten verstößt. Eine Anwendung von § 216 StGB auf die Risikoeinwilligung lehnt der Verfasser zum Einen vor dem Hintergrund ab, dass eine Heranziehung der Norm auf diese Fälle wegen der Ausklammerung fahrlässiger Taten durch den Wortlaut "auf Verlangen" gegen das Analogieverbot verstoße. Zum Anderen könne auch eine Fernwirkung des Strafgrundes der Norm nicht erfolgen, da die von § 216 StGB erfassten Schutzgüter, Achtung des Lebens oder gar Staatsinteressen, bei einer fahrlässigen Lebensgefährdung nicht berührt seien.

Einer Anwendung von § 228 StGB stimmt der Autor hingegen in nur schwer nachvollziehbarer Weise zu. So verneint er zwar einen Verstoß gegen das Analogieverbot mit dem Argument, dass § 228 StGB anders als § 216 StGB offener gefasst sei und aufgrund des Wortlauts "Körperverletzung" auch *fahrlässige* Taten erfasse. In Anbetracht der im dritten Kapitel erfolgten strikten Abgrenzung zwischen der Verletzung und der Gefährdung eines Rechtsguts erstaunt es jedoch, dass eine Anwendung von § 216 StGB und § 228 StGB nicht auch vor dem Hintergrund betrachtet wird, dass die Normen ausdrücklich nur eine *Verletzung* erfassen. Auch insoweit stellt sich die Frage eines Verstoßes gegen das Analogieverbot.

Nach der Feststellung der generellen Anwendbarkeit von § 228 StGB auf die einverständliche Fremdgefährdung, führt der Verfasser abschließend aus, dass für die Sittenwidrigkeit der Tat der Anlass und das Gewicht der Körperverletzung maßgeblich sei. So sei von einer sittenwidrigen Tat auszugehen, "wenn sie bei Betrachtung aller Umstände eine hohe Risikodimension aufweist und nicht aus einem noch objektiv verständlichen Grund vorgenommen worden ist" (S. 206).

VII. Insgesamt gelingt es *Menrath* in seiner Arbeit einen umfassenden Überblick über die rechtliche Einordnung der Risikoeinwilligung zu geben. Dabei hilft dem Leser nicht zuletzt der hervorzuhebende Schluss der Arbeit, in welchem der Autor seine Thesen noch einmal in prägnanter Form zusammenstellt. Insbesondere für den Strafrechtswissenschaftler, aber auch für den interessierten Praktiker, ist das Werk von *Menrath* daher uneingeschränkt zu empfehlen.

Daniel Wölky, Köln

Goya Tyszkiewicz: Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme

Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge, Band 250, Duncker & Humbolt, Berlin 2014, 258 Seiten, 69,90 €

Tyszkiewicz setzt sich in ihrer von Prof. Dr. Saliger an der *Bucerius Law School* betreuten Dissertation mit den Problemen der Beweiserhebung und -verwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafprozess auseinander

I. Obwohl für den Einsatz eines Lockspitzels keine explizite Gesetzesgrundlage besteht, gehen Rechtsprechung und Literatur von der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Einsatzes aus. Die Begründungsansätze sind dabei zuweilen unterschiedlich und die Grenzen

des zulässigen (tatprovokierenden) Handelns nicht klar umrissen. Selbst wenn festgestellt wird, dass der Lockspitzeinsatz das zulässige Maß überschritten hat, findet der Verstoß nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich lediglich im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung. Abgesehen davon, dass der EGMR weniger strengere Maßstäbe an eine unzulässige Tatprovokation anlegt als der BGH, nimmt er bei einem solchen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK zumindest ein Verwertungsverbot der durch den unzulässigen Lockspitzeinsatz erlangten Beweise an.

Tyszkiewicz befasst sich u.a. damit, ob sich „angesichts der bestehenden Divergenzen die Frage auf[drängt], ob die Rechtsprechung des BGH zu den Folgen unzulässiger Tatprovokation völkerrechts- und menschenrechtswidrig sein könnte“ (S. 22).

II. 1. Nach einer kurzen Einleitung, in der die *Verf.* einen Überblick über die Probleme des Einsatzes von Lockspitzeln gibt (S. 19 – 22), beschreibt sie den Schwerpunkt ihrer Arbeit, der sich gleichsam in ihrem Aufbau widerspiegelt (S. 22 – 24), um vor dem eigentlichen Einstieg Grundbegriffe im Zusammenhang mit der Tatprovokation – wie Verdeckter Ermittler, nicht offen ermittelnder Polizeibeamter, Vertrauensperson, Lockspitzeinsatz und den Begriff der Tatprovokation selbst – zu klären (S. 24 – 38). Hervorzuheben ist dabei die Untersuchung des Begriffs der Tatprovokation (S. 30 – 38), die sich mit den unterschiedlichen Definitionen von BGH und EGMR auseinandersetzen hat. Die *Verf.* folgt dabei letztlich der Bestimmung des EGMR, der unter Tatprovokation jede Form staatlich zurechenbarer Deliktsveranlassung versteht, ohne dass die Erheblichkeit der Einwirkung auf den Täter für die Einordnung konstitutiv¹ ist. Dabei stellt sie die Überlegung an, dass die Intensität zur Unterscheidung von zulässigem und unzulässigem Verhalten herangezogen werden könne. Als mögliche Fallgruppen der Tatprovokation unterscheidet sie den einfachen Scheinkauf, die Anreiz-Situation und die Druck-Situation.

2. Im zweiten Kapitel setzt sich die *Autorin* mit der Zulässigkeit von Lockspitzeinsätzen auseinander (S. 39 – 101).

Angesichts der Tatsache, dass eine Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von Lockspitzeln nicht besteht, wird untersucht, ob mit ihm ein Grundrechtseingriff einhergeht, welcher einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Da die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG uneingeschränkt garantiert wird, wäre ein Lockspitzeinsatz immer rechtswidrig, wenn er per se zu ihrer Verletzung führen würde. Die Frage einer Ermächtigungsgrundlage würde sich dann nicht stellen, weshalb *Tyszkiewicz* mit dieser Thematik beginnt (S. 41 – 52). Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Einsatzes ankomme, so dass nicht zwangsläufig von einem Verstoß gegen die Menschenwürde auszugehen sei.

Sodann behandelt sie die Notwendigkeit einer expliziten Ermächtigungsgrundlage (S. 52 – 74). Der Lockspitzeinsatz greife wegen seines Überwachungscharakters in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ein. Durch die Eingriffintensität und die Heimlichkeit der gegen eine bestimmte Person gerichteten Maßnahme werde der Eingriff nur noch vertieft. Das führe zu einer Steigerung des Rechtfertigungsbedarfs (S. 52 – 62). Da die Besonderheit des Lockspitzeinsatzes zudem regelmäßig in der Herbeiführung einer Straftat zum Zwecke ihrer Verfolgung und Aburteilung liege, sei auch der soziale Geltungsanspruch als weitere Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts verletzt. Der Staat bringe durch die Einwirkung auf die Zielperson seinen „fehlenden Respekt vor der Rechtstreue des Bürgers zum Ausdruck“ (S. 69), wobei die Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs wegen seiner Nähe zur Menschenwürde als schwerer Eingriff einzuordnen sei (S. 62 – 70). Bereits wegen dieser Grundrechtseingriffe sei eine Ermächtigungsgrundlage unverzichtbar. Sie sei aber auch durch Art. 6 EMRK, insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK, geboten (S. 70 – 73).

In einem weiteren Schritt schließt *Tyszkiewicz* zutreffend aus, dass die teilweise herangezogenen §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO als Ermächtigungsgrundlage taugen können (S. 73 – 98). Bereits der Umstand, dass ein Lockspitzeinsatz regelmäßig nicht der Verfolgung einer bereits begangenen Tat diene und somit keinen repressiven Zweck verfolge, spreche dagegen. „Darüber hinaus“ – so die *Verf.* – „sind die Normen unbestimmt, um als spezialgesetzliche Eingriffsgrundlagen fungieren zu können.“ (S. 97) Insbesondere der erhebli-

¹ So aber: BGHSt 45, 321 (328).

che Eingriff in das Recht auf den sozialen Geltungsanspruch verbiete einen Rückgriff auf Generalklauseln. Auch eine analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO sei mangels der Analogievoraussetzungen (planwidrige Regelungslücke etc.) nicht möglich. Überdies verbiete sich eine Analogie, soweit mit ihr ein Grundrechtseingriff legitimiert werden soll (S. 98 – 100).

Die *Verf.* zieht das Fazit, dass Lockspitzeleinsätze – also alle staatlichen Deliktsveranlassungen – mangels Ermächtigungsgrundlage *de lege lata* rechtswidrig sind. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

3. Als Schwerpunkt befasst sich die Dissertation im dritten Kapitel damit, wie eine rechtmäßige und verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlage für Lockspitzeleinsätze *de lege ferenda* aussehen könnte.

In diesem Zusammenhang werden die unterschiedlichen Maßstäbe von BGH und EGMR sowie die Frage der Bindungswirkung der Rechtsprechung des EGMR untersucht (S. 102 – 142).

Die *Verf.* stellt fest, dass die EMRK in Deutschland unmittelbar geltendes Recht sei und darüber hinaus bewirke, dass deutsche Gesetze konventionsfreundlich auszulegen seien. Eine Bindungswirkung würden Urteile des EGMR dagegen nur hinsichtlich des jeweiligen Streitgegenstands entfalten. Eine absolute Bindung bestehe nicht. Den Urteilen des EGMR – so das BVerfG² – komme für die Auslegung der EMRK eine faktische Leitfunktion zu. Danach seien die vom individuellen Fall lösbaren Kriterien als Auslegungsgrundlage verbindlich heranzuziehen.

Nach der Rechtsprechung des EGMR sei ein Lockspitzeleinsatz zulässig, wenn der Lockspitzel das Tatgeschehen nicht wesentlich mitgestalte und die Zielperson tatgeneigt gewesen sei, was sich aus objektiven Umständen ergeben müsse. Unzulässig werde er, wenn der Ermittler die Tat initiiere (Einwirken zur Begehung einer Tat, die sonst nicht begangen worden wäre), um sie später zu verfolgen. Das grds. Initiierungsverbot bestehe dabei unabhängig von der Intensität der Einwirkung. Sie sei nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Zweck darin bestehe, einen bereits bestehenden Tatverdacht zu erhärten (S. 102 – 122).

Die deutsche Rechtsprechung halte den Einsatz eines Lockspitzels für grundsätzlich zulässig. Lediglich Extremfälle würden als unzulässig eingestuft. Eine Tatprovokation bestehe überhaupt nur bei einer erheblichen Einwirkung auf die Zielperson, wobei sie umso intensiver sein dürfe, je stärker der Tatverdacht sei. Der Tatverdacht müsse sich dabei nicht auf eine begangene Straftat richten, es reiche eine zukünftige aus, die zudem nicht unbedingt objektivierbar sein müsse. Unzulässig werde der Lockspitzeleinsatz erst dann, wenn die Einwirkung dazu führe, dass der eigene Beitrag der Zielperson in den Hintergrund trete (S. 122 – 128).

Tyszkiewicz weist nach, dass der sich aus Art. 6 EMRK ergebende fair-trial-Grundsatz zur Unzulässigkeit jeder Tatprovokation mit dem Ziel der anschließenden Tatverfolgung führt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren gem. Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG³. Folgerichtig hält die *Autorin* bei der Behandlung der Frage, ob der Staat überhaupt Urheber von Straftaten – nichts anderes ist er insofern – sein dürfe, (Rechtsstaatsprinzip) fest: „Dem Staat ist es grundsätzlich verwehrt, Kriminalität ins Leben zu rufen, um diese zu verfolgen.“ (S. 139) Sie kommt zu dem Schluss, dass eine Tatprovokation mit dem Ziel ihrer späteren Verfolgung in keinem Fall auf eine Ermächtigungsgrundlage gestützt werden könne, da dieses konventions- und verfassungswidrig wäre (S. 128 – 142).

Im zweiten Drittel des Kapitels, dem eigentlichen Kern der Arbeit, beschäftigt sich die *Verf.* mit der Tatprovokation zum Zwecke der Beweisgewinnung vergangener Straftaten (S. 142 – 192). Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EGMR zum Fall *Eurofinacom*⁴ nimmt *Tyszkiewicz* an, dass eine Tatprovokation zur Erlangung von Beweismitteln bzgl. zurückliegender Taten praktikabel sei (S. 142 – 146). Diese Konstellation verstoße auch nicht gegen den *nemo-tenetur*-Grundsatz, sofern es sich um sog. Scheinkäufe handle. Bereits die Anreiz-Situation berge aber Probleme, wenn durch sie ein Tatumwille in das Gegenteil verkehrt werde. Alle anderen Konstellationen seien mit der Selbstbelastungsfreiheit unvereinbar. An-

² BVerfG HRRS 2011 Nr. 488 Rn. 89.

³ Vgl. BVerfGE 38, 105 (111).

⁴ EGMR, *Eurofinacom vs. France*, Urt. v. 07.09.2004 - 58753/00.

zumerken ist, dass *Tyszkiewicz* dabei eine aufwändige und doch gut nachvollziehbare Analyse der Selbstbelastungsfreiheit in der deutschen Rechtsprechung und der des EGMR durchführt (S. 146 – 188). Wenn der Lockspitzeinsatz der Verfolgung vergangener Taten diene, liege in ihr kein grundsätzlicher Verstoß gegen das faire Verfahren, abhängig von der konkreten Art und Weise der Einwirkung. Auch bestehe kein genereller Verstoß gegen andere Aspekte des Rechtsstaatsprinzips. Es sei aber zu beachten, dass eine Provokation von Taten, die sich gegen Individualrechtsgüter richteten, unverhältnismäßig und nicht zu rechtfertigen sei. (S. 188 – 192)

Der letzte Teil skizziert, wie eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage für den vorgenannten repressiven Lockspitzeinsatz ausgestaltet sein müsste (192 – 209). Die *Verf.* weist bei ihren Überlegungen zur notwendigen Tatverdachtsstufe einen Zukunftsverdacht, wie er vom BGH teilweise als ausreichend erachtet wird, zurück. Sie brandmarkt ihn als „mit dem Tatstrafrecht und einem rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahren nicht vereinbar und folglich nicht als strafprozessuale Eingriffsvoraussetzung normierbar“ (S. 199). Allerdings beschränkt sie sich selbst auf einen einfachen Tatverdacht, weil kein tiefgreifender Eingriff in die Rechte der Zielperson vorliege. Die Zulässigkeit knüpft sie an einen Straftatenkatalog ähnlich des § 110a StPO unter Ausschluss der gegen Individualrechtsgüter gerichteten Delikte und beschränkt auf solche aus dem Bereich der besonders schweren Kriminalität. *Tyszkiewicz* plädiert zudem für eine Subsidiaritätsklausel ähnlich des § 110a Abs. 1 S. 3 StPO und einen Zustimmungsvorbehalt der Staatsanwaltschaft – beides Eingrenzungsversuche, die dem Praktiker als stumpfe Schwerter erscheinen müssen. Nur wenn im Rahmen des Einsatzes auch eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betreten werden soll, sei ihrer Ansicht nach grundsätzlich eine richterliche Anordnung notwendig.

Das Kapitel endet mit einem eigenen Gesetzesvorschlag (S. 209 – 210).

4. Die prozessualen Rechtsfolgen rechtswidriger Tatprovokationen werden im letzten Kapitel untersucht (S. 211 – 232).

Die *Verf.* stellt zunächst die sog. Strafzumessungslösung des BGH dar. *Tyszkiewicz* kommt zu der Einschätzung, dass diese „Verurteilung auf der Grundlage eines illegitimen Verfahrens“ (S. 220) auch völkerrechtswidrig sei. Auch eine etwaige Vollstreckungslösung unterscheide sich davon im Grundsatz nicht, obwohl sie die Vermischung materieller Strafzumessungserwägungen mit Verfahrensverletzungen vermeide. Mit der Rechtsprechung des EGMR plädiert sie für die Annahme von Verwertungsverboten für aus dem rechtswidrigen Einsatz erlangte Erkenntnisse, da dieses völkerrechtskonform wäre. Zudem weist sie zu Recht darauf hin, dass sich der BGH, der dieses ablehnt, von unzulässigen Zweckmäßigkeitserwägungen – nämlich der „Angst vor der Straffreiheit“ des für schuldig erachteten „Täters“ – leiten lässt. Darüber hinaus weist sie darauf hin, dass die Annahme eines Verwertungsverbot bei einem rechtsstaatswidrigen Verfahren die Konsequenz sein muss (S. 215 – 225).

Anschließend wird auf die Problematik der Rechtsfolgen bei dem Lockspitzeinsatz mit dem Ziel der Verfolgung einer bereits begangenen Tat eingegangen. Die *Verf.* stellt dabei letztlich fest, dass die fehlende Ermächtigungsgrundlage zu einem Beweisverwertungsverbot führen müsse. Dieses müsse auch bei einer zu intensiven Einwirkung auf die Zielperson, worin letztlich ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit liege, gelten. Behandelt werden zudem die Fälle der fehlenden Anordnung und des fehlenden Tatverdachts bzw. des fehlenden Verdachts auf eine Katalogtat (S. 225 – 232).

III. *Tyszkiewicz* legt insgesamt eine gut lesbare Dissertation vor, die sämtliche Facetten der Probleme der Tatprovokation darstellt. Erfreulich ist, dass sie klare Worte zur deutschen Rechtspraxis findet, die sich über das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage hinwegsetzt, den Begriff der Tatprovokation ausgesprochen restriktiv auslegt und mit der Strafzumessungslösung ein rechtswidriges Verurteilungsfundament legitimiert. Eine Rechtspraxis, die mit der *Autorin* schlicht völkerrechtswidrig ist. Die von *Tyszkiewicz* formulierte Absage an diese Praxis, wird aktuell durch die Entscheidung des EGMR, *Furcht vs. Germany*, UrT. v. 23.10.2014 - 54648/09 gestützt, die von einem umfassenden Verwertungsverbot ausgeht. Angesichts der Entscheidung des BVerfG vom 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, die das vorgenannte Urteil des EGMR berücksichtigt, ist zur Zeit wohl nicht von einer Kurskorrektur der auszugehen. Das BVerfG setzt sich in seinem Verwerfungsbeschluss mit der entgegenstehenden Rechtsprechung des EGMR dezidiert auseinander, wobei es sogar einen Extremfall der unzulässigen Tatprovokation für gegeben hält. Es nimmt jedoch an, dass der EGMR „einen anderen dogmatischen Ansatz“ verfolge, der „die Frage der Zulässigkeit der Verfahrens-

durchführung an sich und der Beweisverwertung in den Mittelpunkt“ stelle. Eine Verurteilung bleibe aber möglich, wenn eine ausreichende Kompensation erfolge.

Der Praktiker findet in der vorgelegten Arbeit nicht nur eine Fundgrube für die Verteidigung, sie bietet auch einen guten Überblick über die bestehenden Probleme und ihre unterschiedliche Behandlung durch deutsche Gerichte und den EGMR.

Für die Praxis ist die Dissertation zu empfehlen, da die kompakte Zusammenführung der unterschiedlichen Probleme und Positionen ihresgleichen sucht.

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Katrin Gierhake: Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht.

Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention

Duncker & Humblot, Berlin 2013, 495 Seiten, 99,90 €

I. Der Leser des Wij wird sich als erstes fragen, was denn Terrorismusprävention mit dem Wirtschaftsstrafrecht zu tun hat, ob also die vorliegende Rezension in einer dem Wirtschaftsstrafrecht gewidmeten Zeitschrift überhaupt richtig aufgehoben ist. Die Antwort verlangt nach einer Differenzierung: wer in dem besprochenen Buch etwas zu wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbeständen sucht, braucht es gar nicht erst zur Hand zu nehmen. Er wird nicht fündig werden. Wen jedoch beim Blick auf das als modern geltende Strafrecht ein un gutes Gefühl beschleicht und wer wissen möchte, ob er damit alleine steht und ob es für seine Zweifel Gründe, vielleicht sogar Rechtsgründe gibt, der wird, soweit er nur etwas phantasiebegabt ist, bei der Lektüre reich beschenkt werden. Im Kern dreht sich die Untersuchung um das Phänomen *Strafrecht* als solches, um die Frage, was Strafrecht ausmacht, und zwar nicht als Gesamtheit der geltenden Strafnormen. *Gierhake* sucht vielmehr nach den spezifischen Voraussetzungen für ein rechtsstaatlich – freiheitliches Strafrecht. Das erfordert zwangsläufig auch die Abgrenzung zu anderen Rechtsbereichen, insbesondere zum Recht der Ordnungswidrigkeiten und zum Polizeirecht (im weiteren Sinne), welche kein mit dem Strafrecht übereinstimmender, also einheitlicher Begriff des Unrechts verbindet (zutr. S. 201). Die tiefeschürfenden und grundlegenden, sehr verständlich geschriebenen und mit zahlreichen Zusammenfassungen äußerst leserfreundlich präsentierten Darlegungen bieten reichhaltige und überzeugende Argumente, die sich auch gegen übertriebene und damit im Ergebnis kontraproduktive Vorstellungen von der Legitimität und Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsstrafrechts ins Felde führen lassen – wie und an welcher Stelle, das allerdings kann und muß sich der am Wirtschaftsstrafrecht Interessierte selbst überlegen. Diese Aufgabe an solcherart Leser zu delegieren, konnte die Autorin angesichts der Thematik des Werkes beim besten Willen nicht vermeiden.

II. Das 2006 – 2012 verfaßte Buch wurde im Wintersemester 2012/13 als von *Zaczyk* betreute und von *Kindhäuser* zweibegutachtete Habilitationsschrift von der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen. *Katrin Gierhake*, inzwischen selbst Professorin in Regensburg, knüpft dabei an eigene Überlegungen an, die sie in ihrer Dissertation (Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, Berlin 2005) zur Strafe als freiheitliches Rechtsinstitut präsentiert hat. Man wird ihr sicher nicht zu nahe treten, bezeichnet man sie als Neo-Kantianerin.

Ihre Habilitation gliedert sich in 6 Teile: Teil 1 (S. 19 – 45): Einführung: Zur Notwendigkeit einer grundlegenden rechtlichen Verhältnisbestimmung von Freiheit, Sicherheit und Strafe; Teil 2 (S. 48 – 151): Rechts- und staatsphilosophische Grundlegung zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im Rechtsstaat; Teil 3 (S. 152 – 179): Grundzüge der Diskussion um die Freiheits- und Sicherheitsgewährleistung im modernen Verfassungsstaat; Teil 4 (S. 180 – 300): Erscheinungsformen des Sicherheitsgedankens im gegenwärtigen (materiellen) Strafrecht und die damit einhergehenden Legitimationsprobleme – dargestellt am Beispiel der Terrorismusstraftatbestände; Teil 5 (S. 301 – 448): Legitime Ausgestaltung moderner Sicherheitsgesetzgebung im Bereich der Terrorismus- und Kriminalitätsprävention: Lösungsansät-

ze, Kritik und eigene Kriterien; Zusammenführender Teil 6 (S. 449 – 459): Sicherheitsgesetzgebung nach einem freiheitlichen Rechtsverständnis.

III. Die Erwägungen *Gierhakes* beginnen im 1. Teil mit der Festlegung auf einen integralen Rechtsbegriff von Freiheit und Sicherheit als zwei sich ergänzende und aufeinander verweisende Komponenten (S. 29). In der Betrachtung der Rechtsentwicklung der letzten Jahre (S. 30 ff.) erkennt die Autorin eine Tendenz weg vom klassisch – liberalen Tat- hin zum Präventionsstrafrecht. Sie zitiert dazu den früheren Düsseldorfer Polizeipräsidenten *Lisken*, der bereits 1994 von der damit verbundenen *Auflösung des Strafrechts* gesprochen habe (S. 30). Sie warnt voller Lebenslust und Energie vor Entgrenzung und Erstarrung nicht nur als Tod der Freiheit, sondern auch als Tod der Lust an der Unvernunft! Sie wird es zu Recht als Auszeichnung betrachten, sich mit solchen, in deren Augen: Horrorvorstellungen gegenüber jedem Bürokraten disqualifiziert zu haben (und wird vielleicht selbst die Ordnung in Person sein – jedenfalls zeigt sie sich in ihren Ausführungen als streng diszipliniert!). Die wahren Horrorvisionen auf die Spitze getriebener Präventionsvorstellungen wurzeln indes in den Möglichkeiten moderner Technik: Sind bildgebende Hirnscanner dereinst soweit, daß sie die bevorstehende Realisierung von Gefahren erkennen können, so lassen sich solche Gedanken von der Gehirnpolizei in Echtzeit unterbrechen, bevor es zur Tat kommt. Offen ist allerdings, ob sich dann jeder mangels Möglichkeit der Realisierung einer Gefährdung frei bewegen kann (als von *Pawlik* angestrebtes Ideal auf S. 43 f. dargestellt) oder ob das Strafrecht 16.0 (oder so ähnlich) gar keine Tat mehr benötigt, sondern schon den Gedanken pönalisiert (davor graute es VRBGH *Fischer* im September 2014 auf einer Tagung des Zentrums für Interdisziplinäre Sozialforschung <ZIS>, Bielefeld). *Gierhake* hält jedenfalls fest an der Trennung zwischen Prävention, die dem Polizeirecht zuzuordnen sei, und dem repressiven Strafrecht, welches sich allein aufgrund der Sicherung der Grundlagen der Freiheit legitimieren lasse (S. 37).

Der geistesgeschichtlich und rechtsphilosophisch auch für Nicht-Juristen hochinteressante Teil 2 gibt einen Überblick über die Grundlagen, die für das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit maßgeblich sind. In ihm skizziert *Gierhake* die wesentliche Entwicklung von *Hobbes* bis *Carl Schmitt*. Erfreulicherweise begnügt sie sich dabei nicht mit einer schlichten Dokumentation, sondern präsentiert sowohl die wesentlichen Gedankengänge als auch deren Entwicklung, wobei sie Unterschiede und Gemeinsamkeiten der maßgeblichen Denker ihrer Zeit in leicht verständlicher Form herausarbeitet. *Hobbes* (S. 56 – 72) legitimierte den Staat nicht nur schlicht aufgrund der Gewährung von Sicherheit, sondern verlangte auch unbedingte Unterordnung jedes Einzelnen. Den darin liegenden Widerspruch, Freiheitssicherung durch Unterwerfung der eigenen Freiheit unter die staatliche Macht, hob erst *Kant* (S. 76 – 113) nach Vorarbeiten von *Humboldts* (S. 72 – 76) auf, indem er den Staat auf die Sicherung der Freiheit der Individuen und damit auf Bewahrung vor Eingriffen Dritter in anerkannte und deswegen zu schützende Rechte verpflichtete. Bemerkenswerterweise hob bereits *Kant* hervor, was den heutigen Gesetzgebern nur immer wieder ins Bewußtsein gerufen werden kann, nämlich daß die Praktikabilität untrennbarer Teil des Rechts selbst ist (S. 79). Die Verfasserin stellt anschließend zwar verschiedene Abweichungen *Hegels* (S. 114 – 135) vom kantischen Denken fest und dar, hebt aber vor allem die im Kern gleiche, der Wahrung der Freiheit verpflichtete Staatsidee beider hervor (S. 135). *Hegels* Vorwurf gegenüber *Kant*, nur eine formelle Ordnung ohne materielle Kriterien entwickelt zu haben, weist *Gierhake* als Unterschätzung *Kants* seitens *Hegels* energisch zurück (S. 135) und bestätigt ihren Standpunkt auch soweit *Kants* Betonung der Funktion des Staates als Koordinator der Freiheit (S. 93) an den vor etwa 40 Jahren aus den USA transferierten Rechtsgedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren erinnert. *Gierhake* läßt insoweit keinerlei Zweifel an der Notwendigkeit zusätzlicher Anbindung an materielle (Rechts-)Kriterien (z.B. S. 204 f. und 207). Nach der Entwicklung der Grundlagen des liberalen Staates seitens *Kants* und *Hegels* verzeichnet *Gierhake* einen Bruch: der Positivismus *Kelsens* (S. 135 – 140) „reingete“ den Rechtsbegriff von allen Sollensanforderungen und *Carl Schmitt* (S. 140 – 148) ging noch einen Schritt weiter und fiel damit hinter *Hobbes* zurück, weil er keinerlei materielle Voraussetzungen für die Ausrufung des Ausnahmezustands und die damit verbundene Suspendierung der Herrschaft des Rechts entwickelte und einzuhalten verlangte.

Die im 3. Teil rezipierte derzeitige Staatsrechtslehre teilt *Gierhake* in zwei Gruppen auf, einerseits die Befürworter der Abwägung, *Isensee*, *Brugger*, *Hillgruber*, *di Fabio* (S. 152 – 168), andererseits diejenigen, die Freiheitseinbußen als Preis der Sicherheit rechtfertigten, insbesondere *Deppenheuer* (S. 168 – 177). Sie alle definieren die Freiheit vom Staat aus betrachtet und nicht als diesem vorgegeben und ernten daher sämtlich *Gierhakes* Widerspruch. Teil 4

ist der Anwendung der von ihr befürworteten Essentialia auf die §§ 129 ff., 89a, 89b und 91 StGB gewidmet, welche sie in ihrer geltenden Fassung nicht nur sämtlich als nicht legitimiert, sondern mit Ausnahme der Pönalisierung der Organisatoren angemessener und mit terroristischen Mitteln den Staat bedrohender Gruppen zudem als nicht legitimierbar ansieht. Die Verwerfung des Strafrechts als taugliches Mittel der Vorsorge gegen terroristische Bedrohungen führt automatisch zur Suche nach Alternativen. Ihre Position entwirft *Gierhake* nach Ablehnung der Konzeption *Jakobs'* vom Feindstrafrecht als die Personalität der Täter verleugnend (S. 302 – 310, zuvor bereits S. 243 – 247) in ausführlicher Auseinandersetzung mit den Gedanken *Pawliks* vom *kriegsrechtlich orientierten Präventionsrecht* (S. 310 – 446). In bewundernswerter Tiefe und Knappheit beleuchtet sie dabei unter Verweis auf eine Fülle von Quellen sowohl die Grundlagen des Kriegsvölkerrechts (S. 314 – 338) als auch die prägenden Parameter des Polizeirechts seit dem 19. Jahrhundert (S. 338 – 447). Sie teilt den Ansatz *Pawliks* und befürwortet die Entwicklung eines neuen Rechtsgebiets, angesiedelt zwischen Polizei- und Strafrecht, verwirft aber vehement sämtliche Mittel, die *Pawlik* aufgrund seiner Anleihen beim Kriegsrecht bejaht. Der kurze Teil 6 dient dann nur noch der knappen Skizzierung ihrer eigenen Position nebst philosophischer Grundlagen. Die Arbeit mündet in einen einzigen Absatz, in welchem *Gierhake* stichwortartig die von ihr in einem neuen Präventionsrecht für zulässig erachteten Maßnahmen zusammenfaßt (Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit, Betretungsverbote, Beschlagnahme potentieller Tatmittel, Ausweisung und Präventivhaft, S. 458, bis zu 2 Jahren, S. 447), allesamt Maßnahmen, die bereits Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelt wurden, und einen Ausblick auf die Schritte, die sie als zum Aufbau des neuen Rechtsgebiets für erforderlich erachtet, nämlich (1) Verabschiedung eines Präventionsgesetzes (nach Klärung der Gesetzgebungskompetenz) und (2) Aufbau einer Präventivjustiz (3) auf der Basis einer Verfahrensordnung (S. 458 f.). Die Arbeit *Gierhakes* läßt sich somit als eine durch eine 3. Säule modifizierte Bestätigung (S. 452 – 456) ihrer Ausgangsthese von der strikten Trennung des Polizei- vom Strafrecht betrachten, die es vermeidet, die Aussage einschränken zu müssen, Prävention könne niemals Strafgrund sein.

IV. *Gierhake* macht an vielen Stellen deutlich, welcher Auffassung sie zu dem jeweils gerade behandelten Thema zuneigt. Auf eine kompakte Darstellung i.S. der Entwicklung einer eigenen Lehre verzichtet sie hingegen. Diese Beschränkung ist deshalb durchaus schlüssig, weil sie sie überzeugende Gedankengebäude in der freiheitlichen Auffassung vom Strafrecht findet, z.B. bei *von Bernstorff* (S. 163), *E.A. Wolff*, (S. 247 – 250 und 281 – 284), auch in Parallele zu ihrem akademischen Lehrer *Zaczyk* (S. 250 – 252) und bei *Köhler* (S. 253 – 255). Dabei bleibt sie jedoch nicht stehen, sondern versetzt ihre Auseinandersetzung mit den Ansichten Dritter immer wieder portionsweise mit eigenen weiterführenden Überlegungen. Ihre Position wird gleichwohl deutlich: Für *Gierhake* ist Sicherheit nur als Sicherung der gesetzmäßigen Freiheit richtig bestimmt (S. 154 und 178), während isolierter Prävention die Gefahr der Aushöhlung von Freiheit innewohnt (S. 163). Danach kann dem Staat niemals die Befugnis zuerkannt werden, ein Subjekt völlig zu entrechteten (S. 167 f.), ja er darf zudem auch niemanden einfach nur instrumentalisieren (S. 178). Hier setzt sie in problematischer Weise Maßnahmen zugunsten des Staates selbst und Eingriffe zugunsten bedrohter Subjekte gleich. Dabei verkennt sie für Letztere die Bedeutung der Nothilfekomponente und die Pflicht zu effektivem Schutz, die dem Staat aus dem Verbot der Selbsthilfe erwächst. Die Schutzfunktion der Grundrechte anerkennt sie zwar, aber nur im Nachrang zur Abwehrkomponente, die keine Eingriffe in den Kern der Grundrechte Dritter zu rechtfertigen vermag. Wie problematisch das von ihr befürwortete Instrumentalisierungsverbot ist, erkennt *Gierhake* allerdings selbst. Aus ihrer Sicht relativiert sie es allerdings nicht, indem sie anerkennt, daß der Staat einzugreifen befugt ist, wenn ein Subjekt die Freiheit eines anderen Subjekts konkret bedroht. Diffuse Sicherheits- oder sonstige Allgemeininteressen genügen ihr hingegen nicht (S. 178). Trotz des überzeugenden Ansatzes bei der Menschenwürde und dem Wesenskern der Grundrechte (S. 165 f.) ist das – mit Verlaub: auch insoweit hätte *Gierhake Kant* und dessen Anforderung an die Praktikabilität als Teil des Rechts (S. 79) beim Wort nehmen sollen – unrealistisch: Kein Terrorist wird im minimalen Zeitraum zwischen dem Beginn konkreter Bedrohung und Vollendung auf seine Verhaftung warten. Täte er es jedoch, so müßte zumeist die Konkretheit der Bedrohung verneint werden. Und was soll geschehen, wenn der Gefährder nach 2 Jahren Sicherungshaft immer noch ein solcher ist?

Das Verdienst *Gierhakes* liegt darin, die Grundlagen rechtstaatlich freiheitlichen Strafrechts überzeugend verdeutlicht zu haben (rechtsphilosophisch im 2. Teil, dialogisch im 3. – 5. Teil). Die Lektüre kann daher jedem (Bundestags-)Abgeordneten nur nachdrücklich anempfohlen werden. Insbesondere im Bereich des Wirtschaftsrechts werden sich schnell Bestim-

mungen finden, die sich nach den Maßstäben des klassisch-liberalen Strafrechts nicht rechtfertigen lassen. Auch die noch viel zahlreicheren Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts stehen angesichts des Aufwands zur Einhaltung der Grundnormen, Überwachung und Ahndung ihrer Verletzung ebenfalls nicht ohne weiteres als durchweg überzeugende, akzeptable und praktikable Alternative zur Verfügung (von *Gierhake* im Anschluß an *Kindhäuser* nicht problematisiert S. 278). Während zur Vorsorge gegen Terrorismus sicherlich deutlich mehr (nicht notwendig auf dem Gebiet des Strafrechts) getan werden muß als *Gierhake* (S. 458) befürwortet, schreit das überregulierte Wirtschaftsrecht einerseits (trotz der Ursachen der Banken- und Finanzkrise seit 2008) nach mehr Vertrauen, andererseits aber auch nach einer Steigerung der Effizienz der Verantwortungsstrukturen. Es wird die Aufgabe der Zukunft sein, die Bürokratisierung abzubauen, ohne damit (wiederum) den Skrupellosen freie Bahn zu verschaffen. Die Grundlagen für sachgerechte Strafnormen zur Ahndung wirtschaftskriminellen Handelns finden sich in erheblichem Maße auch in der Arbeit *Gierhakes*.