

Leseprobe zu



Müller-Gugenberger (Hrsg.)
Wirtschaftsstrafrecht

Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts

6. neu bearbeitete Auflage, 2015, 3472 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-40042-2

189,00 €

1. Teil

Einführung

1. Kapitel

Entwicklung und Bereich des Wirtschaftsstrafrechts

§ 1

Einführender Überblick

Bearbeiter: Christian Müller-Gugenberger

	Rz.		Rz.
A. Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe		C. Zu den Grundbegriffen	
I. Phänomen Wirtschaftskriminalität	1	I. Wirtschaftsrecht und Strafrecht	81
II. Vielfalt der Normen	10	II. Umschreibungen von Wirtschaftsstrafrecht	85
III. Konzeption der Darstellung		1. Gesetzliche Definitionsversuche	86
1. Zur Gliederung	18	2. Wirtschaftsstrafrecht als Zuständigkeitsregelung	90
2. Zur Stoffbegrenzung	24	3. Dogmatische Ansätze	97
B. Zur geschichtlichen Entwicklung	30	III. Strafen und andere Sanktionen .	101
I. Ältere Epochen		1. Übersicht über die Sanktionsmöglichkeiten	102
1. Frühe Erscheinungsformen	31	2. Kriminalstrafen und Bußgelder .	110
2. Industrialisierung	38	3. Ordnungs- und Zwangsmittel ..	124
3. Kriegs- und Verwaltungswirtschaft	43	4. Schadensersatz	131
II. Zeitraum seit 1949		D. Rechtsquellen und Schrifttum	
1. Erste Reformen	52	I. Bundesrecht	140
2. Neuausrichtung nach 1965	58	1. Materielles Strafrecht	143
a) Steuerstrafrecht	61	2. Verfahrensrecht	146
b) Gesetze zur „Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“	63	II. Landesrecht	149
c) Weitere Einzelgesetze	66	III. Übernationales Recht	154
3. Zwischenbilanz	76	IV. Zum Schrifttum	164

A. Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe

Schrifttum: *Achenbach*, Ordnungsfaktor Wirtschaftsstrafrecht, StV 2008, 324; *Achenbach*, Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung, ZStW 119 (2007), 789; *Dannecker/Bülte* in W/J, Kap. 1; *Dessecker* in Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 1 A; *Eidam*, Unternehmen und Strafe, Kap. 1; *Grunst/Volk* in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 1 Rz. 1 ff.; *Hefendehl*, Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 119

(2007), 816; *Schneider/John*, Das Unternehmen als Opfer von Wirtschaftskriminalität, 2013; *Schünemann*, Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit, GA 2013, 193; *Tiedemann*, WiStrafR AT, Einführung; *Wittig*, WiStrafR, § 1 Rz. 1 ff.; *Wittig* in G/J/W, Einführung.

I. Phänomen Wirtschaftskriminalität

- 1 Fast täglich kann man in den Wirtschaftsteilen der Tages- und Wochenzeitungen von **kriminellen Vorgängen „in der Wirtschaft“** lesen, von Straftaten in, durch oder gegen Wirtschaftsunternehmen, von Korruption und Bankrottdelikten, von Gründungsschwindel und Insolvenzverschleppung, von Börsenmanipulation und Subventionerschleichung, von Produktpiraterie, Geldwäsche und Internet-Kriminalität, von Schwarzen Kassen und Preisabsprachen, von Ausbeutung der Arbeitskraft und Hinterziehung von Steuern und immer wieder von zahllosen Varianten des Betrugs und der Untreue. Und selbst führende deutsche – und ebenso ausländische – Unternehmen, etwa Siemens und Volkswagen, Porsche und Daimler-Benz, Lufthansa und Thyssen-Krupp, Deutsche Bahn und Deutsche Bank, Landesbanken und genossenschaftliche Institute, UBS und Société Générale, Pamalat und Lehman Brothers – die Reihe ließe sich lange fortsetzen – sind an solchen Vorgängen beteiligt oder von ihnen betroffen. Weltumspannende Netze wirtschaftskrimineller Akteure bewirken durch die Manipulation etwa von Rohstoffpreisen, Wechselkursen, Referenzzinssätzen (z.B. LIBOR) die Schädigung von Millionen Betroffener.
- 2 Schon seit Langem ist dieses tatsächliche Phänomen als „**Wirtschaftskriminalität**“ bezeichnet worden (dazu unten § 2) und später hat sich für die Gesamtheit der strafrechtlichen Normen, die der Ahndung dieser spezifischen Kriminalität dienen, der Ausdruck „**Wirtschaftsstrafrecht**“ herausgebildet. Allerdings ist dieser Begriff weder gesetzlich noch wissenschaftlich eindeutig definiert; dies gilt nicht nur für Deutschland (dazu Rz. 81 ff.), sondern wohl weltweit (vgl. § 7). Die technische Entwicklung ermöglicht Vorgehensweisen, die früher undenkbar waren, und die zunehmende Komplexität der Verhältnisse erfordert rechtliche Reaktionen, damit das System „Wirtschaft“ in einem rechtsstaatlichen Rahmen funktionsfähig bleibt. Es ist absehbar, dass diese Entwicklung (vgl. Rz. 52 ff.) sich mit der ihr eigenen Dynamik fortsetzt. Zu Recht ist deshalb das Wirtschaftsstrafrecht als „*die Wachstumsbranche des Strafrechts*“ bezeichnet worden¹.
- 3 Zu diesem Wachstum auf einzelstaatlicher Ebene – sowohl in Deutschland als auch in den anderen Industriestaaten – kommt eine immer stärkere **Internationalisierung**. Nachdem sich die Wirtschaftskriminalität noch nie von Landesgrenzen hat aufhalten lassen und nun mit der Entwicklung der modernen Wirtschaft und des Welthandels („Globalisierung“) erheblich zugenommen hat, ist – mit der unvermeidlichen Verzögerung – auch die Menge der einschlägigen Normen als Reaktion der nationalen und übernationalen Ordnungsmächte

¹ So das Zitat bei *Kudlich/Oglakcioglu*, WiStrafR, 1. Aufl. 2011, § 1 vor Rz. 1; ähnlich z.B. *Momsen/Grützner*, WiStrafR, Vorwort: „WirtschaftsstrafR hat Konjunktur“; *Kasiske*, StrafR II: WiStrafR, Vorwort: „Das WirtschaftsstrafR ist auf dem Vormarsch“.

ständig angestiegen. Zwischenstaatliche Abkommen und multinationale Übereinkommen im Rahmen der Vereinten Nationen (UNO), der WTO, der OECD oder des Europarats haben inzwischen die Grundlagen für eine Vielzahl neuer wirtschaftsrechtlicher Strafnormen geschaffen (Rz. 154 ff.; § 5). Die eigenständige Rechtsetzungsbefugnis der EU hat zunehmend auch den Bereich des Strafrechts – und damit primär des Wirtschaftsstrafrechts – erfasst (Rz. 157 f. und § 6).

Diese „**Internationalisierung**“ der **Strafnormen** trägt maßgeblich dazu bei, dass sich die wirtschaftlichen Verhaltensweisen zunehmend angleichen und einheitliche Standards entstehen. Zu deren Durchsetzung ist allerdings auch eine intensive *verfahrensrechtliche Zusammenarbeit über die Grenzen hinweg* erforderlich (näher § 8). Hat diese Entwicklung auch noch einen langen Weg vor sich, so sind doch andererseits schon ermutigende Fortschritte erzielt worden. Besonders augenfällig ist dies bei der Bekämpfung der Krebsübel der Weltwirtschaft, der Korruption (dazu näher § 53), der Geldwäsche (§ 51) und der grenzüberschreitenden Abgabenhinterziehung (§§ 28, 44, 45); aber auch Internet-Kriminalität (§ 42), Menschen- und Waffenhandel (§§ 37, 62, 73) sind zu nennen.

Durch die weltweite Wirtschaftskriminalität werden alljährlich *enorme wirtschaftliche Schäden* hervorgerufen. Die **hohe Sozialschädlichkeit** der Wirtschaftsdelinquenz (vgl. § 2 Rz. 24 ff.) ist unbestritten, auch wenn deren Bezifferung nicht gesichert ist. Besonders die rechtstreuen Unternehmen haben unter der Wettbewerbsverzerrung zu leiden, die durch das wirtschaftskriminelle Verhalten einzelner Akteure hervorgerufen wird. Darüber hinaus ist eine unzureichende Durchsetzung wirtschaftsstrafrechtlicher Normen geeignet, das Vertrauen der Bürger in die Leistungsfähigkeit der rechtsstaatlichen Gesellschaftsordnung infrage zu stellen. Die steigende Komplexität der zunehmend grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit führt indes zu erheblichen Problemen bei der Strafverfolgung. Neben oft schwer zu überwindenden Beweisproblemen bewirkt die Verschiedenheit der Rechtsordnungen und insbesondere der Zuständigkeiten, dass die Bekämpfung der internationalen Wirtschaftskriminalität zu den *großen Herausforderungen* unserer Zeit zu rechnen ist.

Eine Erkenntnis aus der letzten, keineswegs voll ausgestandenen weltweiten *Finanzkrise*¹ geht dahin, dass gerade in der globalisierten Welt ein schlanker Staat dennoch ein starker Staat sein muss, der in der Lage ist, die wirtschaftsrechtliche Ordnung auch mithilfe des Strafrechts konsequent durchzusetzen. Dass wirtschaftskriminelles Verhalten, wenn es z.B. im Rahmen von „systemrelevanten“ Unternehmensträgern begangen wird, einen demokratischen

1 Vgl. dazu z.B. Jahn, Die strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzmarktkrise, wistra 2013, 41; Schünemann/Schröder, Chr./Wohlers/Fischer, T., Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Untreue, ZStW 123 (2011), 767 (771, 791, 816); Strate, Strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzkrise, HHRS 2012, 416; Lüderssen/Kempff/Volk (Hrsg.), Die Finanzkrise, das WirtschaftsstrafR und die Moral, 2010; Schünemann (Hrsg.), Die sog. Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010; aus zivilrechtlicher Sicht z.B. Blaurock, JZ 2012, 226.

Rechtsstaat sogar stärker gefährden kann als etwa die durch §§ 84 ff. StGB kriminalisierten Verhaltensweisen, signalisiert das Schlagwort von der „politischen Wirtschaftsstraftat“¹. Eine auf **freier und zugleich sozialer Marktwirtschaft** beruhende Gesellschaft ist nicht nur auf eine funktionierende Aufsicht über risikoreiche Wirtschaftstätigkeit angewiesen, sondern auch auf ein *funktionierendes Sanktionssystem*, mit dessen Hilfe die Missachtung der Grenzen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit in einem rechtsstaatlichen Verfahren angemessen geahndet werden kann. Das Wirtschaftsstrafrecht richtet sich *nicht gegen* die Wirtschaft, sondern dient vielmehr ihrem *Schutz*. Wird nicht gegen „schwarze Schafe“, die sich auf kriminelle Weise Vorteile verschaffen, wirkungsvoll vorgegangen, verliert die große Mehrheit der ordnungsgemäß wirtschaftenden Unternehmen das Vertrauen in die Rechtsordnung – bis schließlich rechtswidriges Verhalten zur allgemeinen Handlungsform wird und die soziale Wirklichkeit von Verbrechersyndikaten dominiert wird. Eine funktionierende unabhängige (rechtsstaatliche) Justiz, unterstützt von ausreichend qualifizierten Behörden, könnte dagegen mit der Durchsetzung von „Wirtschaftsstrafrecht“ der Unterfinanzierung öffentlicher Haushalte spürbar entgegenwirken, ja sogar manche drohende „Staatspleite“ vermeiden helfen.

- 7 Der **konsequente Kampf gegen** alle – alten und immer wieder neuen – Formen der **Wirtschaftskriminalität** gehört zu den ständigen Aufgaben einer verantwortungsvollen Politik – ebenso wie die (gleichfalls schwierige) Bekämpfung der (in ihren Erscheinungsformen viel leichter fassbaren) Gewaltkriminalität. Diese Bekämpfung stellt hohe Anforderungen an Sachkunde und Durchhaltungsvermögen der Ermittlungsbehörden und Gerichte. Diese müssen ständig – und leider vielfach vergeblich – gegen die *unzureichende personelle und sachliche Ausstattung* ankämpfen und sind deshalb oft geradezu gezwungen, sich auf einen „deal“ einzulassen, der sowohl grundsätzlich als auch oft im Einzelfall problematisch ist (näher § 12 Rz. 39a). An sich berechnete Forderungen nach einem „schlanken Staat“ werden sich als kontraproduktiv erweisen, wenn in diesem sensiblen Bereich an der falschen Stelle gespart wird. Eine ausreichende Zahl qualifizierter Betriebsprüfer und Steuerfahnder etwa „rechnet sich“ nicht nur in der Summe der Einzelfälle, sondern noch mehr im gesamten „System“ – wie die Schwarzgelder in der Schweiz und deren Aufdeckung (im Zusammenhang mit der Selbstanzeige) anschaulich belegt haben.
- 8 Insbesondere der **Staatsanwaltschaft** ist in unserer Rechtsordnung die **Aufgabe** übertragen, bei konkretem Verdacht von Gesetzes wegen ihre (meist aufwendigen) Ermittlungen aufzunehmen – in Kenntnis der Möglichkeit, dass sich der Verdacht in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht erhärten lässt. Diese Pflicht ist Teil unseres rechtsstaatlichen Systems. Weder die herausgehobene Stellung des/der Verdächtigen noch die raffinierte Verdeckung der Spuren, etwa durch verschachtelte „Firmenimperien“ oder neue „Bilanzkonstruktionen“ (etwa Ausgliederung von Risiken in sog. Zweckgesellschaften) darf es rechtfertigen, einen Verdacht strafbaren Verhaltens achselzuckend hinzunehmen. Er-

1 Grundlegend Naucke, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Versuch einer Annäherung, 2012; Kubiciel, Die Finanzmarktkrise zwischen WirtschaftsstrafR und politischem StrafR, ZIS 2013, 53.

gibt sich am Ende des Ermittlungsverfahrens oder des Gerichtsverfahrens eine Einstellung (näher § 11 Rz. 129 ff.) oder ein Freispruch (§ 12 Rz. 47, 49), so ist das für die Anklagebehörde keine „Schlappe“ – wie dann so oft in der Presse zu lesen ist, obwohl sie zuvor lautstark nach dem Staatsanwalt gerufen hat – sondern das Ergebnis eines notwendigen Klärungsprozesses. Zu den *Pflichtaufgaben einer rechtsstaatlichen Justiz* gehört es, in immer wieder neuen Sachverhaltskonstellationen die Grenze zwischen noch erlaubtem und schon verbotenen Verhalten auf der Grundlage des abstrakten Strafgesetzes im Einzelfall herauszuarbeiten. Auch in der Wirtschaft darf es keine Freiräume geben, die es ermöglichen, andere sanktionslos zu schädigen. Ohne engagierte Staatsanwälte unterbleibt diese gebotene (und arbeitsintensive) Klärung. Stattdessen ziehen dann – oft unwiderlegbare – Gerüchte von unerlaubter Einflussnahme, Mausehelei und Korruption immer größere Kreise und untergraben das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung.

Die nachstehend (Rz. 10) umrissene Normenvielfalt ist nicht der einzige Grund dafür, dass bei uns die Verfolgung wirtschaftskriminellen Verhaltens insgesamt nicht mit der an sich gebotenen Effektivität und Konsequenz erfolgt¹, obwohl dies eine **staatliche Aufgabe mit Verfassungsrang** ist². Falsche Sparsamkeit und falsch verstandene Liberalität, die letztlich der gesamten Wirtschaft schaden, sind geeignet, das Vertrauen in die freiheitliche Wirtschaftsordnung ebenso zu beeinträchtigen wie eine bürokratische Überregulierung. Es bleibt als Aufgabe, das politische und gesellschaftliche Bewusstsein auf allen Ebenen dafür zu schärfen, dass einerseits der wirtschaftliche Handlungsrahmen weit sein muss, andererseits die Überschreitung seiner Grenzen wirksame Sanktionen nach sich ziehen muss – und zwar nicht nur im Inland, sondern weltweit. *Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft* sind gehalten, in gemeinsamer Anstrengung die reichlich vorhandenen „Grauzonen“ zu reduzieren und hinderliche geografische Grenzen zu überwinden.

II. Vielfalt der Normen

Das aktuelle Wirtschaftsstrafrecht in Deutschland ist zwar das Ergebnis einer historischen Entwicklung (Rz. 30 ff.). Es handelt sich jedoch nicht um ein „ausgewachsenes“ Rechtsgebiet, das durch ein zentrales Gesetz oder gar eine Kodifikation geprägt ist. Das sog. *Wirtschaftsstrafgesetz* enthält – entgegen seinem irreführenden Kurztitel – nur noch einen minimalen Restbestand an wirtschaftsstrafrechtlichen Bestimmungen (Rz. 54). Vielmehr finden sich die einschlägigen Rechtsnormen **zerstreut in zahlreichen Gesetzen und ergänzenden Verordnungen**, die darüber hinaus von *unterschiedlichen Normsetzern* (Rz. 140 ff.) herrühren. Dass sowohl der Begriff des *Wirtschaftsrechts* als auch

1 Deutlich BGH v. 2.12.2005 – 5 StR 119/05 – Kölner Müllskandal I, BGHSt 50, 299, 308 = NJW 2006, 925 (929) = wistra 2006, 96.

2 BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 u.a. – Rz. 56 f., 62, BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 zum Verständigungsgesetz; die naheliegende Frage nach den Ressourcen der Strafjustiz wurde nicht vertieft; dazu krit. Trück, ZWH 2013, 169 (175 ff.); vgl. auch Knauer, NStZ 2013, 433; Landau, NStZ 2014, 425.

der des Wirtschaftsstrafrechts nicht klar abgegrenzt ist (Rz. 81 ff.), macht die Rechtslage zusätzlich schwer überschaubar. Bedingt durch den fortgesetzten raschen wirtschaftlichen, technischen und politischen Wandel ist dieser Rechtsbereich *ständigen Veränderungen* unterworfen. Nahezu jeder wirtschaftliche Skandal löst den Ruf nach härteren strafrechtlichen Sanktionen aus und mancher darauf beruhende gesetzgeberische Akt lässt dann Qualität und Eindeutigkeit vermissen; häufige Änderungen – und die damit verknüpften Übergangsprobleme (vgl. auch unten § 3) – sind die Folge.

- 11 Dabei werden einerseits immer wieder Bestrebungen wirksam, diese Zersplitterung der Rechtsnormen wenigstens teilweise durch *Eingliederung in das Strafgesetzbuch* (StGB) abzubauen, wie etwa das 1. und 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. bzw. 2. WiKG), die Gesetze zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (UKG) oder das Korruptionsbekämpfungsgesetz belegen (Nw.: Rz. 63 f., 70, 72). Andererseits gibt es auch immer wieder Bemühungen zur „*Entkriminalisierung*“ mit der Folge, dass anstelle von kriminalstrafrechtlichen Sanktionen solche in Gestalt von Ordnungswidrigkeiten außerhalb des StGB (Rz. 113 ff.) oder gar Sanktionen außerhalb des Strafrechts im weiteren Sinne (Rz. 12 f.) treten (Rz. 101 ff.). Nach wie vor enthält eine Vielzahl von dem Wirtschaftsrecht zuzuordnenden Gesetzen – i.d.R. am Schluss – spezielle Straf- und/oder Bußgeldbestimmungen, die als sog. **Nebenstrafrecht** oft wenig bekannt sind und in ihrer praktischen Bedeutung vielfach unterschätzt werden; darüber hinaus gibt es für einzelne Rechtsbereiche sogar spezielle „Nebenstrafgesetze“¹. Die Neigung des Gesetzgebers zu weitreichenden Sanktionsandrohungen insbesondere durch ausufernde, katalogartige Bußgeld-Tatbestände ist ungebrochen².
- 12 Schon in diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass „Wirtschaftsstrafrecht“ **Strafrecht im weiteren Sinne** bedeutet. Es umfasst zum einen *Straftaten im engen Sinne*, also die mit Kriminalstrafe (Freiheitsstrafe oder Geldstrafe; § 12 StGB) bedrohten Handlungen, zum anderen *auch die Ordnungswidrigkeiten*³, die als „nicht kriminelle Handlungen“ nur mit Geldbuße geahndet werden (§ 1 OWiG). Der Gegensatz zwischen krimineller Straftat und Ordnungswidrigkeit (näher Rz. 110 ff.) – der etwa auch im Verkehrsstrafrecht erhebliche Bedeutung hat – ist nicht so stark, als dass es sinnvoll wäre, die Behandlung von „Wirtschafts-Kriminalstraf-Recht“ und „Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten-Recht“ zu trennen. Deshalb ist es wohl einhellige Meinung, dass eine Darstellung des Wirtschaftsstrafrechts die Ordnungswidrigkeiten notwendiger-

1 Z.B. die „Lebensmittelrechtliche Straf- und Bußgeldverordnung“ i.d.F. der Bek. v. 7.2.2012, BGBl. I 190 mit ÄnderungsVO v. 4.4.2013, BGBl. I 757 (vgl. § 72 Rz. 53) oder die „Weinrechtliche Straf- und Bußgeldverordnung (WeinSBV)“ v. 20.2.2014, BGBl. I 143 (vgl. § 72 Rz. 90).

2 Anschaulich der fortgesetzt erweiterte § 56 KWG (vgl. auch unten Rz. 121, 121b).

3 Vgl. z.B. Förster in Rebmann/Roth/Herrmann, vor § 1 OWiG Rz. 1; Bohnert in KK-OWiG, Einl. Rz. 2 f.; Gürtler/Seitz in Göhler, OWiG, Einl. Rz. 2, 14; Kleszczewski, OWiR, § 1 Rz. 1; Weigend in LK, Einl. Rz. 19 f.

weise einbeziehen muss¹. Dies gilt auch, soweit es sich um europäisches Recht – genauer: um EG-Recht bzw. EU-Recht – handelt (Rz. 158; § 6).

Diese **Zusammenfassung aller Zuwiderhandlungen** – Straftaten und Ordnungswidrigkeiten² – im Bereich der Wirtschaft zum „Wirtschaftsstrafrecht“ ist zum einen das Ergebnis einer historischen Entwicklung (Rz. 38 ff.). Sie rechtfertigt sich aber zum anderen auch daraus, dass zahlreiche Ordnungswidrigkeiten *in Straftaten* „umschlagen“, wenn bestimmte Folgen ein- oder einzelne Umstände hinzutreten (z.B. § 148 Nr. 1 GewO: beharrliche Wiederholung bestimmter Ordnungswidrigkeiten; dazu § 25 Rz. 12 f.). Die Ahndung all dieser Zuwiderhandlungen ist auch nur unter Einhaltung derselben verfassungsrechtlich garantierten Standards zugunsten der – mutmaßlichen – Täter zulässig (Rz. 116). – Andere Rechtsfolgen mit tatsächlicher Sanktionswirkung – vom Ordnungsgeld (Rz. 124 ff.) bis zum Schadensersatz (Rz. 131 ff.) – sind dagegen keine Sanktionen des „Wirtschaftsstrafrechts“, auch wenn sie empfindlich oder gar existenziell treffen können; darauf kann in diesem Buch nur ganz vereinzelt und ergänzend hingewiesen werden.

Dass die *Strafbarkeit* eines Verhaltens – und ebenso die Ahndbarkeit bei Ordnungswidrigkeiten – auf einem förmlichen, parlamentarisch legitimierten **Gesetz** beruhen muss, ist ein rechtsstaatlicher, im Grundgesetz niedgelegter Grundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 3 OWiG; § 17 Rz. 5). In vielen Bereichen, die einer schnellen Entwicklung unterliegen oder komplexe, detaillierte Regelungen erfordern, ist es indes unvermeidbar, ziemlich allgemein gehaltene Straftatbestände durch **Verordnungen** oder andere Ausfüllungsakte (insbesondere der Verwaltungsbehörden) zu konkretisieren. Diese Verzahnung von die Straf- bzw. Ahndbarkeit anordnendem Gesetz – sog. „*Blankettgesetz*“ – und tatbestandsausfüllender Verordnung beherrscht weite Teile des Wirtschaftsstrafrechts, insbesondere im Bereich des Nebenstrafrechts (vgl. § 3 Rz. 3, 10; § 17 Rz. 8 ff.). Dies wirft für die Bildung des gesetzlichen Tatbestands nicht nur rechtstheoretische, sondern auch praktische Probleme auf³, insbesondere,

- 1 H.M.; vgl. z.B. Tiedemann, WiStrafR AT, Rz. 2, 6 f., 86; Tiedemann in HWiStR, „Einführung ...“ S. 2 ff. und schon Tiedemann, GA 1969, 71 ff.; Achenbach in A/R, I/1 Rz. 1 ff.; Achenbach, StV 2008, 324; Dannecker/Bülte in W/J, Kap. 1 Rz. 63 ff.; Grunst/Volk in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 1 Rz. 23; Többens, WiStrafR, A 1; Quedenfeld/Richter in Bockemühl, Hdb. des FachAnw. StrafR, VI/5 Rz. 8; Hellmann/Beckemper, WiStrafR, Vorwort; Kudlich/Ogliakcioglu, WiStrafR, Rz. 12; Wittig, WiStrafR, § 1 Rz. 13; Wittig in G/J/W, Einf. Rz. 6.
- 2 „Zuwiderhandlung“ ist auch in der aktuellen Gesetzgebung der maßgebliche Oberbegriff; vgl. z.B. die „VO zur Neuordnung der Straf- und Bußgeldvorschriften bei Zuwiderhandlungen gegen EG- und EU-Verordnungen auf dem Gebiet der Chemikaliensicherheit“ v. 24.4.2013, BGBl. I 944.
- 3 Grundlegend Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im NebenstrafR, bes. S. 88 ff.; Tiedemann, WiStrafR AT, Rz. 197 ff., 337 ff.; Grunst/Volk in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 1 Rz. 112 f.; Volk in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 2 Rz. 75 ff.; Wittig in G/J/W, Einf. Rz. 19 ff.; Dannecker in LK, § 1 StGB Rz. 148 ff.; Rotsch in Momsen/Grützner, WiStrafR, Kap. 1 B Rz. 14 ff. Hassemer/Kargl in NK, § 1 StGB Rz. 22; Eser/Hecker in S/S, vor § 1 StGB Rz. 3, § 1 StGB Rz. 18.

wenn supranationale Sanktionsanordnungen in einzelstaatliches Strafrecht umzusetzen sind¹.

- 15 Außerdem ist es eine Besonderheit des Wirtschaftsstrafrechts (im weiteren Sinne), dass viele Zuwiderhandlungstatbestände den Verstoß gegen außerstrafrechtliche Normen, nämlich solche des *Zivilrechts* oder *Verwaltungsrechts*, voraussetzen. Ob etwa eine Vermögensverfügung missbräuchlich ist (und damit den Tatbestand der Untreue – § 266 StGB – erfüllt), bestimmt jeweils konkret das zivilrechtliche Auftrags- und Vertretungsrecht; ob eine Einleitung von Abwasser unbefugt erfolgt und eine strafbare Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) darstellt, bestimmt sich nach den wasserrechtlichen Erlaubnissen der zuständigen Behörde. Man spricht insoweit von der **Akzessorietät des Strafrechts** im Verhältnis zum *Zivilrecht* oder *Verwaltungsrecht* (vgl. z.B. § 38 Rz. 14; § 54 Rz. 113 ff.)². Das Gleiche gilt von der Maßgeblichkeit des materiellen *Steuerrechts* für die Steuerstraftaten und -ordnungswidrigkeiten (§ 44 Rz. 8 ff.) oder des *Insolvenzrechts* für das Insolvenzstrafrecht (§ 75 Rz. 49 ff.). Im Einzelnen ist häufig umstritten, wie eng diese Akzessorietät zu verstehen ist und ob bzw. inwieweit die Besonderheiten des Strafrechts Lockerungen gebieten oder zulassen. Diese – im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung zumindest grundsätzlich gebotene – Akzessorietät macht nicht nur die einzelnen Verfahren schwieriger und langwieriger, sondern erfordert auch spezielle Qualifikationen im Bereich der Strafverfolgungsorgane.
- 16 Andererseits steht außer Zweifel, dass das Strafrecht im engeren Sinne nur das „*letzte Mittel*“ (*ultima ratio*; vgl. auch Rz. 110 f.) sein kann, um Überschreitungen des rechtlich Zulässigen zu ahnden. Die **Subsidiarität des Strafrechts** – oder auch der *fragmentarische* Charakter des Strafrechts – ist ein weithin, nicht nur in Deutschland, anerkannter Grundsatz. Auch wenn die praktische Umsetzung dieser reichlich unbestimmten Begrenzungsformel viele Fragen aufwirft³, besteht wohl Einigkeit darin, dass die *gesamte* Rechtsordnung mit gestuften Reaktionen darauf ausgerichtet sein muss, einem Missbrauch wirtschaftlicher Freiheiten entgegenzutreten und schadensstiftenden Fehlentwicklungen angemessen entgegenzusteuern. Neben den Selbstregulierungsmechanismen einer freiheitlichen Wirtschaft ist es primär Aufgabe der *Privatrechtsordnung*, den notwendigen Interessenausgleich zu gewährleisten und

1 Dazu z.B. Schuster, F.P., Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012; Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012; als Beispiel aus der Rspr.: BGH v. 20.11.13 – 1 StR 544/13, wistra 2014, 145; BGH v. 18.9.2013 – 2 StR 365/12, wistra 2014, 62 (zur „Doping-Liste“).

2 Tiedemann, WiStrafR AT, Rz. 2 ff., 172 ff., 315 ff.; BT Rz. 26a; Ransiek in A/R, Teil 8/3 Rz. 3; Walter, T. in LK, vor § 13 StGB Rz. 4 f.; Renzikowski in Matt/Renzikowski, StGB, Einl. Rz. 15 ff.

3 Vgl. z.B. Roxin, AT I, § 2 Rz. 97 ff.; Tiedemann, WiStrafR AT, Rz. 187 ff.; Kudlich in S/S/W, vor § 13 StGB Rz. 5 ff.; Rotsch in Momsen/Grützner, WiStrafR Kap. 1B Rz. 28 f.; Kühl, Fragmentarisches und subsidiäres StrafR, in FS Tiedemann, 2008, S. 29 ff. (41 ff.); krit. z.B. Prittwitz in v. Kempf/Lüderssen/Volk, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 53, (56 ff.).

insbesondere über das Recht des Schadensersatzes Rechtsverletzungen möglichst zu verhindern (Rz. 131 ff.). Hoheitliche *Regulierung* und entsprechende staatliche *Aufsicht* müssen zum Zuge kommen, wenn die privatrechtliche Regelung nicht genügen kann (etwa im Finanz- und Versicherungsbereich). Greift auch das vielfältige verwaltungsrechtliche Instrumentarium nicht mehr hinreichend, dann erst stellt sich die Frage nach echten *hoheitlichen (repressiven) Sanktionen*, entweder in Gestalt einer „leichteren“ Geldbuße oder zuletzt als Strafe im engeren Sinn (Kriminalstrafe) – letztlich mit der Konsequenz einer Freiheitsstrafe (Rz. 110).

Der häufig nach wirtschaftlichen Skandalen zu vernehmende Ruf nach strafrechtlichen Konsequenzen bedarf allerdings auf der Grundlage solider kriminologischer Forschung stets sehr kritischer Prüfung. Die Frage der *Kriminalisierung* bzw. *Entkriminalisierung* des Wirtschaftsrechts ist und bleibt ein „Dauerbrenner“¹. Indes liegt es nicht in der Zielsetzung dieser Darstellung, hier die fortgesetzt notwendige Diskussion um die rechtspolitisch vernünftigen Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts – einschließlich der „internen“ Abgrenzung zwischen Wirtschafts-Kriminalstrafrecht und Wirtschafts-Ordnungswidrigkeitenrecht – voranzubringen oder gar kriminalpolitische Positionen zu formulieren – was indes kritische Äußerungen der Bearbeiter zur jeweiligen Rechtslage keineswegs ausschließt. Vielmehr ist – seit der ersten Auflage (1987) – das zentrale Anliegen aller Bearbeiter, mit dieser **Gesamtdarstellung des** in Deutschland **geltenden Wirtschaftsstrafrechts** einen praxisbezogenen Beitrag zu leisten, um damit in erster Linie künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen und in zweiter Linie die rechtsstaatlich gebotene Durchsetzung der Rechtsordnung in einem schwierigen Bereich zu erleichtern. Deshalb erfordert das von uns verfolgte Konzept eine einführende Erläuterung.

III. Konzeption der Darstellung

1. Zur Gliederung

Angesichts der schwer zu übersehenden Vielzahl unterschiedlichster Normen und der ungesicherten Abgrenzung des gängigen Begriffs „Wirtschaftsstrafrecht“ (Rz. 81 ff.) ist das Hauptproblem seiner Behandlung das einer nachvollziehbaren *Gliederung und Begrenzung des riesigen Stoffes*. Von Anfang an liegt dieser Darstellung der Gedanke zugrunde, die Masse von Straf- und Bußgeldtatbeständen, die ein Unternehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu beachten hat, die aber gleichzeitig auch seinem Schutz dienen, praxisnah nach „**Lebensabschnitten**“ **eines Unternehmens** und nach den typischen Berei-

1 Dazu z.B. *Theile*, Rationale Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, wistra 2012, 285; *Lindemann, Michael*, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts, 2012; *Nöckel, A.*, Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts, 2012 (Diss. Jena 2011); *Lüderssen*, Regulierung, Selbstregulierung und WirtschaftsstrafR – Versuch einer interdisziplinären Systematisierung, in *Kempf/Lüderssen/Volk*, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, 2009, S. 241 ff.; *Lüderssen*, Entkriminalisierung des WirtschaftsR, 1998/2007 (Aufsatzsammlung, 2 Bde.); vgl. auch die Nw. unten Rz. 97 ff.

chen unternehmerischer Betätigung zu gliedern. Das *Unternehmen* als „wirtschaftende Einheit“ (näher § 23 Rz. 1 ff.) bietet sich als geeigneter Kristallisationspunkt an, um das Phänomen Wirtschaftskriminalität und die Normen zu deren Bekämpfung zu erfassen, auch wenn dies der herkömmlichen dogmatischen Denkweise im Strafrecht nicht entspricht (zur Sabotage § 23 Rz. 26).

- 19 Damit sind die **Unternehmer** bzw. *Unternehmensträger* – und damit die im Unternehmen Verantwortlichen (vgl. besonders unten § 30) in ihren vielfältigen Funktionen und Erscheinungsformen – als (potenzielle) Täter der *zentrale Orientierungspunkt* dieser Darstellung¹. Primär sollen den *Adressaten* dieser Normen und deren *Beratern* die Strafbarkeitsrisiken und deren Vermeidung aufgezeigt werden, indem der Zugang zu den vielfältigen Bestimmungen und deren Anwendungsfragen erleichtert wird. Aber auch demjenigen, der mit der Aufarbeitung eventueller Normverletzungen befasst ist, soll eine breite Informationsgrundlage oder zumindest praxisnahe Einstiegshilfe geboten werden.

Andererseits bestand wegen tatsächlicher Sachnähe Anlass, die unternehmensbezogene Sicht bisweilen zu verlassen und in einzelnen Bereichen *auch Nicht-Unternehmer* als (potenzielle) Tätergruppe in die Behandlung einzubeziehen: Sowohl bei den Korruptionsdelikten (unten § 53) und der Haushaltsuntreue (§ 32 Rz. 212) als auch in den Bereichen, in denen hoheitliche Mitwirkung mit Unternehmenstätigkeit eng verknüpft sind, etwa im Umweltstrafrecht (unten § 54), konnten die Amtsträger nicht außer Betracht bleiben².

- 20 Eine solche gleichsam **betriebswirtschaftliche Ausrichtung** der Gliederung hat zwar in gesellschaftsrechtlichen Darstellungen Parallelen, steht aber in *Widerspruch* zur traditionellen Sichtweise der Strafrechtslehre und des Gesetzgebers. Denn diese ist bei Sanktionsnormen entweder auf das zu schützende Rechtsgut oder auf bestimmte Begehungsformen oder Rahmenbedingungen der konkreten Regelung gerichtet. Die hier gewählte Ausrichtung hat es einerseits ermöglicht, wirtschaftlich Zusammengehörendes im Zusammenhang zu behandeln, hat aber andererseits auch zu *Zuordnungsschwierigkeiten* geführt, deren Lösung nicht immer optimal sein mag.

Während sich einzelne Gruppen von Strafnormen relativ leicht einzelnen „*Betriebszuständen*“ eines *Unternehmens* zuordnen lassen, etwa das Insolvenzstrafrecht der Beendigungsphase, entziehen sich gerade so zentrale Tatbestände wie Betrug und Untreue einer solchen Darstellungsweise. Dies hat entweder eine Behandlung an verschiedenen Stellen (so beim Betrug neben § 47 z.B. § 28 Rz. 72 ff.; § 48 Rz. 1 ff.; § 49 Rz. 4, 6 ff.; § 50 Rz. 102 ff.; § 59; § 86) oder eine forcierte Zusammenfassung (so bei der Untreue – § 32 –, ergänzt speziell für die Kreditinstitute durch § 67 Rz. 1 ff.) zur Folge.

1 Vgl. auch Tiedemann, WiStrafR AT, Rz. 17 ff.; Krekeler/Werner, Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, 2013, passim; ausgeprägt unternehmensbezogen sind z.B. auch die Darstellungen von Eidam, Unternehmen und Strafe, 4. Aufl. 2014, und von Große Vorholt, WiStrafR – Risiken – Verteidigung – Prävention, 3. Aufl. 2013.

2 Anschaulich Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 3 Rz. 93 ff.

Aber auch sonst sollten aus der Gliederung keine voreiligen Schlüsse gezogen werden: Wenn z.B. das Kartellrecht hier dem Bereich „Absatz“ während der Betriebsphase zugeordnet wurde, so beruht das auf einer **praktischen Schwerpunktbildung**, soll aber nicht besagen, dass Kartellrechtsverstöße nicht auch bei der Beschaffung oder auch schon in der Gründungsphase vorkommen können. Oft hat es auch die sachliche Zusammengehörigkeit *spezialgesetzlicher Normen* aus Gründen der Übersichtlichkeit erforderlich gemacht, gegenüber der „betriebswirtschaftlichen“ Grundkonzeption Kompromisse einzugehen. Solche Abstriche am Konzept erschienen uns akzeptabel, weil der Gewinn an Transparenz, den ein unternehmensbezogener Aufbau im Vergleich zu anderen Gliederungsmöglichkeiten insgesamt bietet, dadurch nicht erheblich geschmälert wird – zumal umfangreiche, nach Stichworten und Normen sortierte *Register* die Orientierung erleichtern.

Die gewählte Konzeption führt zu einer **weit gezogenen Umgrenzung** des Bereichs **des Wirtschaftsstrafrechts**, die inzwischen viel Gefolgschaft gefunden hat. Dazu gehört nicht nur das Steuerstrafrecht (unten §§ 43 ff.), das teilweise als gesonderter Bereich gesehen wird¹. Vielmehr werden auch Tatbestandsgruppen erfasst, die nicht nur außerhalb der gesetzlichen Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer (Rz. 90 ff.) stehen, sondern früher nicht zum Wirtschaftsstrafrecht gerechnet wurden, etwa das (umfangreiche) *Umweltstrafrecht* (§ 54)² oder das *Arbeitnehmerschutzrecht* (§ 34) oder gar das Betriebsverfassungsrecht (§ 35). Uns erschien es geboten, solche Bereiche in die Darstellung mit einzubeziehen, denn aus praktischer Sicht lässt sich eine plausible Unterscheidung bei derartigen unternehmenstypischen Sachverhalten nicht machen, weder für den Unternehmer noch für die Strafverfolgungsbehörden. Spektakuläre Fälle aus jüngerer Zeit bestätigen diese Sichtweise³.

Die Betitelung des Werks als „*Unternehmensstrafrecht*“⁴ wäre indessen zu eng und irreführend, denn dieser in jüngerer Zeit häufig verwendete Ausdruck nimmt insbesondere das alte Problem in den Fokus, ob Unternehmen – richtiger: Unternehmensträger – „als solche“ mit strafrechtlichen Sanktionen belegt werden können oder sollten (dazu § 23 Rz. 34 ff.).

- 1 Die verbreitete Verwendung des Titels „Wirtschafts- und Steuerstrafrecht“ – so z.B. die von *Wabnitz/Janovsky* sowie von *Volk* herausgegebenen Handbücher – signalisiert zwar oberflächlich eine begriffliche Verschiedenheit, ist jedoch im Ergebnis eine Zusammenfassung beider Bereiche; nur das von *Achenbach* herausgegebene „Handbuch Wirtschaftsstrafrecht“ klammert das Steuerstrafrecht aus, nachdem das von *Achenbach/Wannemacher* herausgegebene Loseblattwerk „Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht“ 1999 eingestellt wurde.
- 2 *Graf/Jäger/Wittig* bezeichnen im Vorwort zu G/J/W (2011) die Einbeziehung des UmwStR als „zwingend“; vgl. *Grunst/Volk* in MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 1 Rz. 24 ff.
- 3 Etwa für das BetriebsverfassungsR: BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08 – VW/Volkert, BGHSt 54, 118 = NJW 2010, 92 m. Anm. *Bittmann*; BGH v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09 – Siemens/Schelski, BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88.
- 4 Vgl. z.B. *Ransiek*, UnternehmensstrafR, 1996; *Mittelsdorf*, Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007; *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), UnternehmensstrafR, 2012; vgl. auch *Bartalyos*, Int. UnternehmensstrafR, 2012.

- 23 Die Entscheidung für diese Darstellungskonzeption fiel zu einem Zeitpunkt, als die Feststellung vom „ebenso notorischen wie beklagenswerten“ Fehlen einer geschlossenen Abhandlung des deutschen Wirtschaftsstrafrechts¹ uneingeschränkt zutraf. Obwohl – und weil – inzwischen zahlreiche andere Darstellungen mit dem Titel „Wirtschaftsstrafrecht“ vorliegen, haben wir uns für die **Beibehaltung dieser Konzeption** – unter bewusstem Verzicht auf den Ballast von zu vielen Details – entschlossen. Sie ist von Anfang an auf ein ganz überwiegend positives Echo gestoßen². Dass ein „stärker materiell dominiertes Gliederungsschema“³ wirklich zu größerer Transparenz und Benutzerfreundlichkeit geführt hätte, hat sich uns nicht erschlossen; der alternative Griff zu einem Kommentar der jeweils einschlägigen Gesetze stand – und steht – immer offen. Der Benutzer dieses Werks, der zur Bearbeitung eines konkreten Falles mehr „Material“ sucht, wird es oft in den anderen Darstellungen des Wirtschaftsstrafrechts finden, auf die hier, auch zur Entlastung des Umfangs, vielfach verwiesen wird.

2. Zur Stoffbegrenzung

- 24 a) Auch bei dieser Sichtweise mussten zwecks **Stoffbeschränkung** Begrenzungen vorgenommen werden, die im Einzelfall anfechtbar sein mögen. Nicht näher behandelt sind danach die Normen, die sich an den Unternehmer in gleicher Weise wie an jeden Dritten wenden. Obwohl ein Unternehmer, der in seinem Unternehmen Kraftfahrzeuge einsetzt, zur Einhaltung der Vorschriften über Straßenverkehr und Zulassung von Fahrzeugen verpflichtet ist, erstreckt sich die Behandlung *nicht* auf das *Straßenverkehrsrecht*⁴. Ebenso bleibt der Bereich der *Betäubungsmittel* wegen ihrer Eigenheiten ausgegrenzt, obwohl der Drogenhandel eine enorme wirtschaftliche Dimension erreicht (auch § 74c Abs. 1 Nr. 3 GVG klammert diesen Bereich ausdrücklich aus). Dies gilt auch – ungeachtet aller wirtschaftlichen Bedeutung und mafioser Täterstrukturen (dazu § 9) – für die *Prostitution*, *Pornografie* und den „*einfachen*“ *Waffenhandel* (unterhalb der Kriegs- und Chemiewaffen – dazu § 73).
- 25 Auch das für **einzelne Berufsgruppen** oder Branchen maßgebliche Strafrecht, etwa für *Ärzte*⁵ oder für die *Bauwirtschaft*⁶, für den Kunsthandel oder den

1 Tiedemann, Vorwort zu „WirtschaftsstrafR und Wirtschaftskriminalität“, Bd. 1, 1976.

2 Vgl. www.wirtschaftsstrafrecht.net/Rezensionen (1.-5. Aufl.); s. auch Tiedemann, WiStrafR AT, 3. Aufl. 2010, Rz. 35; Satzger/Suchy, JZ 2012, 307.

3 Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, Rz. 16.

4 Das von Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 7 Rz. 1519 ff., unter vier Hauptrisikobereichen eines Unternehmens als viertes behandelte „Verkehrs- und Verkehrswirtschaftsrisiko“ ist hier nur teilweise berücksichtigt (bes. unten § 71, § 34 Rz. 56 ff.).

5 Dazu z.B. Ulsenheimer, ArztstrafR in der Praxis, 5. Aufl. 2014; Roxin/Schroth (Hrsg.), Hdb. des MedizinstrafR, 4. Aufl. 2010; Frister/Lindemann/Peters, ArztstrafR, 2011; Kraatz, ArztstrafR, 2013; Sommer/Tsabikakis in Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), MüAnwHdb. MedizinR, 2. Aufl. 2013, § 3; Zuck in Quaas/Zuck, MedizinR, 3. Aufl. 2014, §§ 70–74.

6 Dazu bes. Greeve/Leipold, Hdb. des BaustrafR, 2004.

Sport¹, konnte nicht näher oder gar systematisch dargestellt, sondern allenfalls punktuell angerissen werden; nur die *Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen* einschließlich Makler (§§ 65–70), das Transportwesen (§ 71) und das Lebensmittel- und Gesundheitswesen (§ 72) sind zumindest als Überblick behandelt. Zudem sind die für Unternehmen tätigen professionellen *Berater* wegen ihrer großen tatsächlichen Bedeutung Gegenstand des 5. Teils (§§ 90–96). Insgesamt waren für die getroffene Stoffauswahl nicht theoretische Erwägungen maßgebend, sondern praktische Gesichtspunkte aufgrund beruflicher Erfahrung.

Für die **Ausführlichkeit** der Darstellung war indessen nicht nur die größere oder geringere Nähe zu einem gedachten „Kernbereich“ des Wirtschaftsstrafrechts maßgebend, sondern ebenfalls pragmatische, durch Erfahrung bestimmte Erwägungen. Tatbestände, die in den vorhandenen Kommentaren und Lehrbüchern ausführlich behandelt sind, wurden anders angegangen als Bereiche, in denen strafrechtlich orientierte Darstellungen knapp sind. Umfangreiche Spezialgebiete, die durch spezifisches Schrifttum gut erschlossen sind, werden regelmäßig nur in einem knappen *Überblick* dargestellt, etwa das große Gebiet des Steuerstrafrechts (§§ 43–46), das Lebensmittelrecht (§ 72) oder das Kartellrecht (§ 57). 26

b) Die im 1. Teil (*Einführung*) angesprochenen **allgemeinen Themen** des Verfahrensrechts (§§ 10–16) und der allgemeinen Voraussetzungen und Folgen einer Sanktionierung (§§ 17–21) mussten aus Gründen des Umfangs knapp gehalten werden, schienen uns aber nicht verzichtbar². Damit soll dem nicht spezialisierten Leser zumindest ein knapper Abriss mit Hinweisen auf im Wirtschaftsstrafrecht relevante Schwerpunkte geboten werden. Zugleich dient dieser Teil der Entlastung der nachfolgenden vier Teile von Wiederholungen über Allgemeines. 27

Maßgeblicher Ausgangspunkt für die Stoffauswahl war für uns die (banal klingende) Feststellung, dass das Wirtschaftsstrafrecht *kein selbständiges Rechtsgebiet* ist, sondern – ebenso wie etwa das Verkehrsstrafrecht – **Teil des Strafrechts** (im weiteren Sinne – Rz. 12 f.). Auch die „Wirtschaftsstrafverfahren“ werden nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Bestimmungen durchgeführt. Es war und ist nicht Ziel dieser Darstellung, „allgemeine Lehren“ des Wirtschaftsstrafrechts zu entwickeln oder sich gar an dogmatischen Konzepten zu versuchen; das soll der Wissenschaft vorbehalten bleiben (Rz. 97 ff.). 28

Eine wichtige Leitlinie für den Umfang der Darstellung und die Auswahl der Sachfragen war die Bedeutung in der **Unternehmens- und Strafverfolgungspraxis**. Diese letztlich subjektive Erfahrung der Mitautoren ist trotz (unvermeidlicher) Lückenhaftigkeit bewusst über die dogmatische Geschlossenheit irgend- 29

1 Mag auch systematisches „Doping“ ganze Zweige der „Sportbetriebs“ erfasst haben, so fehlt doch der Unternehmensbezug; vgl. dazu die aktuelle Gesetzesvorlage sowie die Nw. in § 72 Rz. 105.

2 Entgegen dem Rat von *Stohrer*, Die Justiz 2011, 172 f.; anders *Schröder, Chr., Bankpraktiker* 2012, 388.

eines Systems gestellt worden. Da in jüngerer Zeit das wirtschaftsstrafrechtliche Schrifttum erheblich reichhaltiger geworden ist, sowohl an (mehr oder weniger) umfassenden Darstellungen als auch an Abhandlungen über einzelne Bereiche, und dazu drei Spezialzeitschriften¹ für aktuelle Information sorgen, erlaubt dies im Hinblick auf die Stofffülle einerseits und auf die Beschränkung dieser Darstellung auf einen Band andererseits, sich im Folgenden auf das praktisch Wichtigste zu beschränken.

B. Zur geschichtlichen Entwicklung

Schrifttum: *Achenbach*, Zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland seit dem späten 19. Jh., Jura 2007, 342; *Achenbach*, Die wirtschaftsstrafrechtliche Reformbewegung – ein Rückblick, in FS Tiedemann, 2008, S. 47; *Dannecker/Bülte* in W/J, Kap. 1 Rz. 40 ff.; *Grunst/Volk* in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 1 Rz. 38 ff., 46 ff.; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011; *Wittig* in G/J/W, Einf. Rz. 8 f.

- 30 Kürzere geschichtliche Überblicke über Erscheinungsformen und Entwicklungen des Wirtschaftsstrafrechts bzw. der Wirtschaftskriminalität sind vielfach Gegenstand der einschlägigen Handbücher und Kommentierungen²; zahlreiche Veröffentlichungen befassen sich mit einzelnen Aspekten oder Epochen. Eine umfassende historische Darstellung des Wirtschaftsstrafrechts liegt indessen bislang nicht vor; sie ist im Rahmen der vorstehend umrissenen Konzeption auch nicht zu leisten. Hier können nur einige **knappe Hinweise** zur geschichtlichen Entwicklung geboten werden³. Schon dabei zeigt sich, dass die hier behandelte Thematik stark von der jeweiligen Definition und Praxis des „Wirtschaftens“ oder auch des „Wirtschaftsrechts“ (näher Rz. 81 ff.) beeinflusst ist⁴.

1 Neben der schon seit 1982 erscheinenden „wistra“ die ZHW (seit Herbst 2011) und die NZWiSt (seit Anfang 2012).

2 Zur Entwicklung des WirtschaftsR allg. *Rittner/Dreher*, Europ. und dt. WiR, 3. Aufl. 2008, § 1 Rz. 1 ff., zum WiStrafR § 24 Rz. 48 ff.; vgl. auch *Keller/Steinke* in Stober, Dt. u. Int. WiR, 2007, N Kap. 1, Kap. 2; *Zacher*, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, 2002.

3 Der nachstehenden Darstellung (Rz. 30–80) liegt diejenige von *Hans Richter* in den Voraufagen (1./2. Aufl.: § 3; 3.-5. Aufl.: § 2) zugrunde, die nur punktuell aktualisiert wurde.

4 *Tiedemann*, WiStrafR I, 1976, 16, 42 ff., 54 f.; *Schneider, H.J.*, Wirtschaftskriminalität in kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, JZ 1972, 461; auch schon *Lindemann, C.*, Gibt es ein eigenes WirtschaftsstrafR?, 1932.

§ 31 Compliance

Bearbeiter: Thorsten Alexander/Wolfgang Winkelbauer

	Rz.		Rz.
A. Grundlagen	1	4. Überprüfung der Compliance-Organisation	37
I. Bedeutung und Zielsetzung	3	C. Straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Verantwortlichkeit	
II. Rechtliche Grundlagen	8	I. Besonderheiten	40
1. Bank- und Kapitalmarktrecht	9	1. Compliance-Verantwortlichkeit	42
2. Versicherungsrecht	11	2. Entlastung durch Compliance	44
3. Gesellschaftsrecht	12	II. Verantwortlichkeiten bei der Verletzung von Compliance-Standards	48
4. Verwaltungsrecht	15	1. Unternehmensleitung	49
5. Aufsichtspflicht i.S. von § 130 OWiG	16	2. Compliance-Beauftragte	54
B. Compliance-Organisation	18	3. Sonstige Unternehmensangehörige	58
I. Erforderlichkeit	19	4. Unternehmensexterne	60
II. Ausgestaltung	21	5. Unternehmensträger	61
1. Verhaltenskodex und Verhaltensrichtlinien	22		
2. Kommunikation	24		
3. Kontrolle der Einhaltung	27		

A. Grundlagen

Schrifttum (Auswahl): *Behringer*, Compliance für KMU, 2012; *Bürkle*, Compliance in Versicherungsunternehmen, 2009; *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2. Aufl. 2012; *Görling/Inderst/Bannenberg*, Compliance, 2010; *Harz/Weyand/Reiter/Methner/Noa*, Mit Compliance Wirtschaftskriminalität vermeiden, 2012; *Hauschka* (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010; *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, 2013; *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012; *Petermann*, Die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern, 2012; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgeber-systeme, 2012; *Umnuß*, Corporate Compliance Checklisten, 2. Aufl. 2012.

Der Begriff „**Compliance**“ scheint im Wirtschaftsstrafrecht beinahe allgegenwärtig geworden zu sein. Spätestens seit dem Bekanntwerden der insbesondere korruptions- und steuerstrafrechtlichen Vorwürfe im Zusammenhang mit der Siemens AG im Jahr 2006 und deren nachfolgenden Aufarbeitung, die – mit unterschiedlichem Augenmerk – von Juristen wie Nichtjuristen begleitet bzw. beobachtet wurde, hat sich das Bewusstsein in den Unternehmen bei Rechtsverstößen mit vor allem korruptionsrechtlichem Bezug gewandelt. Das lag nicht zuletzt auch an den gegen dieses Unternehmen verhängten erheblichen Unternehmenssanktionen, die allein in Deutschland Geldbußen und Gewinnabschöpfung in Höhe von knapp 600 Mio. Euro und in den USA weitere 800 Mio. US-Dollar umfassten¹.

¹ *Eidam*, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 10.

- 2 Seitdem kommt es – auch unternehmensseitig – zu vielen positiven **Aktivitäten** vor allem durch den Aufbau von *Compliance-Abteilungen*, manchmal aber auch nur zu bloßem Aktionismus, indem die allgemeine Pflicht zu einer geordneten Unternehmensführung als angeblich neue Compliance-Erkenntnisse verkauft werden. Weniger noch in der Rechtsprechung, dafür umso mehr in der Literatur entwickelte sich zudem eine Diskussionsdynamik, die zu einer zwischenzeitlich bereits unüberschaubaren Anzahl an monographischen Handbüchern, Buchbeiträgen und Zeitschriftenaufsätzen (Letztere teilweise in speziellen Compliance-Zeitschriften) geführt hat. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich deshalb zwangsläufig auf grundsätzliche Ausführungen und die Behandlung ausgewählter Schwerpunkte.

I. Bedeutung und Zielsetzung

- 3 a) Das **Thema „Compliance“** hat seinen *Ursprung im US-amerikanischen Recht*, wo es im Zusammenhang mit der dort existierenden Unternehmensstrafe bereits in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts eine zunehmende Bedeutung entwickelt hat¹. In den vergangenen 20 Jahren hat es in Europa Einzug in viele Rechtsgebiete gehalten. Bereits Anfang der 90er Jahre gab es im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts erste Ansätze für Compliance-Organisationen². Die eigentliche Geburtsstunde von Compliance in Deutschland dürfte jedoch das KonTraG³ gewesen sein, das den Vorstand einer Aktiengesellschaft auffordert, Maßnahmen zu treffen und Systeme einzurichten, um die den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen (§ 91 Abs. 2 AktG). Als sog. „*Criminal Compliance*“ hat es entsprechende Entwicklungen insbesondere in den vergangenen zehn Jahren auch im Bereich des (Wirtschafts-)Strafrechts gegeben⁴.
- 4 Ursprünglich stammt der Begriff „Compliance“ aus der Medizin und bezeichnet die Einhaltung der ärztlichen Therapievorgaben durch den Patienten, also dessen Therapietreue⁵. Übertragen auf das Recht lässt sich eine solche Regelbefolgung und daraus der Begriff „Compliance“ als „Handeln in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht“ umschreiben⁶. Das **Gebot der Einhaltung der geltenden Rechtsvorschriften** ist jedoch – wie schon zu früheren Zeiten – eine Selbstverständlichkeit, sodass sich bei einer solchen Definition der Compliance-Begriff in einer „Binsenweisheit“ erschöpfen würde⁷. Compliance ist deshalb in einem weitergehenden Sinne zu verstehen.

1 Eingehend dazu *Engelhart*, Sanktionen, S. 70 ff., 283 ff.; vgl. auch oben § 7 Rz. 43 ff.

2 *Bottmann* in Park (Hrsg.), KapitalmarktstrafR, 3. Aufl. 2013, Teil 2 Kap. 2 A. Rz. 1 m.w.Nw. in Fn. 1.

3 G zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich v. 27.4.1998, BGBl. I 1998, 786.

4 Vgl. dazu *Eidam*, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 29 ff.

5 Vgl. nur *Rotsch* in A/R, Kap. 4 Rz. 1.

6 *Bock*, ZIS 2009, 68; *U. Schneider*, ZIP 2003, 645 (646).

7 In diesem Sinne beispielsweise *Liese*, BB-Beilage Nr. 5/2008, 17 (22); *Schneider*, U., ZIP 2003, 645 (646).

Heute wird Compliance überwiegend als ein Instrument innerhalb eines **Gesamtsystems** bei der Überwachung von – regelmäßig betrieblichen – Organisationen oder Körperschaften („Corporate Compliance“) angesehen, das die Grundlage dafür bildet, dass sich Unternehmen und ihre Organe bei der Ausführung ihrer unternehmensbezogenen Tätigkeit in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht bewegen¹. Hierbei werden nicht nur *sämtliche Maßnahmen* erfasst, die ein rechtmäßiges Verhalten aller Unternehmensangehöriger gewährleisten sollen², sondern auch darüber hinausgehende *unternehmensinterne Richtlinien* bis hin zu *ethischen Grundsätzen* ohne unmittelbare rechtliche Relevanz³. Compliance bezeichnet folglich die „organisierte Rechtsschaffenheit im Geschäftsverkehr“⁴.

b) Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts (im weitesten Sinne) sollen im Wege der sog. Criminal Compliance Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die im Unternehmen oder aus dem Unternehmen heraus begangen werden könnten, verhindert oder jedenfalls erschwert werden⁵. **Ziel** ist in erster Linie die *Vermeidung einer straf-, aber auch ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung* der Mitarbeiter auf allen Unternehmensebenen sowie des Unternehmens selbst⁶. Da die Entstehung eines (berechtigten oder unberechtigten) Verdachts nicht stets verhindert werden kann, geht es neben einer Haftungsvermeidung oftmals auch – auf der zweiten Stufe – darum, eine Haftungsverminderung bzw. -begrenzung zu erreichen.

Neben der Vermeidung straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sanktionen existieren aber auch **spezial- oder generalpräventive Zielsetzungen** zur Abschreckung potenzieller Täter und zur Festigung eines antiwirtschaftskriminellen Bewusstseins in der Mitarbeiterschaft. Außerdem bestehen nicht zuletzt auch *wirtschaftliche Motive* in Form einer Verhinderung von Schäden bzw. einer möglichen Realisierung von Schadensersatzansprüchen gegenüber pflichtwidrig handelnden Mitarbeitern und – damit einhergehend – der Vermeidung negativer Unternehmenspublizität⁷. Um dies zu erreichen, ist es Aufgabe der mit Compliance-Funktionen betrauten Unternehmensmitarbeiter (insbesondere der Compliance-Abteilungen und Compliance-Beauftragten),

- die Unternehmensangehörigen über die einzuhaltenden Regeln allgemein oder – regelmäßig auf der Grundlage von Anfragen – fallbezogen *aufzuklären*,
- das Bewusstsein für mögliche Risiken und Gefahren zu schärfen und die Regelbefolgung durch regelmäßige *Kontrollen zu überwachen* und
- über Regelverstöße *zu berichten* und/oder solche selbst abzustellen.

Dadurch kommt der Compliance auch eine Qualitätssicherungs- und Marketing-Funktion zu, da solche Compliance-Maßnahmen nicht nur unterneh-

1 Hauschka in Hauschka, Compliance, § 1 Rz. 2; Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 3.

2 Bock, ZIS 2009, 68; Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 4; Schneider, U., ZIP 2003, 645 (646).

3 Poppe in Göring/Inderst/Bannenberg, Kap. 1 Rz. 3.

4 Rieder/Falge in Göring/Inderst/Bannenberg, Kap. 2 Rz. 2.

5 Bock, Criminal Compliance, S. 23 ff.

6 Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 6, 25.

7 Vgl. Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 62.

mensintern Qualitätseinbrüche und Missbräuche verhindern, sondern auch das Vertrauen der Kunden und der Öffentlichkeit in das Unternehmen und damit das Unternehmensimage steigern können¹.

II. Rechtliche Grundlagen

- 8 Eine ausdrückliche **allgemeine** straf- oder bußgeldrechtlich bewehrte **Pflicht** zur Einrichtung eines Compliance-Systems oder zur Vornahme von Compliance-Maßnahmen existiert **nicht**. *Einzelnen Regelungen* lassen sich jedoch entsprechende *Pflichten* mehr oder weniger direkt entnehmen. Jedenfalls im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsleiterhaftung wird die unterlassene Einrichtung von Compliance-Systemen als Fehlverhalten qualifiziert und kann zur Schadensersatzpflicht (z.B. des Geschäftsführers gem. § 43 GmbHG) führen, wenn dadurch dem Unternehmen Nachteile entstehen. Dabei kann als Nachteil auch eine Unternehmensgeldbuße gem. § 30 OWiG (Rz. 61) oder eine sonstige Unternehmenssanktion in Betracht kommen².

1. Bank- und Kapitalmarktrecht

- 9 Mit der Verabschiedung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie der EG³ im Jahr 1993 und deren nationaler Umsetzung im Jahr 1994 fand der Compliance-Gedanke Einzug in das deutsche Recht, indem insbesondere § 33 WpHG allgemeine Organisationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen vorschrieb. Seit 2007 ist in § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 5 WpHG (ebenso wie in § 12 Abs. 3 bis 5 WpDVerOV⁴) auch der Begriff „Compliance“ explizit genannt. § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG normiert für **Wertpapierdienstleistungsunternehmen** die Pflicht,

„angemessene Grundsätze auf[zu]stellen, Mittel vor[zu]halten und Verfahren ein[zu]richten, die darauf ausgerichtet sind[,] sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen dieses Gesetzes nachkommen, wobei insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann“.

Dabei ist gem. § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 WpHG daneben zu gewährleisten, „dass die Geschäftsleitung und das Aufsichtsorgan in angemessenen Zeitabständen, zumindest einmal jährlich, Berichte der mit der Compliance-Funktion betrauten Mitarbeiter über die Angemessenheit und Wirksamkeit der Grundsätze, Mittel und Verfahren nach Nummer 1 erhalten“. § 12 WpDVerOV konkretisiert die Verpflichtung nach § 33 Abs. 1 WpHG u.a. dahin gehend, dass das

1 Hauschka in Hauschka, Compliance, § 1 Rz. 7; Kort, NZG 2008, 81; Lösler, NZG 2005, 104 (104 f.); Wessing/Dann in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 7.

2 LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Fall Neubürger, NZWiSt 2014, 183 ff.

3 RL 93/22/EWG des Rates v. 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG Nr. L 141 v. 11.6.1993, 27.

4 VO zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Wertpapierdienstleistungs-, Verhaltens- und OrganisationsVO) v. 20.7.2007.

Wertpapierdienstleistungsunternehmen einen Compliance-Beauftragten zu benennen hat, welcher für die Compliance-Funktion sowie die Berichte an die Geschäftsleitung und das Aufsichtsorgan verantwortlich ist.

Für **Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute** (vgl. unten § 66) ergeben sich aus § 25a KWG besondere organisatorische Pflichten, wonach u.a. die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen zu gewährleisten ist¹.

2. Versicherungsrecht

Vergleichbare Organisationspflichten sieht § 64a VAG für **private Versicherungsunternehmen** (vgl. auch unten § 65) vor, durch die die Einhaltung der von diesen Unternehmen zu beachtenden Gesetze und Verordnungen sowie der aufsichtsbehördlichen Anforderungen sichergestellt werden muss².

Das **gesetzliche Krankenversicherungsrecht** normiert in §§ 81a, 197a SGB V für Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen die Pflicht zur Einrichtung von Stellen, die Unregelmäßigkeiten und Missbräuche im Gesundheitswesen aufklären und bekämpfen sollen. Dort besteht freilich die Besonderheit, dass diese Maßnahmen sich nicht auf präventive Vermeidungsstrategien beschränken, sondern eine Anzeigepflicht gegenüber der Staatsanwaltschaft beim Vorliegen eines Anfangsverdachts normieren. Ein Verstoß gegen diese unverzüglich zu erfüllende Pflicht ist als Strafvereitelung gem. § 258 StGB strafbar³.

3. Gesellschaftsrecht

Im Jahr 1998 wurde mit dem durch das KonTraG⁴ eingeführten § 91 Abs. 2 AktG geregelt, dass der Vorstand einer **Aktiengesellschaft** „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten [hat], damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“. Auch wenn diese Regelung zum Risikomanagement auf die Vermeidung von Gefahren für den Fortbestand der Gesellschaft abzielt, ist sie als ein Teilaspekt einer Legal oder Criminal Compliance anzusehen, da auch drohende rechtliche Risiken oder Unternehmenssanktionen eine Existenzgefährdung des Unternehmens verursachen können⁵.

1 Lösler, NZG 2005, 104 (106 ff.); Eisele/Faust, in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR Hdb., § 109 Rz. 1 ff. (auch zu § 54a Abs. 1 KWG).

2 Vgl. hierzu im Einzelnen Bürkle in Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, § 1 Rz. 42 ff.; Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, 5. Aufl. 2012, § 64a VVG Rz. 8 ff.; Schaefer/Baumann, NJW 2011, 3601 (3602 f.).

3 Dannecker, NZWiSt 2012, 1 (8); Hess in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Bd. 1, § 81a SGB V Rz. 2 ff.; Peters in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Bd. 1, § 197a SGB V Rz. 2 ff.

4 G zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich v. 27.4.1998, BGBl. I 1998, 786.

5 Engelhart, Sanktionierung, S. 52; Wessing/Dann in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 6.

- 13 Bei **börsennotierten Aktiengesellschaften** sieht der *Deutsche Corporate Governance Kodex* (s. auch § 23 Rz. 14b), zu dem sich Vorstand und Aufsichtsrat nach § 161 Abs. 1 AktG zu erklären haben, unter Ziffer 4.1.3 zwar vor, dass der Vorstand „für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen [hat] und [...] auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin[wirkt] (Compliance)“. Nach § 289a HGB¹ ist darauf auch im publizitätspflichtigen Lagebericht ausdrücklich hinzuweisen. Hieraus ergibt sich jedoch *keine allgemeine* gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance-Programms, da der Kodex lediglich Empfehlungen zur Selbstverpflichtung postuliert und keine Gesetzeskraft entfaltet².
- 14 *Keine* zwingenden Regelungen zur Einrichtung von Compliance-Systemen lassen sich aus der Geschäftsleitungsverantwortung gem. §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 GmbHG und § 34 GenG ableiten. Zwar trifft den Vorstand bzw. die Geschäftsführer sowohl eine eigene Legalitätspflicht als auch die Verpflichtung zu einer Legalitätskontrolle in Bezug auf Dritte, die in seinem Verantwortungsbereich tätig sind³. Allerdings hängt es entscheidend vom konkreten Gefährdungspotenzial ab, inwieweit deshalb eine Compliance-Organisation einzurichten und auszugestalten ist⁴. Der Geschäftsleitung kommt vielmehr ein **organisatorischer Spielraum** zu⁵, sodass – je nach Situation – die Einrichtung einer umfassenden Compliance-Organisation nicht zwingend und allgemeingültig verlangt werden kann.

4. Verwaltungsrecht

- 15 Auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, insbesondere im Bereich des Umweltrechts (unten § 54), ist seit Langem verschiedentlich die Bestellung sog. **Betriebsbeauftragter** vorgesehen. Dies gilt beispielsweise für den *Abfallbeauftragten* (§§ 59 f. KrWG), *Gefahrgutbeauftragten* (§§ 3 ff. GbV), *Gewässerschutzbeauftragten* (§§ 64 ff. WHG), *Immissionsschutzbeauftragten* (§§ 53 f. BImSchG) und *Strahlenschutzbeauftragten* (§§ 31 ff. StrlSchV). Daneben bestehen für den Anlagenbetreiber (oder -besitzer bzw. für das zuständige Organmitglied oder den zuständigen Gesellschafter) gegenüber der zuständigen Behörde Mitteilungspflichten zur Betriebsorganisation hinsichtlich des Schutzes vor Schäden oder Gefahren durch die Anlage (vgl. § 52b Abs. 2 BImSchG, § 58

1 Eingefügt durch das BilMoG v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102.

2 *Hauschka* in Hauschka, Compliance, § 1 Rz. 23; *Spindler* in MüKo, § 91 AktG Rz. 65.

3 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 91 AktG Rz. 47.

4 *Hauschka* in Hauschka, Compliance, § 1 Rz. 23.

5 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, § 43 GmbHG Rz. 22; vgl. aber auch LG München I v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 – Fall Neubürger, NZWiSt 2014, 183 ff., in dem das Landgericht den ehemaligen Siemens-Vorstand Neubürger zum Schadensersatz verurteilt hat, weil auch dieser in seinem Geschäftsbereich keine ausreichenden Kontroll- und Überwachungsstrukturen eingerichtet habe, mit denen die korruptiven Geschäftspraktiken verhindert worden wären, in deren Folge die Siemens AG Verfahrenskosten und Strafsanktionen in Milliardenhöhe zu bezahlen hatte. Zwischen den Instanzen sollen sich nach Presseverlautbarungen Neubürger und die Siemens AG verglichen haben.

Abs. 2 KrWG). Entsprechendes gilt für die Bestellung des *Datenschutzbeauftragten* gem. § 4 f Abs. 3 BDSG (vgl. § 33 Rz. 115 ff.). Diese genannten Betriebsbeauftragten unterscheiden sich von einem Compliance-Beauftragten jedoch insoweit, als diese vom Unternehmen von Gesetzes wegen ausdrücklich bestellt werden müssen; aus dieser kodifizierten Verpflichtung zur Bestellung dieser Betriebsbeauftragten lässt sich jedoch nicht zugleich die Pflicht zur Bestellung eines Compliance-Beauftragten ableiten.

5. Aufsichtspflicht i.S. von § 130 OWiG

Umstritten ist, ob sich aus § 130 OWiG – ggf. i.V.m. oben genannten Spezialvorschriften – (näher § 30 Rz. 125 ff.) der allgemeine Rechtsgedanke für eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation herleiten lässt¹. Bereichsspezifische Einzelregelungen sprechen eher gegen eine solche Annahme², da die speziellen Vorschriften auf ganz bestimmte Sektoren und Gefährdungslagen zugeschnitten sind und sich nicht verallgemeinern lassen³. In jedem Falle besteht für den Unternehmensleiter ein großer **Ermessensspielraum**, auf welche Weise der Aufsichtspflicht aus § 130 OWiG nachgekommen werden muss⁴. Je nach Einzelfall kann hierfür die Einrichtung einer Compliance-Organisation erforderlich sein. Allerdings folgt aus dem Umstand, dass das Vorhandensein eines Compliance-Programms eine Aufsichtspflichtverletzung des Geschäftsleiters entfallen lassen kann, im Umkehrschluss nicht eine Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation, um bei einem Pflichtverstoß durch einen Unternehmensangehörigen einer bußgeldrechtlichen Ahndung zu entgehen⁵.

Als **zusammenfassender Befund** lässt sich festhalten: Auch wenn *keine generelle Pflicht* zur Einrichtung einer Compliance-Organisation besteht, wird die Unternehmensleitung ihrer „Legalitätspflicht“ *oftmals* nur mittels *institutionalisierter Compliance-Strukturen* nachkommen können⁶. Darüber hinaus können derartige Maßnahmen häufig auch außerhalb des strafrechtlich relevanten Bereichs – Ultima-ratio-Funktion des Strafrechts(!) – angezeigt sein, um – nach dem Vorsichtsprinzip – den Organisationspflichten (auch zur Vermeidung einer persönlichen Haftung gem. § 43 GmbHG, § 93 AktG des Unternehmensleiters) in jedem Falle nachzukommen oder um damit (auch nicht straf-

1 Vgl. die Nw. bei Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 18, Fn. 56, 57; bejahend Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 40 („Kernvorschrift der Criminal Compliance“); Schneider, ZIP 2003, 645 (648 ff.); abl. Niesler in G/J/W, § 130 OWiG Rz. 12; Wessing/Dann in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 31.

2 Dierlamm in Göring/Inderst/Bannenberg, Compliance, Kap. 6 Rz. 113; Engelhart, Sanktionierung, S. 511; Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 18.

3 Hauschka in Hauschka, Compliance, § 1 Rz. 23; Wessing/Dann in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 31.

4 Vgl. die Nw. bei Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 18 Fn. 58.

5 Wessing/Dann in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 31.

6 Wessing/Dann in Volk, MüAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 36.

rechtsrelevante) Nachteile vom Unternehmen und dessen Angehörigen abzuwenden.

B. Compliance-Organisation

- 18 Ein Compliance-System soll maßgeblich – auch – helfen, bereits **im Vorfeld potenzieller Verstöße** Fehler und Schäden zu vermeiden, jedenfalls aber vorhandene Mängel abzustellen. Auch wenn die Compliance bei der letztgenannten Zielrichtung Gemeinsamkeiten aufweist, setzt sie grundsätzlich früher an als das Controlling und die Revision und unterscheidet sich dadurch maßgeblich von diesen retrospektiven Instrumenten¹.

I. Erforderlichkeit

- 19 Ob und in welchem **Umfang** eine Compliance-Organisation einzurichten ist, hängt – ohne dass diese gebräuchliche Formulierung allein eine nähere Orientierung bieten könnte – von den „Umständen des Einzelfalls“, d.h. vom jeweiligen Unternehmen und seinem Umfeld, ab. Hierbei spielen insbesondere die Größe und Struktur des Unternehmens, das Geschäftsfeld (mit seinem spezifischen Risikopotenzial) und die Frage von Verstößen in der Vergangenheit eine entscheidende Rolle² (zum rechtlichen Erfordernis vgl. Rz. 8 ff.). Denn da die Entwicklung einer Compliance-Organisation kein Selbstzweck sein darf³, können lediglich die erforderlichen und zumutbaren Präventionsmaßnahmen gefordert werden⁴.
- 20 Voraussetzung zur Feststellung möglicher Gefahrenquellen ist deshalb zunächst, die Unternehmensstruktur zu prüfen, um im Wege einer **Risikoanalyse** besondere Risikobereiche auszumachen⁵. Besondere Risikorelevanz besteht dabei erfahrungsgemäß bei Risikogeschäften, Kartellsachverhalten, Korruptionssachverhalten, im Bereich der Beschaffung und des Vertriebs sowie bei der Beschäftigung von Mitarbeitern im lohnsteuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Bereich⁶. Sodann sind potenzielle Gefahrenlagen anhand charakteristischer Merkmale zu identifizieren, wobei es insbesondere um die Motive bei unternehmensschädigenden (finanzielle Motive, persönliche Krisen, berufliche Konfliktlagen, die als ungerecht empfunden werden) und bei vermeintlich dem Unternehmen dienenden (Erfolgseifer, Umsatzdruck, Unkenntnis der Rechtslage) Handlungen geht⁷. Problematisch ist dabei jedoch,

1 *Bürkle* in Hauschka, Compliance, § 8 Rz. 55; vgl. aber auch *Jakob* in Momsen/Grützner, Kap. 2 B. Rz. 1 ff. („Interne Revision als Mittel zur Sicherstellung des Compliance“).

2 *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 91 AktG Rz. 50.

3 *Hauschka* in Hauschka, Compliance, § 1 Rz. 23; *Wessing/Dann* in Volk, MünAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 4 Rz. 35.

4 *Fleischer* in Spindler/Stilz, § 91 AktG Rz. 53.

5 *Eidam*, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 68; *Knierim* in W/J, Kap. 5 Rz. 108 ff.

6 Vgl. dazu auch *Knierim* in W/J, Kap. 5 Rz. 20 ff.; *Wessing/Dann* in Volk, MünAnwHdb. Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 14 Rz. 112 ff.

7 *Eidam*, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 69.

dass es weder zuverlässige charakteristische Täterprofile gibt noch sich die oben genannten Befindlichkeiten eines Mitarbeiters gesichert in der Praxis erkennen lassen. Es kann deshalb bereits in diesem Verfahrensstadium daran gedacht werden, zur Erlangung weitergehender Informationen *unternehmensinterne Meldesysteme* (Ombudsmann, Hotline, „Kummerkasten“; Rz. 34 f.) einzurichten¹.

II. Ausgestaltung

Bei der Ausgestaltung einer Compliance-Organisation kann es keine „Patentlösungen“ geben. Compliance-Programme sind vielmehr **speziell** auf das jeweilige Unternehmen und die Branche **abzustimmen**. Dabei spielen u.a. Unternehmensgröße und Qualifikation der Mitarbeiter sowie – auch bei der Ausgestaltung – Tätigkeitsbereiche und Gefahrenpotenziale eine Rolle². 21

1. Verhaltenskodex und Verhaltensrichtlinien

Die Errichtung einer Compliance-Organisation beginnt mit der Formulierung eines (rechtlichen und ethischen Grundsätzen entsprechenden) **Unternehmensleitbildes**, das die jeweilige Unternehmenspolitik und Unternehmensethik umfasst³. Diese Grundsätze werden in Verhaltensrichtlinien festgeschrieben, die von der Unternehmensleitung vorgelebt werden und auf die die Unternehmensmitarbeiter geschult werden. Auch wenn das Unternehmen bei der Definition eines Unternehmensleitbildes frei ist, geht der *Minimalstandard* dahin, dass die allgemeingesetzlichen Bestimmungen zu erfüllen sind sowie Regeln eingehalten werden müssen, zu denen sich das Unternehmen gegenüber Dritten (insbesondere Vertragspartnern) vertraglich verpflichtet hat. Zu beachten ist, dass die Unternehmensrichtlinien⁴ als Instrument der Selbstbindung nicht lediglich vordergründig (straß-)rechtskonformes Verhalten der Unternehmensmitarbeiter gewährleisten, in Wirklichkeit aber allein unter ökonomischen Gesichtspunkten vor allem die erstrebte Gewinnmaximierung sichern sollen⁵. Existenz, Kommunikation und Kontrolle der Unternehmensrichtlinien gewährleisten dann nämlich nicht die Einhaltung rechtlicher oder ethische Grundsätze, sondern bergen die Gefahr, eher zur bloßen PR-Maßnahme zu verkommen⁶. 22

Bei solchen Richtlinien kann in *Ausnahmefällen* sogar das Risiko bestehen, dass sie **strafbarkeitskonstituierend** wirken⁷. Zwar mögen privatrechtliche Re- 23

1 Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 70.

2 Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 65 ff.; Hauschka, NJW 2004, 257 (259); Knierim in W/J, Kap. 5 Rz. 105 f.; Harz/Weyand/Reiter/Methner/Noa, Mit Compliance Wirtschaftskriminalität vermeiden, S. 37 f.

3 Eidam, Unternehmen und Strafe, Kap. 14 Rz. 80; Harz/Weyand/Reiter/Methner/Noa, Mit Compliance Wirtschaftskriminalität vermeiden, S. 13 ff.

4 Vgl. hierzu Theile, ZIS 2008, 406 ff.

5 Vgl. insofern die Bedenken von Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 45.

6 Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 45; Theile, ZIS 2008, 406 (417 f.).

7 Vgl. Rotsch in A/R, Kap. 4 Rz. 47.

	Rz.		Rz.
III. Auslandsfälle	380	3. Steuerpflicht des Arbeitnehmers	393
1. Anmeldepflicht des Arbeitgebers	381	4. Grenzüberschreitender Informationsaustausch	395
2. Doppelbesteuerungsabkommen	388		

Schrifttum: (außer den Kommentaren zu § 266a StGB): *Bader*, Schadensermittlung im Beitragsstrafrecht, wistra 2010, 121; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, 2006; *Büttner*, Berechnung des illegalen Vermögensvorteils, 2. Aufl. 2012; *Esser/Keuten*, Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB und zivilrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Teilzahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen, wistra 2010, 161; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen [...] während der materiellen Insolvenz der GmbH, 2009; *Küttner*, Personalbuch, 21. Aufl. 2014; *Steinberg*, Nicht intendierte strafmildernde Wirkung des § 266a StGB, wistra 2009, 55; *Radtke*, Nichtabführen von Arbeitnehmerbeiträgen [...] in der Krise des Unternehmens, GmbHHR 2009, 673; *Stuckert*, Schadensermittlung bei Schwarzarbeit am Bau, wistra 2014, 289 ff.; *Waszczyński*, Wirtschaftsstrafrecht als studentische Herausforderung – Zur Korrelation verschiedener Rechtsgebiete am Beispiel des § 266a StGB, ZJS 2009, 596; außerdem die Nachweise oben zu § 36 und § 37.

A. Beitragsvorenthaltung

I. Überblick

Bei der Bekämpfung der *illegalen Beschäftigung* (zum Begriff Rz. 265, s. auch oben § 36) ist der Straftatbestand der Beitragsvorenthaltung (**§ 266a Abs. 1 und 2 StGB**) von großer Bedeutung. Die Strafvorschrift richtet sich gegen den *Arbeitgeber*, also gegen den Unternehmer, als potenziellen Täter. Der Unternehmer ist nicht nur zentraler Orientierungspunkt der Darstellung in diesem Handbuch (§ 1 Rz. 19), sondern in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber auch die Schlüsselfigur für diese Art der Kriminalität: Der Arbeitgeber ist es, der in erster Linie von der illegalen Beschäftigung profitiert. In der Strafrechtspraxis steht die Frage im Vordergrund, welcher der Beteiligten als „Arbeitgeber“ der Täter ist (Rz. 27 ff.). Die Straftaten der sonstigen Profiteure, ggf. auch der Beschäftigten, leiten sich – auch dogmatisch (*Anstiftung* und *Beihilfe*) – von der Straftat des Arbeitgebers ab (s. Rz. 29).

Die Strafvorschrift des § 266a StGB enthält in den Abs. 1–3 verschiedene Straftatbestände mit unterschiedlichen Voraussetzungen. Für die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung sind nur **Abs. 1** und **Abs. 2** von Bedeutung, weil es nur dort um Sozialversicherungsbeiträge geht, die vorenthalten werden. Für diese beiden Absätze, die zusammen einen Tatbestand bilden¹ (Rz. 292a), wird hier die Bezeichnung „**Beitragsvorenthaltung**“ verwendet. Dagegen hat der von **Abs. 3** erfasste Sachverhalt mit der Sozialversicherung nichts zu tun, sondern ist ein Sonderfall der *Untreue*, durch den – abgesehen von historischen Gründen (Rz. 12a) – die räumliche Nähe der gesamten Norm zu § 266 StGB (§ 32 Rz. 1 ff.) etwas plausibler wird. Das von Abs. 3 unter Strafe gestellte Verhalten spielt in der Praxis keine nennenswerte Rolle.

¹ BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13, Rz.18.

- 3 In § 266a Abs. 3 StGB geht es nicht um Sozialversicherungsbeiträge (oder *Lohnsteuer*: § 370 AO, Rz. 301 ff.), sondern um andere „Teile des Arbeitsentgelts“, die der Arbeitgeber dem Beschäftigten vom *Lohn* auf dessen Kosten abziehen darf oder muss und die er direkt an eine andere Person zahlen soll. Gemeint sind damit z.B. **vermögenswirksame Leistungen** i.S. des 5. Vermögensbildungsgesetzes¹ oder **gepfändete Lohnbestandteile**. Insoweit geht § 266a Abs. 3 StGB als speziellere Norm dem allgemeinen Untreuetatbestand vor.

Sonstige Zahlungspflichten des Arbeitgebers ohne Lohnabzug, wie etwa die Umlagen zur SOKA-BAU (Rz. 195), unterfallen auch der Strafvorschrift des Abs. 3 nicht.

- 4 Die Beitragsvorenthaltung als Inbegriff der illegalen Beschäftigung wird nach zwei unterschiedlichen Vorschriften bestraft:
- § 266a Abs. 1 StGB stellt die schlichte Nichtzahlung von Beiträgen unter Strafe und erfasst nur die sog. Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (**Nichtzahlungsfälle**, Rz. 26 ff.). Mit illegaler Beschäftigung hat dieser Tatbestand nichts zu tun (Rz. 266).
 - § 266a Abs. 2 StGB setzt neben der Nichtzahlung die Verwirklichung eines Täuschungselements voraus (**Täuschungsfälle**), eben „illegales“ Verhalten des Arbeitgebers, erfasst selbst aber nur Beiträge und Umlagen nach dem Sozialversicherungsrecht, die wirtschaftlich vom Arbeitgeber zu tragen sind (Rz. 186). In Fällen illegaler Beschäftigung wird er deshalb von Abs. 1 ergänzt (Rz. 292a); gemeinsam erfassen beide Absätze dann alle gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen. Der für Beschäftigung ab Juli 2004 geltende (Rz. 181) Abs. 2 verdrängt seither den **Betrugstatbestand**².

Die ursprüngliche Strafvorschrift ist § 266a Abs. 1 StGB, die sich bereits seit 1986 im StGB befindet. Zuvor waren vergleichbare Strafvorschriften in den damaligen Gesetzen zur Sozialversicherung zu finden³.

1. Wirtschaftliche Hintergründe

- 5 Die Beitragsvorenthaltung ist eine der wichtigsten Triebfedern für illegale Beschäftigung (s. auch § 36 Rz. 7 ff.). Denn der große Gewinn für den Arbeitgeber, sein Motiv für diese Form der Kriminalität, steckt in erster Linie im ersparten Aufwand an Beiträgen zur Sozialversicherung. Der **Lohnaufwand** des gesetzestreuen, redlichen Arbeitgebers beträgt i.d.R. mehr als das Doppelte des ausbezahlten Nettolohnes. Zum *Bruttolohn* gehören, neben dem *Nettolohn*, die *Arbeitnehmeranteile* zur Sozialversicherung und die *Lohnsteuer* (Rz. 101).

Der **Gesamtsozialversicherungsbeitrag**, der von der Strafvorschrift der Beitragsvorenthaltung in erster Linie erfasst wird, macht dabei rund 40 % des Bruttolohnes aus, also allein schon 50–60 % des Nettolohnes. Nimmt man die Lohnsteuer hinzu, liegt der Aufschlag auf den Nettolohn schon in der Größenordnung von 80 %.

1 § 2 Abs. 7 des 5. VermBG: Vermögenswirksame Leistungen sind arbeitsrechtlich Bestandteil des Lohns oder Gehalts; BGH v. 15.7.2010 – 4 StR 164/10, Rz. 8 f.

2 BGH v. 20.12.2007 – 5 StR 481/07 – Altfall-Entscheidung; BGH v. 24.4.2007 – 1 StR 639/06 – Gewerbsmäßigkeit begründet keinen bes. schweren Fall.

3 Einzelheiten und Fundstellen zum früheren Recht bei *Radtke* in MüKo, § 266a StGB, Rz. 1.

Zum weiteren Lohnaufwand, also zu den **Lohnnebenkosten** des Unternehmers für den Beschäftigten, zählen zusätzlich zum Bruttolohn insbesondere die *Arbeitgeberanteile* und die *Umlagen* zu den Sozialversicherungen, Kosten der *Lohnfortzahlung* bei Urlaub, Krankheit, Schwangerschaft (Rz. 102, 186 ff.) sowie die anteiligen Gemeinkosten (Kosten für Verwaltung, Arbeitskleidung, Sanitärräume usw.)¹.

Die Beschäftigten legen häufig primär Wert auf den Nettolohn (*Barlohn*), nicht auf die Beitragszahlung zur Sozialversicherung. An ihre künftigen Renten denken sie oft nicht. Der Arbeitgeber kann die Arbeitsleistung dann „schwarz“ einkaufen und dadurch erhebliche Kosten sparen. Der Beschäftigte erhält Arbeit und Lohn, der Arbeitgeber eine billige Arbeitskraft. Diese vermeintlich für beide Seiten vorteilhafte Abrede führt dazu, dass die Beitragsvorenthaltung weit verbreitet ist, ob nun im Kleinen einzelne *Überstunden* „schwarz“ eingekauft werden oder im Großen hauptberufliche Arbeit „schwarz“ abgerechnet wird. Die finanziellen Folgen für Arbeitgeber, die in großem Stil „schwarz“ abrechnen, sind im Falle der Aufdeckung zumeist **ruinös** (s. auch Rz. 289a).

Der Arbeitgeber hat oft keine Rücklagen, um die Beiträge nachträglich zu entrichten. Denn auch seine Auftraggeber wissen, dass der Lohnaufwand des illegalen Arbeitgebers sich auf den **Nettolohn** beschränkt, und drücken entsprechend die Preise. Und wenn der Arbeitgeber mit seinem geringeren Werklohn nicht einverstanden wäre, so findet der Auftraggeber in vielen Branchen leicht einen anderen Unternehmer, der bereit ist, den niedrigen Werklohn zu akzeptieren und so den Auftraggeber am Vorteil der Beitragsvorenthaltung im geforderten Maß teilhaben zu lassen.

Beraterhinweis: Berater (*Steuerberater, Rechtsanwälte, Unternehmensberater, Projektsteuerer* usw.) sind häufig in die Organisation der illegalen Beschäftigung involviert, insbesondere bei „Scheinselbstständigkeit“ (Rz. 11b) und vorgetäuschten *Werkverträgen* (Rz. 19a). Nach Aufdeckung der illegalen Beschäftigung werden sie zunehmend in die Verantwortung genommen, sowohl von den Strafverfolgungsbehörden wie vom Arbeitgeber, der auf einen **Regress** hinaus will, eine naheliegende Weiterentwicklung der Berufung des Täters auf eine falsche Beratung als schlichte Ausrede² (Rz. 241).

Aber auch für Berater ohne große einschlägige Erfahrung, die erst nach Aufdeckung der Taten zugezogen werden, stellt sich die Vielfalt der Rechtsfragen und der Konsequenzen für den Mandanten verwirrend dar³ und birgt das Risiko eigener **Haftung**, dem die hiesigen Ausführungen entgegenwirken können.

Vom jährlichen **Gesamtschaden in Milliardenhöhe**, den illegale Beschäftigung verursacht, entfällt ein Großteil auf vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge. Es liegt nahe, dass der *Beitragssatz* deutlich gesenkt werden könnte, wenn alle Arbeitgeber die Beiträge für ihre Beschäftigten pflichtgemäß abführten.

Der Umsatz in der **Schattenwirtschaft** soll 2013 geschätzt 344 Mrd. Euro betragen haben – das wären 13,2 % des *Bruttoinlandsprodukts* (BIP)⁴. Verursacht wird wohl immerhin

1 Beispielsrechnung und Erläuterung in *Büttner, Illegale Beschäftigung – Schwarzarbeit*, 2012, S. 13.

2 So noch im Fall BGH v. 16.4.2014 – 1 StR 516/13, Rz. 45 f.

3 Anschaulich die Beispiele bei *Körner*, NJW 2014, 584 ff.

4 So eine Prognose der *Universität Linz* und des *Tübinger Instituts für Angewandte Wirtschaftsforschung* (IAW), veröffentlicht im *Hamburger Abendblatt* v. 6.2.2013.

ein Schaden für Sozialversicherung und Fiskus in zweistelliger Milliardenhöhe; genaue Zahlen gibt es natürlich nicht¹. Die Größenordnung der Einnahmen der gesetzlichen Sozialversicherungen (**Beitragsaufkommen**) lag 2013 bei rund 500 Mrd. Euro (2012: 536,5 Mrd.); 2009 (Einnahmen: 480 Mrd.) gab es ein *Defizit* von 22 Mrd., 2012 einen *Überschuss* von 15,8 Mrd.². Das gesamte *Steueraufkommen* lag – zum Vergleich – 2013 ebenfalls in der Größenordnung von gut 500 Mrd. Euro.

- 8 Zusätzliche illegale Gewinne winken dem Arbeitgeber auch aus *Steuerhinterziehung* (§ 370 AO, bezüglich Lohnsteuer und Umsatzsteuer), sowie aus dem strafbaren Verstoß gegen die Vorschriften des *Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes* (SchwarzArbG), des *Aufenthaltsgesetzes* und des *Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes* (AÜG) sowie aus **Ordnungswidrigkeiten** nach diesen Gesetzen und dem *Arbeitnehmerentsendegesetz* (AEntG), wobei AÜG, AEntG und SchwarzArbG auch für rein deutsche Beschäftigungsverhältnisse gelten (§ 37 Rz. 29a ff.). Kosten spart der illegale Arbeitgeber oft zugleich auch durch Verstöße gegen Arbeitszeit- und andere **Arbeitsschutzvorschriften**. Denn seine „Schwarzarbeiter“ wagen regelmäßig keinen Protest – wenn sie denn die Schutzvorschriften für Arbeitnehmer überhaupt kennen (s. auch Rz. 11b, 28a).
- 9 Die **Abschöpfung des Gewinns** aus den *ersparten Aufwendungen* ist ebenso wichtig wie die Bestrafung. Der Arbeitgeber (ggf. eine juristische Person) und andere Tatbeteiligte (*Geschäftsführer, Gehilfen*) haften persönlich für die Beiträge bzw. auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 2 BGB), weshalb strafrechtlich regelmäßig nicht *Verfall* (wegen § 73 Abs. 1 S. 2 StGB), sondern „*Rückgewinnungshilfe*“ zugunsten der Sozialversicherungsträger veranlasst ist (§ 111b Abs. 5 StPO).

Dabei haften mehrere Täter – und zusätzlich die aufgrund *Verschiebung* Beteiligten³ – als **Gesamtschuldner**, ggf. in unterschiedlicher Höhe, etwa wegen § 73c StGB⁴, soweit dem Vermögen des (Verschiebungs-)Beteiligten die ersparten Aufwendungen zugeflossen sind⁵.

- 10 Die strafrechtliche Verurteilung der Unternehmensverantwortlichen ist auch für deren zivilrechtliche *Haftung* (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB⁶) von Bedeutung. Bei illegaler Beschäftigung („Schwarzarbeit“) sind die Einzugsstellen in der Praxis ohne die Ergebnisse der strafrechtlichen Ermittlungen und das Strafurteil nicht in der Lage, den **Schadensersatz** einzuklagen (Rz. 151).

Die Unternehmensverantwortlichen können sich ihrer Haftung durch **Delegation** auf Mitarbeiter nicht vollständig entledigen; *Überwachungspflichten* bleiben⁷ (Rz. 31).

Das Unternehmen verwirkt regelmäßig eine „**Verbandsgeldbuße**“ gem. § 30 OWiG (Rz. 175). Als weitere Nebenfolge ordnet § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Schwarz-

1 Zur Methodik *Schneider/Torgler/Schaltegger*, Schattenwirtschaft und Steuermoral, 2008.

2 Quellen: Pressemitteilungen des Statistischen Bundesamtes Deutschland.

3 BGH v. 13.7.2010 – 1 StR 239/10.

4 BGH v. 28.10.2010 – 4 StR 215/10.

5 BGH v. 22.7.2014 – 1 StR 53/14.

6 BGH v. 11.6.2013 – II ZR 389/12.

7 BGH v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95 – Delegations-Entscheidung, BGHZ 133, 370.

ArbG eine *Auftrags-* und *Vergabesperre* an¹. Zur Haftung des Straftäters im Steuerrecht s. Rz. 343.

2. Schutzgut

Ratio legis der Strafvorschriften ist allein (Rz. 12) der **Schutz des Beitragsaufkommens** der Solidargemeinschaft der gesetzlich Sozialversicherten in Deutschland (Rz. 11a). Das System der gesetzlichen Sozialversicherungen beruht darauf, dass ein Teil des durch Arbeit erwirtschafteten Wertes den Sozialversicherungen zur Verfügung gestellt wird, damit die Sozialversicherungen daraus ihre Aufgaben (Altersvorsorge, Krankheitsfürsorge usw.) bezahlen können. In Deutschland werden dazu vorwiegend die von den *abhängig Beschäftigten* für ihren Arbeitgeber erwirtschafteten Werte herangezogen. 11

Dem System der gesetzlichen Sozialversicherungen wird deshalb seine Basis entzogen, wenn erhebliche Teile des *Bruttoinlandsprodukts* erwirtschaftet werden, ohne dass die Arbeitgeber aus den Löhnen Sozialversicherungsbeiträge abführen. Neben der „Schwarzarbeit“ von Inländern spielt dabei zunehmend eine negative Rolle, dass wegen der Regelungen der **Europäischen Union** zur sog. Entsendung (Rz. 11a, 19 ff., 63a) EU-Ausländer vergleichsweise problemlos in Deutschland beschäftigt werden können, ohne dass hier Sozialversicherungsbeiträge anfallen (s. auch § 37 Rz. 136 ff). Aus der Sicht des Arbeitgebers ist dies doppelt verlockend: Zum niedrigen Lohn, mit dem diese Ausländer zufrieden sind, kommt die immense Ersparnis an *Lohnnebenkosten* (Rz. 5).

Der Straftatbestand schützt nur deutsche Sozialversicherungsbeiträge². Sorgt der Unternehmer dafür, dass für seine Beschäftigten wegen „Entsendung“ keine Sozialversicherungsbeiträge in Deutschland zu zahlen sind (Rz. 19), ist er vor Strafverfolgung sicher. Zwar ergeben die hiesigen Ermittlungen zumeist, dass im Herkunftsstaat, wo bei Entsendung die Beiträge anfallen, die wirkliche Bemessungsgrundlage – der vergleichsweise hohe Lohn in Deutschland – verschwiegen wird. Jedoch ist es schon aus praktischen Gründen, insbesondere wegen des aufwendigen Rechtshilfeverfahrens, kaum möglich, mit den hiesigen Erkenntnissen zu einer Bestrafung des Täters im Herkunftsstaat zu verhel- 11a fen. Überdies sind im Herkunftsstaat die Beitragsbemessungsgrenzen oft so niedrig, dass dort kein Beitragsschaden entsteht. Und schließlich haben die Täter inzwischen ihren Lebensmittelpunkt regelmäßig in Deutschland und sind deutsche Staatsangehörige, sind also für die Strafverfolgungsbehörden im Herkunftsstaat nicht greifbar.

Andererseits bestünden auch große Schwierigkeiten, das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen eines anderen Staates von hier aus zu verfolgen. Zum einen wäre der Informationsaustausch – im Rechtshilfeweg – kompliziert und langwierig, also in Haftsachen kaum zu verantworten. Zum anderen haben die Täter schon wegen ihrer Finanzkraft vielfach zu viel Einfluss auf die Behörden des Herkunftsstaates.

1 Einzelheiten bei *Pananis* in Ignor/Rixen, § 6 Rz. 47.

2 BGH v. 24.10.2006 – 1 StR 44/06, Rz. 25.

- 11b Das größte Problem für das Beitragsaufkommen ist indes die sogenannte **Scheinselbständigkeit**: abhängig und beitragspflichtig Beschäftigte werden vom Arbeitgeber als „Selbständige“ (Gewerbetreibende) behandelt. Sie werden nicht in der *Lohnbuchhaltung* geführt, sondern als Lieferant bei den bezogenen Leistungen. Sie erhalten keine *Lohnabrechnung*, sondern werden nach Gutschriften oder Rechnungen bezahlt, häufig mit Ausweis der Umsatzsteuer¹, aber eben ohne Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. Zugleich spart sich der illegale Arbeitgeber die Kosten einer Einhaltung der *Arbeitsschutzvorschriften* (Rz. 8) und die Zahlung der für ihn verbindlichen Löhne (Mindestlohn, Tariflohn).

Der Aufdeckung von Scheinselbständigkeit, der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit (Rz. 48b), kommt deshalb große Bedeutung zu, nicht nur für das Beitragsaufkommen. In der Praxis geschieht wenig, schon weil die *Prüfdienste* der Rentenversicherungsträger (Rz. 22) personell ungenügend ausgestattet sind. Strafrechtlich haben die Täter, wenn die Fehlbehandlung das erste Mal aufgedeckt wird, auch wenig zu befürchten (Rz. 289a).

In aller Regel sind **Berater** (Rz. 6a) eingebunden, auf deren Rat sich der Täter nach der Aufdeckung der Tat beruft. Und so bekommen die Täter häufig einen strafmindernden *Irrtum* (Rz. 236, 289a) zugebilligt, während im Gegenzug eine *Haftung* der Berater infrage kommt – solange nicht festgestellt werden kann, dass der Täter selbst rechtskundig ist und seine Berater gezielt über den wirklichen Sachverhalt getäuscht hatte (Rz. 241).

Schäden und illegale Gewinne im Sozialversicherungsrecht wegen „Scheinselbständigkeit“ wären nicht mehr möglich, wenn alle Erwerbstätige, auch Selbständige, gesetzlich pflichtversichert wären, wie dies etwa in *Österreich* und der *Schweiz* der Fall ist.

- 12 Nach dem geltenden Recht gibt es bei § 266a Abs. 1 und 2 StGB kein Element einer **Veruntreuung** einbehaltener Beiträge mehr² (Rz. 161). Der Schutzzweck umfasst keine Rechte des Beschäftigten³; dessen Einwilligung in die Beitragsvorenthaltung ist bedeutungslos (Rz. 180; zu Nachteilen für Beschäftigte s. Rz. 259). Der Arbeitgeber schuldet die Beiträge selbst (für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag s. § 28e SGB IV). Es ist nur die Missachtung dieser gesetzlichen Zahlungspflichten des Arbeitgebers, die vom Straftatbestand der Beitragsvorenthaltung – § 266a Abs. 1 und 2 StGB – erfasst wird.
- 12a Die gesetzliche Überschrift „**Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt**“ ist historisch bedingt. Der Gesetzgeber sah das strafwürdige Unrecht ursprünglich darin, dass der Arbeitgeber einen Teil des vereinbarten Lohnes („Bruttolohn“, Rz. 5) einbehält und seinem Beschäftigten nur den Restbetrag („Nettolohn“) auszahlt, den einbehaltenen Lohnbestandteil aber pflichtwidrig nicht als Beitrag abführt, sondern für sich verwendet, also veruntreut. Daher wurde der Straftatbestand auch hinter dem Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) in das StGB eingefügt.

Die gesetzliche Bezeichnung des Tatbestands führt in die Irre, nämlich regelmäßig – sogar bei Rechtsanwälten – zu der irrigen Annahme, der Straftatbestand erfasse die Fälle, in de-

1 Ein Beispiel im Fall BGH v. 16.4.2014 – 1 StR 516/13, Rz. 9.

2 BGH v. 28.5.2002 – 5 StR 16/02 – Omissio-libera-in-causa-Entscheidung, BGHSt 47, 318, Rz. 12 f.

3 Radtke in MüKo, § 266a StGB, Rz. 4.

nen der Arbeitgeber den (Netto-)Lohn nicht zahlt. Ein solches Fehlverhalten wird indes allenfalls als **Betrug** erfasst.

Der Straftatbestand der Beitragsvorenthaltung erschließt sich nur einem Anwender, der die Grundzüge des Systems der **gesetzlichen Sozialversicherungen** und ihrer Finanzierung kennt. Das Sozialversicherungsrecht ist die Basis der Tatbestandsverwirklichung. Im vorliegenden Beitrag werden die grundsätzlichen Zusammenhänge dargestellt, ohne auf die vielfältigen Besonderheiten im fein verästelten Sozialversicherungsrecht einzugehen. 13

Praxistipp: Mithilfe der hier dargestellten Grundzüge allein lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob und in welcher Höhe und insbesondere von wem als Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen sind, schon wegen der vielfältigen Ausnahmen und Besonderheiten nicht, aber auch wegen der ständigen Änderungen, wie etwa 2013 die *Minijobreform*¹ (Rz. 188 ff.). Der *Prüfdienst* der Deutschen Rentenversicherung muss ohnehin von den Ermittlungsergebnissen informiert werden und über die Nacherhebung von Beiträgen gegenüber dem Arbeitgeber entscheiden (Rz.185a); hier findet man eine kompetente Beurteilung der Rechtslage, beispielsweise im Text der verwaltungsverfahrenrechtlichen **Anhörung** des Arbeitgebers.

3. Akzessorietät

a) Verwaltungsrechtsakzessorietät

Die **normativen Tatbestandsmerkmale** bestimmen sich nach dem Sozialversicherungsrecht². Wenn nach dem Sozialversicherungsrecht kein Beitrag entstanden ist, kann der Tatbestand der Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) nicht verwirklicht werden³. Das Strafrecht kann nur den Verstoß gegen eine Handlungspflicht (Zahlung der Beiträge) ahnden, wenn die Handlungspflicht nach Sozialversicherungsrecht besteht⁴. Wegen Beitragsvorenthaltung kann nur strafbar sein, wer in seiner Person als Arbeitgeber i.S. des Sozialversicherungsrechts wirklich Beiträge schuldet (*Sonderdelikt*, Rz. 29). 14

Für die Frage, ob nach Sozialversicherungsrecht Beiträge entstanden sind, kommt es allein auf die tatsächlichen Verhältnisse, die „*gelebte Zusammenarbeit*“, an⁵ (Rz. 48, 104). Ein **Geständnis** des Arbeitgebers kann der Verurteilung deshalb nur zugrunde gelegt werden, soweit es die Anknüpfungstatsachen betrifft⁶ (Rz. 246). Ein „Geständnis“ der Beitragspflicht bzw. -höhe ist die Äußerung einer Rechtsauffassung, nämlich Rechtsanwendung⁷, die nur bei sozial- 15

1 Zur „Minijobreform“ mit Rentenversicherungspflicht *Segebrecht* in jurisPK, 2. Aufl. 2013, § 172 SGB VI Rz. 9, 22 ff.

2 St. Rspr., etwa BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08 – Hochrechnungsentscheidung, BGHSt 53, 71.

3 BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08 – Hochrechnungsentscheidung, BGHSt 53, 71, Rz. 14.

4 BGH v. 24.10.2006 – 1 StR 44/06 – E 101 (EU)-Entscheidung, BGHSt 51, 124, Rz. 25.

5 BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13, Rz. 10; BGH v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09 – Entleiher-Entscheidung, wistra 2010, 29.

6 Im SteuerR BGH v. 11.8.2010 – 1 StR 199/10; BGH v. 15.3.2005 – 5 StR 469/04, wistra 2005, 307, Rz. 5; zum „faktischen Geschäftsführer“ BGH v. 23.1.2013 – 1 StR 459/12, Rz. 37.

7 Vgl. etwa BGH v. 11.8.2011 – 1 StR 295/11, unter Nr. 3.

versicherungsrechtlicher Sachkunde des Arbeitgebers von Bedeutung sein kann.

- 16 Wenn das Sozialversicherungsrecht eine **Schätzung** der Bemessungsgrundlagen (Arbeitsentgelt) erlaubt (§ 28f Abs. 2 SGB IV), etwa anhand eines aus dem Vergleich mit anderen Unternehmen gewonnenen Prozentsatzes vom Umsatz¹, ähnlich wie im Steuerstrafrecht², so gelten die sich daraus ergebenden Beiträge auch für das Strafrecht (Rz. 247).
- 17 Von der folglich hier gegebenen Verwaltungsrechtsakzessorietät ist die **Verwaltungsaktsakzessorietät** zu unterscheiden: Eine Bindung des Strafrechts an Verwaltungsakte der Sozialversicherungsträger besteht nicht. Das Strafrecht ist nur im Ergebnis an Verwaltungsakte der Sozialversicherungsträger „gebunden“, weil ein Täter, der die falsche Rechtsauffassung des Sozialversicherungsträgers teilt, seinen (Verbots-)Irrtum regelmäßig nicht vermeiden konnte (Rz. 238).
- 18 Keinerlei Bindung gibt es an Entscheidungen in anderen Rechtsgebieten, etwa an Urteile der **Arbeitsgerichtsbarkeit** (Rz. 43).

b) Europäische Union

- 19 Das Recht der EU beeinflusst das deutsche Sozialversicherungsrecht, wenn ein weiterer Mitgliedsstaat betroffen ist, insbesondere bei „*Entsendung*“ nach Deutschland. Hier gibt es eine Bindung an Akte anderer Mitgliedsstaaten, etwa die Bindung des deutschen Sozialversicherungsrechts an die Entsendebescheinigungen nach EU-Recht (**A 1**, früher: **E 101**, Rz. 111). Ferner entfaltet die *Gewerbeanmeldung* in einem anderen Mitgliedsstaat eine *Sperrwirkung* für Sozialversicherungsbeiträge in Deutschland (Rz. 63a). Gestärkt wird durch die Regelungen zur Entsendung der Grundsatz, dass jeder Unionsbürger in nur einem Mitgliedsstaat an das System der sozialen Sicherung (Altersabsicherung usw.) angeschlossen sein soll.

Besteht keine solche Bindungswirkung, kann die Anwendung europäischer Regelungen – etwa der Niederlassungsfreiheit – nicht durch Absprachen „auf dem Papier“ erzwungen werden; auch hier gilt dann die gelebte Wirklichkeit³.

- 19a Die heutige Rechtslage ist ein Problem für das europaweite **Beitragsaufkommen**. In Deutschland missbrauchen illegale Arbeitgeber die Regelungen zur *Entsendung*. Sie setzen ihre Beschäftigten in einer Weise ein, dass nach deutschem Sozialversicherungsrecht Beiträge zu zahlen wären, täuschen durch *Werkverträge* „auf dem Papier“ eine Entsendung vor und berufen sich gegen Beitragsforderungen in Deutschland auf diese „Entsendung“ – materiell zu Unrecht, aber eben mit Bindungswirkung. Diese Täter haben nichts zu befürchten, wenn hier aufgedeckt wird, dass sie bewusst Beschäftigte mit erschlichenen Entsendebescheinigungen oder unberechtigten Gewerbebescheinigungen ihres Heimatlands einsetzen, die Entsenderegelungen also missbrauchen: Solche Arbeitgeber kön-

1 BGH v. 6.2.2013 – 1 StR 577/12; grundlegend: BGH v.10.11.2009 – 1 StR 283/09 – Nettolohnquote-66,66-%-Entscheidung, wistra 2010, 148, Rz. 21 ff.; BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71, Rz. 8.

2 BGH v. 24.5.2007 – 5 StR 58/07 – Schätzungs-Entscheidung (SteuerR), wistra 2007, 345.

3 BGH v. 27.9.2011 – 1 StR 399/11, Rz. 11 ff.

nen mangels Beitragspflicht in Deutschland dafür nicht bestraft werden (Rz. 116) und auch im Herkunftsstaat drohen weder Strafe noch Forderungen nach Beitragszahlung (Rz. 11a).

4. Zusammenarbeitsbehörden

a) Deutsche Rentenversicherung

Das seit über 125 Jahren in Deutschland bestehende, komplexe System der sozialen Sicherung mit *Krankenversicherung* (1883), *Unfallversicherung* (1884), *Rentenversicherung* (Invaliditäts- und Altersversicherung 1889), 1911 in der RVO zusammengefasst, ist vielfach reformiert und erweitert (*Arbeitslosenversicherung*, *Pflegeversicherung*) worden; es findet sich heute in dem aus 12 Büchern mit jeweils eigenständiger Paragrafenzählung bestehenden **Sozialgesetzbuch** (dazu § 36 Rz. 13). 20

Träger der gesetzlichen Rentenversicherung – einem der fünf *Zweige der Sozialversicherung* (§ 36 Rz. 13) – ist die „**Deutsche Rentenversicherung**“. Ihr kommt in Strafsachen eine besonders wichtige Rolle zu: 21

Aufgabe der „Deutschen Rentenversicherung“ ist es auch, die Einhaltung der Beitragspflichten durch die Arbeitgeber zu prüfen und – nur gegenüber dem Arbeitgeber¹ – über die Beitragszahlungspflicht zu entscheiden (Rz. 147, 185a). Die Deutsche Rentenversicherung als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung prüft und entscheidet auch in den anderen Zweigen der Sozialversicherung, seit 2010 auch in der *Unfallversicherung*. Die Deutsche Rentenversicherung beurteilt von Amts wegen – mit **Amtsermittlungspflicht** – einen ihr bekannt gewordenen Sachverhalt und entscheidet auch, ob und von wem als Arbeitgeber nachträglich Beiträge und Umlagen zu erheben sind. Der intern zuständige **Prüfdienst** der Deutschen Rentenversicherung legt dabei den zahlungspflichtigen Arbeitgeber ebenso fest wie die Höhe der Beiträge. Streitigkeiten werden in der *Sozialgerichtsbarkeit* ausgefochten. 22

Über die finanzielle **Haftung** anderer (Tat-)Beteiligter entscheiden hingegen die *Einzugsstellen* (Rz. 151), im Streitfall unter Befassung der Zivilgerichtsbarkeit (Rz. 10). 23

Die Zuständigkeit innerhalb der Deutschen Rentenversicherung ist aufgeteilt zwischen der *Deutschen Rentenversicherung Bund*, der ehemaligen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (**BfA**) und der *Deutschen Rentenversicherung* in den einzelnen Bundesländern (also z.B. Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg), den ehemaligen Landesversicherungsanstalten (**LVA**). Zur Abgrenzung zwischen Bund und Land dient die letzte Ziffer der **Betriebsnummer** (Rz. 95) des Arbeitgebers und zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der *Sitz* des Arbeitgebers (s. auch Rz. 300). 22a

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch die Deutsche Rentenversicherung – etwa in der verfahrensrechtlichen *Anhörung* des Arbeitgebers – ist für die Strafjustiz von großer Bedeutung. Sie ist die Basis der Strafverfolgung, nämlich Ausgangspunkt der eigenständigen sozialversiche- 23

1 LSG NRW v. 25.1.2012 – L 8 R 67/09, Rz. 25.

rungsrechtlichen Würdigung durch die Strafjustiz. Angesichts der Komplexität der sozialversicherungsrechtlichen Materie wäre das Fehlerrisiko ohne sachkundige Vorbeurteilung durch die Deutsche Rentenversicherung zu groß (Rz. 13, 185a). Dies gilt auch in Fällen schlichter Nichtzahlung der vom Arbeitgeber selbst genannten („nachgewiesenen“) Beiträge (Rz. 147a).

Die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden sind im Gegenzug auch für die Deutsche Rentenversicherung von großer Bedeutung. Deren – ohnehin viel zu wenige (Rz. 11b) – Mitarbeiter im **Prüfdienst** sind weitgehend auf freiwillige Angaben und freiwillig präsentierte Unterlagen der Arbeitgeber angewiesen, seien diese nun vollständig und richtig oder nicht. Demgegenüber schaffen die Ermittlungen der Strafjustiz eine sehr viel verlässlichere, der Wirklichkeit sehr viel näher kommende Grundlage für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen, also in Täuschungsfällen (Rz. 181 ff.), schon weil den Strafverfolgungsorganen die Zwangsmittel der StPO zur Verfügung stehen (s. auch § 36 Rz. 26).

b) Finanzkontrolle Schwarzarbeit

- 24 Zu den **Zusammenarbeitsbehörden** zählt, neben der Strafjustiz und der Deutschen Rentenversicherung, insbesondere die „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“, das sind Dienststellen der Hauptzollämter. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit ist, neben anderen Aufgaben (s. § 36 Rz. 22 ff.), originär nur für die Aufdeckung illegaler Beschäftigung zuständig, also nicht für reine Verstöße gegen Abs. 1 der Strafvorschrift (Rz. 3). Trifft illegale Beschäftigung mit anderen Straftaten (etwa Urkundenfälschung) zusammen, entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie die Finanzkontrolle Schwarzarbeit auch insoweit mit den Ermittlungen beauftragt oder zusätzlich oder stattdessen die allgemeine (Landes-)Polizei heranzieht. Häufig empfiehlt es sich, Ressourcen und Kompetenzen in gemeinsamen **Ermittlungsgruppen** zu bündeln (s. § 36 Rz. 50), i.d.R. unter Einbindung der *Steu-erfahndung*.

Ferner gehören die Einzugsstellen (§ 28h SGB IV), die Arbeitsverwaltung, Polizei- und Bußgeldbehörden, aber auch Ausländer- und Gewerbebehörden und vor allem auch die Finanzverwaltung zu den Zusammenarbeitsbehörden. Dementsprechend gibt es viele Vorschriften, die zur **Zusammenarbeit** verpflichten und im Ergebnis fast keine Verschwiegenheitspflichten („*Datenschutz*“) zwischen den an der Bekämpfung der illegalen Beschäftigung beteiligten Zusammenarbeitsbehörden (s. § 36 Rz. 28 ff.). Auch Zivilgerichte können zur Mitteilung von illegaler Beschäftigung verpflichtet sein (Nr. I 5 MiZi¹).

Das **Steuergeheimnis** (§ 30 AO) ist hier faktisch aufgehoben durch § 31a AO, der sogar eine *Mitteilungspflicht* der Finanzbehörden vorschreibt, ebenso wie § 6 Abs. 1 SchwarzArbG (§ 36 Rz. 29). Auch das *Verwendungsverbot* für außersteuerliche Straftaten (wie gerade § 266a StGB) in § 393 Abs. 2 AO (§ 15 Rz. 42), Ausprägung des „*Nemo-tenetur-Grundsatzes*“ (s. § 10 Rz. 10), greift regelmäßig nicht².

1 Anordnung über die Mitteilungen in Zivilsachen zu §§ 12, 13 Abs. 1, §§ 15–17 EGGVG.

2 BGH v. 16.4.2014 – 1 StR 516/13, Rz. 32 ff.; w.Nw., aber keine hilfreiche Klarstellung zu §§ 31a, 393 AO in BVerfG v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07.

c) Arbeitsinspektion?

Die Zusammenarbeit der vielen Fachbehörden und der Strafjustiz bündelt und nutzt die unterschiedlichen Kompetenzen, was bei der Aufdeckung und Ahndung von illegaler Beschäftigung (Täuschungsfälle nach Abs. 2 der Strafvorschrift, Rz. 181 ff.) auch unabdingbar ist. Sie erzeugt aber auch viele **Reibungsverluste**, schon durch die unterschiedlichen Aufgaben und Zielvorgaben. 25

Die Zusammenarbeit gehört dennoch weiter ausgebaut, nämlich um bei einer Kontrolle die Einhaltung aller beschäftigungsbezogenen Vorschriften prüfen zu können. Denn die Täter ziehen ihren Vorteil aus allen Verstößen (Rz. 8). Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit ist aber beispielsweise nicht zuständig für Verstöße gegen Arbeitszeit- und andere **Arbeitsschutzvorschriften**. Deshalb muss bislang ein Mitarbeiter der Gewerbeaufsicht zugezogen werden, um die Gelegenheit der Kontrolle auch zur Überprüfung des Arbeitsschutzes zu nutzen. Die Bündelung der Überprüfungen wäre auch ein Vorteil für die Unternehmen, weil es dann seltener Kontrollen geben könnte. 25a

Abhilfe könnte eine entsprechend kompetent zusammengesetzte, gut ausgebildete und ausgestattete, für alle relevanten Verstöße zuständige **Arbeitsinspektion** schaffen, die einer eigenen Bußgeldstelle, daneben den Straf- und Bußgeldsachenstellen der Finanzverwaltung und insbesondere spezialisierten Staatsanwaltschaften – nach deren Vorgaben – zuarbeitet. Das Fachpersonal einer solchen Arbeitsinspektion könnte sich um alle Rechtsverletzungen mit Bezug zur Beschäftigung kümmern, vom Meldeverstoß über die Mindestlohnunterschreitung bis zu Lohnwucher (§ 291 StGB) und Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung (§ 233 StGB). 25b

II. Fälle schlichter Nichtzahlung

§ 266a Abs. 1 StGB betrifft sog. „Nichtzahlungsfälle“. Dieser Tatbestand ist von großer praktischer Bedeutung insbesondere im Zusammenhang mit *Insolvenzen* (Rz. 142c). Der Straftatbestand ist vergleichsweise schnell verwirklicht: Strafbar ist es bereits, wenn der Täter „schlicht“¹ einen Teil der Sozialversicherungsbeiträge – die „**Arbeitnehmeranteile**“ – nicht pünktlich und vollständig zahlt. § 266a Abs. 1 StGB ist somit ein „scharfes Schwert“, zumal mit dem Regelstrafrahmen bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. 26

Praxistipp: Im Urteil genügen bei § 266a Abs. 1 StGB wenige notwendige Feststellungen. Der BGH führt dazu aus, dass es in solchen Fällen (entgegen seiner früheren Rechtsprechung) für Taten nach dem 1.4.2003 nun lediglich noch der Feststellung der Arbeitgeberstellung, der Höhe der vorenthaltenen *Arbeitnehmeranteile* (Rz. 98), der geschädigten *Krankenkasse* (Einzugsstelle, Rz. 148) sowie der *Beschäftigungsmonate*, für die Beiträge vorenthalten wurden, bedarf². Anderes gilt bei Abs. 2, also in Fällen illegaler Beschäftigungsverhältnisse (Rz. 181 ff.)³. Zur Zuständigkeit s. Rz. 299 ff. 26a

Diese Feststellungen lassen sich allein auf die **Beitragsnachweise** (Rz. 142 ff.) des Arbeitgebers stützen, sofern davon ausgegangen werden kann, dass der – ggf. sachkundig bera-

1 OLG Thüringen v. 26.8.2011 – 1 Ss 40/11, wistra 2012, 121.

2 BGH v. 7.10.2010 – 1 StR 424/10.

3 BGH v. 11.8.2010 – 1 StR 199/10

tene – Täter inhaltlich richtige Beitragsnachweise eingereicht hat (Rz. 176), also wegen seiner *Arbeitgeberstellung* (Rz. 27 ff.) auch verpflichtet war, überhaupt gegenüber der Einzugsstelle Beitragsnachweise abzugeben.

- 26b **Praxistipp:** Der notwendige Inhalt einer wirksamen **Anklage** („*Umgrenzungsfunktion*“) ist gering¹: Es genügt in allen Fällen, auch Täuschungsfällen, die Angabe der Beschäftigungsmonate und der Einzugsstellen, auf die sich die gerichtliche Untersuchung der pflichtwidrig nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträge erstrecken soll. Die Angabe des Schadens, der Höhe der vorenthaltenen Beiträge, ist allerdings im Hinblick auf die *Informationsfunktion* der Anklage wünschenswert, gehört also zu einer sachgerechten Anklage². Einer *Verlesung* seitenlanger Tabellen mit einzelnen Beschäftigungsmonaten und Beiträgen aus der Anklageschrift bedarf es nicht³.

Die Akten sollten Ausdrucke der *Beitragsnachweise* enthalten oder zumindest eine Erklärung der Einzugsstelle, dass ihre Angaben zu vorenthaltenen Arbeitnehmeranteilen aus Beitragsnachweisen des Täters stammen und nicht etwa aus ihren (Pseudo-)„*Schätzungen*“, weil diese der Strafverfolgung nicht zugrunde gelegt werden können (Rz. 260).

1. Arbeitgeber

a) Arbeitgeberstellung

- 27 Der Arbeitgeber i.S. der Strafnorm bestimmt sich allein nach dem Sozialversicherungsrecht⁴: Tauglicher Täter ist nur der zahlungspflichtige Arbeitgeber nach den Regelungen im SGB (z.B. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV), denn § 266a StGB schützt nur das Beitragsaufkommen (Rz. 11). Eine Definition des Arbeitgebers gibt es in den Sozialgesetzbüchern allerdings nicht. Im Sozialversicherungsrecht und damit im Strafrecht ist im Rückschluss „Arbeitgeber“, wer die aus Beschäftigung entstandenen Beiträge und Umlagen nach Sozialversicherungsrecht schuldet⁵. Der Arbeitgeber definiert sich somit über die abhängige Beschäftigung (Rz. 36 ff.) einer anderen Person. Zwar zahlungspflichtig, aber eben kein „Arbeitgeber“ i. S. der Strafnorm, ist demzufolge der „kleine Selbständige“ (Rz. 86).
- 27a Der BGH hat inzwischen die Kriterien für die **Arbeitgeber-Eigenschaft** i.S. des Straftatbestands mehrfach klargestellt⁶ und dabei die vorstehenden Ausführungen bestätigt. Auch hier sind der rechtlichen Beurteilung die tatsächlichen Verhältnisse und nicht die (Schein-)Verträge oder Rechtsauffassungen der Beteiligten zugrunde zu legen⁷. Bei der Subsumtion im Sozialversicherungsrecht ist eine *wertende Gesamtwürdigung* der Umstände erforderlich – und in diesem Erfordernis steckt das Problem für den einfachen Strafrechtspraktiker. Der BGH orientiert sich bei der Würdigung an den Begrifflichkeiten der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, deren sachgerechte Anwendung indes schwierig

1 BGH v. 2.3.2011 – 2 StR 524/10, Rz. 6; OLG Thüringen v. 26.8.2011 – 1 Ss 40/11, wistra 2012, 121 (122).

2 BGH v. 8.8.2012 – 1 StR 296/12

3 BGH v. 12.1.2011 – GSSt 1/10.

4 BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13, Rz. 10.

5 So auch Radtke, GmbHR 2009, 673 (675).

6 Zusammenfassend BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13; BGH v. 16.4.2014 – 1 StR 516/13, Rz. 24 ff.

7 BGH v. 6.2.2013 – 1 StR 577/12, Rz. 33 ff.; BGH v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09.

ist. Die Prüfung auf ein „umfassendes arbeitsrechtliches *Weisungsrecht*“ und auf eine „Einbindung in den Betriebsablauf des Arbeitgebers“¹ führt nur dann zum richtigen Ergebnis, wenn die Abgrenzung zum Weisungsrecht des Auftraggebers (Rz. 51) und zur Unterwerfung des Lieferanten (des Subunternehmers) unter die betrieblichen Erfordernisse des Auftraggeberbetriebs (Rz. 38) gelingt.

Häufig besteht das Problem vor allem darin, unter den vielen Beteiligten, etwa bei Subunternehmens-Ketten („**Kettenbetrug**“), den wirklichen Arbeitgeber und damit den (Haupt-)Täter herauszufinden². 28

Praxistipp: Es gilt als Grundsatz: Aus dem Kreis der vielen Personen, die an der Verwertung von Arbeit beteiligt sein können, ist der Arbeitgeber derjenige Unternehmer, der das **unternehmerische Risiko** trägt, auch dann zur Lohnzahlung verpflichtet zu sein, wenn er aus der Tätigkeit des Lohnempfängers keine adäquaten Einnahmen erzielen konnte³ (Rz. 60). Dieses Zusammenwirken von Arbeitgeber und Beschäftigtem (Lohnempfänger) wird im SGB „*Beschäftigung*“ genannt (Rz. 37).

Praxistipp: Es hilft die Suche „von unten“: Bei mehreren potenziellen Arbeitgebern, häufig die Folge einer vom Initiator bewusst verschleierte (illegalen) Beschäftigung, geht man bei der Suche nach dem wirklichen Arbeitgeber „von unten“, also von der Person aus, für deren Arbeit der Kunde (Auftraggeber) bezahlt, und prüft zuerst, ob diese Person selbständig, also selbst Unternehmer ist. Falls nicht, liegt stets abhängige Beschäftigung vor (Rz. 36 ff., 48b); die Arbeit wird im Rahmen abhängiger Beschäftigung verrichtet. Nun gilt es noch, den Arbeitgeber dieses Beschäftigten zu finden. Dazu sucht man „von unten“ den ersten Vorgesetzten dieses Beschäftigten, der Unternehmer ist, also nicht ebenfalls Beschäftigter (Arbeitnehmer). 28a

Dann ist zu prüfen, ob es sich hierbei um ein „**Serviceunternehmen**“ (s. Rz. 160a) handelt, das eine feste Provision für seine Dienste erhält, oder um den Arbeitgeber, der *Unternehmerisiko* trägt, gerade auch aus der Beschäftigung (Rz. 28).

Nach außen kann der so als Arbeitgeber identifizierte Unternehmer ebenso gut als angeblich angestellter **Kolonnenführer** wie als angeblicher Auftraggeber eines nur scheinbar selbständigen Mitarbeiters auftreten (s. die Beispiele unten).

Mit dieser Methode gelangt man ohne spitzfindiges Abwägen der (An-)Weisungen der verschiedenen Unternehmer in der Kette, die aus der Arbeit des Beschäftigten ihren Gewinn erzielen, zum Arbeitgeber⁴. Dessen Auftraggeber haftet zwar nicht direkt als Arbeitgeber (Rz. 29); er kommt jedoch regelmäßig als Beteiligter (*Anstifter, Gehilfe*) in Betracht. Denn er ist es zumeist, der zur eigenen Kostenersparnis seine Arbeitnehmer „outgesourct“ hat und dabei weiß, dass sein Lieferant, der Arbeitgeber, nur deshalb die Arbeit so billig an ihn verkaufen kann, weil er vielfältig Gesetze verletzt: nicht nur die Zahlungspflichten als Arbeitgeber, sondern auch Arbeitszeit- und andere *Arbeitsschutzvorschriften* (Rz. 8). Zur Bestrafung des Hintermannes s. Rz. 294.

Beispielsfälle: (1) Einer von drei „**Kolonnenführern**“, die nach außen unter der Firma „O GmbH“ auftreten, verhandelt jeweils die zu verrichtenden Bauarbeiten und Preise mit dem Auftraggeber, plant und überwacht die Arbeiten und sorgt für die benötigten Arbeiter. Der jeweilige Kolonnenführer leitet die Arbeiter an und zahlt den Lohn aus. Die Rechnungen werden nach Vorgaben der Kolonnenführer vom *Geschäftsführer* der O GmbH geschrieben und der Werklohn wird von den Auftraggebern an die O GmbH ge- 28b

1 BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13, Rz. 11.

2 LSG NRW v. 25.1.2012 – L 8 R 67/09, Rz. 33.

3 Ähnlich BSG v. 27.7.2011 – B 12 KR 10/09, Rz. 18.

4 Schön zu testen auch am Fall BGH v. 16.4.2014 – StR 516/13, Rz. 25 ff.

zahlt. Die O GmbH behält hiervon 8 % ein und gibt den Rest an die Kolonnenführer weiter. Die Differenz zum Lohnaufwand verbleibt den Kolonnenführern¹.

Lösung: Sind bereits die Kolonnenführer jeweils Arbeitgeber, ist es nicht die O GmbH (also Prüfung „von unten“). Deren Geschäftsführer ist dann nicht als Täter, sondern als *Anstifter* oder *Gehilfe* strafbar² (s. auch Rz. 294). So ist es hier: Ob und welchen Gewinn die „Kolonnenführer“ aus ihrer Tätigkeit ziehen (*unternehmerisches Risiko*), hängt davon ab, ob sie gut verhandeln, den Auftrag bekommen (*unternehmerische Initiative*), nicht zu viele Arbeiter einsetzen (Lohnaufwand!), aber auch nicht zu wenige und gute Arbeit liefern, also voll bezahlt werden (*unternehmerisches Risiko*) – kurz: von ihrem unternehmerischen Geschick. Der Geschäftsführer bekommt schlicht seine Provision (8 %) für seine Dienstleistung – und die Arbeiter erhalten, wenn sie erst einmal eingestellt wurden („Lohnrisiko“, Rz. 59), ihren Lohn für die geleisteten Stunden.

(2) Ein weiteres *Beispiel* in der neueren Rechtsprechung des BGH ist ein Fall mit drei „selbständigen“ Polen in der Landwirtschaft, die „auf dem Papier“ andere Polen im Betrieb eines Großbauern beschäftigten. Der BGH bestätigte, wenn auch ohne nähere Begründung, die Einstufung des Bauern als Arbeitgeber aller Polen³. Der Entscheidung lässt sich entnehmen, dass auch die „selbständigen“ Polen nichts zu entscheiden hatten, sondern schlicht für ihre Arbeit bezahlt wurden⁴: Sie trugen kein **unternehmerisches Risiko** und entfalteten keine **unternehmerische Initiative**.

- 28c Es kann auch **mehrere Arbeitgeber** geben, die strafrechtlich nebeneinander haften. Dies gilt etwa für die *illegale Arbeitnehmerüberlassung* (Rz. 78) und das *mittelbare Arbeitsverhältnis* (Rz. 88).

- 29 Beitragsvorenthaltung ist ein *Sonderdelikt*: Tauglicher Täter kann nur sein, wer in seiner Person das besondere persönliche Merkmal „Arbeitgeber“ erfüllt (§§ 14, 28 StGB). Neben Organen von juristischen Personen und dem Betriebsinhaber können das auch „**Beauftragte**“ i.S. von § 14 Abs. 2 StGB sein⁵, die sonst nur Gehilfen wären.

Mittelbare Täterschaft wird nicht von § 266a StGB erfasst (Rz. 294).

Andere **Tatbeteiligte**, die nicht selbst Beiträge schulden (Rz. 1, 28a), können nur als *Anstifter* oder *Gehilfen* strafbar sein, aus einem wegen des fehlenden besonderen persönlichen Merkmals „Arbeitgeber“ gemilderten Strafrahmen⁶.

Beispiele: Ein Arbeitnehmer, der den Arbeitgeber dazu bringt, ihn „illegal“ zu beschäftigen, damit sein *Sozialleistungsbetrug* nicht bekannt wird, ist bezüglich § 266a StGB *Anstifter* – und sein illegaler Arbeitgeber *Gehilfe* beim *Betrug* des Arbeitnehmers (s. auch Rz. 282). Ein Verkäufer von Scheinrechnungen (besser: **Abdeckrechnungen**), mit deren Hilfe der (Bar-)Lohnaufwand in der Buchhaltung des Arbeitgebers abgedeckt werden soll (Rz. 256), ist *Gehilfe* bei der Beitragsvorenthaltung und – ggf. in Tateinheit⁸ – der (Lohn-)Steuerhinterziehung.

1 Angelehnt an BGH v. 5.6.2013 – 1 StR 626/12, NStZ-RR 2013, 278 f.

2 So im Fall BGH v. 5.6.2013 – 1 StR 626/12, NStZ-RR 2013, 278 f.

3 Im Fall BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13.

4 BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13, Rz. 4, 12.

5 Instruktiv BGH v. 12.9.2012 – 5 StR 363/12, Rz. 12 ff.

6 BGH v. 14.6.2011 – 1 StR 90/11 – Abdeckrechnungsschreiber, Rz. 23.

7 BGH v. 5.6.2013 – 1 StR 626/12; BGH v. 4.3.2008 – 5 StR 594/07 – Beihilfe-Entscheidung, wistra 2008, 217.

8 BGH v. 5.6.2013 – 1 StR 626/12, Rz. 9.

Dritte feststellbar“ sein müssen¹. Danach ist insbesondere geklärt, dass „Schein-auslandsgesellschaften/-firmen“ (s. hierzu § 29 Rz. 69 ff., § 80 Rz. 21 ff. § 87 Rz. 20 ff.) am Ort ihrer tatsächlichen Tätigkeit erfasst werden².

Diese europäische Entwicklung war auch Anlass für die zuständige Working Group V der *Kommission der Vereinten Nationen* für internationales Handelsrecht (United Nations Commission on International Trade Law – **UNCITRAL** 2006), Empfehlungen für die Gesetzgeber („Legislative Guide on Insolvency Law“) zu erarbeiten³. Das Bundesministerium der Justiz hat mit seinem 2013 vorgelegten Diskussionsentwurf für ein „Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (DiskE)“⁴ nationale Wege zur Erleichterung der Sanierung von Konzernen aufgezeigt, ein Weg, der auch von der EU-Kommission im Rahmen der vorgesehenen Reform der EuInsVO vorgelegten Modell des Konzerninsolvenzrechtes (*Group of Companies*) verfolgt wird⁵. Weitergehend sind nun allerdings die am *Scheme of Arrangement*⁶ des UK angelehnten Empfehlungen der Kommission vom 12.3.2014, die sich deutlich vom Insolvenzverfahren lösen und den Sanierungsgedanken ins Vorfeld verlagern⁷.

§ 76

„Insolvenzstrafrecht“ im Überblick

Bearbeiter: Hans Richter

	Rz.		Rz.
I. Rechtsgüterschutz bei Unternehmensbeendigung	1	2. Insolvenzstrafrecht in der Finanz- und Wirtschaftskrise . . .	11
1. Kriminogene Wirkung der Krise	2		

- 1 Vgl. die Nw. bei *Nerlich* in *Nerlich/Römermann*, InsO, VO (EG) 1346/200 Art. 3 Rz. 12 ff.
- 2 Eingehend zu den – schon zivilrechtlich – begrenzten Möglichkeiten auch nach der InsO-Reform 2014 (näher oben Rz. 45) vgl. *Mock*, KTS 2014, 423 (445 ff.).
- 3 Vgl. hierzu – und zu den Ergebnissen der Arbeitsgruppe des BMJ – den Bericht von *Paulus*, ZGR 2010, 270 ff. (272, 280 ff.) mit umfangreichen Nw.
- 4 Eingehend hierzu *Dirk/Möhlenkamp*, BB 2013, 579 ff.
- 5 COM (2012) 743, 744 final v. 12.12.2012, vgl. *Dirk/Möhlenkamp*, BB 2013, 579 ff. m.Nw.; zum Vorschlag der Kommission v. 12.12.2012 (EuInsVO-E), insbes. auch zur geplanten Erweiterung auf vorinsolvenzrechtliche/Hybride Sanierungsverfahren und Anpassungen hinsichtlich der int. Zuständigkeit vgl. *Thole*, ZEuP 2014, 39 ff. und die Beiträge auf der KTS-Insolvenzrechtslehrtagung 2014 in Wien, *Thole*, KTS 2014, 351 ff.; *Brinkmann*, KTS 2014, 381 ff. und *Eidenmüller*, KTS 2014, 491 ff.
- 6 *Paulus*, BB 2012, 1556 ff.; *Karsten Schmidt*, BB 2011, 1603 ff.; *Mock*, GPR 2013, 156 ff.; zu den Anwendungsgrenzen in Deutschland BGH v. 15.2.2012 – IV ZR 194/09, BB 2012, 1561 ff. m. Anm. *Schröder/Fischer*.
- 7 Hinweise hierzu bei *Paulus*, BB 2014, Nr. 18, Die erste Seite; vgl. auch die am 12.3.2014 von der EU-Kommission vorgestellten Grundsätze für nationale Insolvenzverfahren, KTS 2014, 211 ff.

	Rz.		Rz.
II. Ermittlungspraxis	17	2. Straftaten im Überblick	52
1. Insolvenzverfahren und Straf- verfolgung	18	3. Europäische Insolvenz	54
2. Insolvenzgeheimnis	22	IV. Folgen für Unternehmensver- antwortliche	
3. Verbraucherinsolvenz	45	1. Strafrechtliche Sanktionen	59
III. Straftaten bei Unternehmens- beendigung		2. Organsperre	64
1. Rechtsgüter	48	3. Versagung der Restschuldbefrei- ung	76

Schrifttum (vgl. oben § 75; zu den Krisen unten §§ 77–81): *Achenbach*, Zivilrechtsakzessorietät der insolvenzstrafrechtlichen Krisenmerkmale, in GS Schlüchter, 2002, S. 257; *Bieneck*, Strafrechtliche Relevanz der Insolvenzordnung und aktueller Änderungen des Eigenkapitalersatzrechts, StV 1999, 43; *Bartels*, Das gegenwärtige Institut der Restschuldbefreiung, KTS 2013, 349 ff.; *Bittmann*, Insolvenzstrafrecht, Handbuch für die Praxis, 2004; *Bittmann*, Reform des GmbHG und Strafrecht, wistra 2007, 321; *Bittmann*, Insolvenzrecht und Rückgewinnungshilfe, ZHW 2014, 135 ff.; *Bittmann/Pikarski*, Strafbarkeit der Verantwortlichen der Vor-GmbH, wistra 1995, 91; *Bittmann/Rudolph*, Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, wistra 2001, 81 ff.; *Blesinger*, Das Steuergeheimnis und Erkenntnisse der Finanzbehörden über Insolvenzdelikte und Straftaten gegen die Gesetzmäßigkeit der Steuererhebung, wistra 2008, 416 ff.; *Bömelburg*, Der Selbstbelastungszwang im Insolvenzverfahren, Diss. Köln 2004; *Bora/Liebl/Poerting/Risch*, Polizeiliche Bearbeitung von Insolvenzkriminalität, 1992; *Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle* (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. 2007; *Dannecker/Knietrim/Hagemeyer*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2012; *Deutscher/Körner*, Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH, wistra 1996, 8; *Dohmen*, Verbraucherinsolvenz und Strafrecht, 2007; *Eidenmüller*, Strategische Insolvenz: Möglichkeiten, Grenzen, Rechtsvergleichung, ZIP 2014, 1197 ff.; *Grosche*, Die Generalklausel des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB im deutschen Bankrottstrafrecht, Diss. Würzburg, 1992; *Hadamitzky/Richter*, Vermeidung deliktischer Handlungen im Vorfeld einer Insolvenz – Unternehmenssanierung und Strafrecht, in von Leoprechting (Hrsg.) Unternehmenssanierung, 2010, 173 ff.; *Hefendehl*, Beweisermittlungs- und Beweisverwertungsverbote bei Auskunfts- und Mitwirkungspflichten, wistra 2003, 1 ff.; *Hegenröder*, Die Reform des Verfahrens zur Entschuldung natürlicher Personen, KTS 2013, 385 ff.; *Moosmayer*, Einfluss der Insolvenzordnung 1999 auf das Insolvenzstrafrecht, 1997; *Müller-Gugenberger*, Glanz und Elend des GmbH-Strafrechts, in FS Tiedemann, 2008, S. 1003; *Müller-Gugenberger*, GmbH-Strafrecht nach der Reform, GmbHHR 2009, 578; *Pelz*, Strafrecht in Krise und Insolvenz, 2004; *Penzlin*, Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung, 2000; *Püschel*, Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und seine Folgen für die Verteidigung, in Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 759; *Quedenfeld/Richter* in Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 6. Aufl. 2014, Teil E Kap. 9; *Rönnau/Wegner*, Wann ist ein Eröffnungsantrag „nicht richtig“ gestellt i.S.v. § 15a Abs. 4 2. Var. InsO? – eine strafrechtliche Analyse nach dem ESUG, ZInsO 2014, 1025 ff.; *Richter*, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 Abs. 1 InsO, wistra 2000, 1 ff.; *Richter*, „Scheinauslandsgesellschaften“ in der deutschen Strafverfolgungspraxis, in FS Tiedemann, 2008, S. 1023; *Röhm*, Zur Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts von der Insolvenzordnung, Diss. Tübingen, 2002; *Röhm*, Verbraucherbankrott, ZinsO 2003, 538; *Schellberg*, Der Insolvenzplan im neuen Insolvenzrecht, DB 1994, 1833; *Schellberg*, Zur Vorverlagerung der Insolvenzauslöser durch das neue Insolvenzrecht, KTS 1995, 563; *Schlüchter*, Der Grenzbereich zwischen Bankrottdelikten und unternehmerischen Fehlentscheidungen, 1977; *Stirner*, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757; *Tiedemann*, Generalklauseln im Konkursstrafrecht, KTS 1984, 539; *Uhlenbruck*, Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994, wistra 1996, 1; *Weiß*,

Ausschluss vom Geschäftsführeramt bei strafgerichtlichen Verurteilungen nach § 6 Abs. 2 GmbHG n.F., wistra 2009, 209; Verrel, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 1997, 361 ff. und 415 ff.; Weyand, Strafrechtliche Aspekte des MoMiG im Zusammenhang mit juristischen Personen, ZInsO 2008, 702 ff.; Weyand/Diversity, Insolvenzdelikte: Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 9. Aufl. 2013.

Schrifttum Europäisches Insolvenzrecht: Andres/Möhlenkamp, Konzerne in der Insolvenz – Chance auf Sanierung?, BB 2013, 579 ff.; Bittmann in Bittmann (Hrsg.), Insolvenzstrafrecht, 2004, § 12 Rz. 343 ff.; Carstens, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, 2005; Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl. 2010, § 128 Grundfragen des Internationalen Insolvenzrechts; Kemper, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1609 ff.; Mock, Internationale Restschuldbefreiung, KTS 2014, 423 ff.; Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Internationales Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2012; Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. 2013; Paulus, Europäisches Wettbewerbsrecht und sein Verhältnis zum nationalen Insolvenzrecht, ZIP 2014, 905 ff.; Paulus, Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht, ZGR 2010, 270 ff.; Prager/Keller, Der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform der EuInsVO, NZI 2013, 57 ff.; Radtke/Hoffmann, Die Anwendbarkeit von nationalem Insolvenzrecht auf EU-Auslandsgesellschaften, EuZW 2009, 404 ff.; Siemon/Frind, Der Konzern in der Insolvenz, NZI 2013, 1 ff.

I. Rechtsgüterschutz bei Unternehmensbeendigung

1 Wurden im vorangegangenen § 75 die zivilrechtlichen Möglichkeiten vorgestellt, die Unternehmern bei Eintritt einer wirtschaftlichen Krise zur Verfügung stehen, soll nunmehr zunächst auf den Zusammenhang zwischen *Krise* und *Strafrecht* eingegangen werden (Rz. 2 ff.). Gelingt eine Sanierung, wird regelmäßig Strafverfolgung nicht stattfinden, da die Strafverfolgungsbehörden von etwaigen strafbaren Handlungen keine Kenntnis erlangen. Scheitert sie allerdings, muss mit Ermittlungsverfahren gerechnet werden. Die hierfür nahezu stets erfolgenden *Amtsermittlungen* und die *Verfolgungspraxis* werden unter Rz. 17 ff. erläutert. Sodann folgt ein **Überblick** über regelmäßig in diesem Zusammenhang ermittelte **Straftaten** bei Sanierung und Unternehmensbeendigung (Rz. 48 ff.) und die damit verbundenen *Sanktionen* des Strafrechts und *sonstige Folgen* der Taten (Rz. 59 ff.). Unter Rz. 54 ff. wird kurz auf die *internationalen Bezüge* des Insolvenz(straf)rechts eingegangen.

1. Kriminogene Wirkung der Krise

2 **Unternehmenskrisen**, die im Insolvenzstrafrecht in den Begriffen der (drohenden) *Zahlungsunfähigkeit* (näher § 78) und *Überschuldung* (§ 79) ihren Ausdruck finden, wurden vor Inkrafttreten der InsO 1999 wegen meist völlig aufgebrauchter finanzieller Mittel nur selten durch *Sanierung* überwunden, sondern führten zumeist zur *Beendigung* der Unternehmungen. Daran hat sich wenig geändert: Eine sehr *geringe Eigenkapitalausstattung* sowie eingeschränkter Zugang zu Kredit und (neuem) Eigenkapital und dadurch hervorgerufene Zahlungsprobleme, aber auch *Managementfehler* machen die Unternehmen weiterhin krisenanfällig. Dies gilt nicht nur für kleine und mittlere Unternehmen bzw. Familienunternehmen, sondern ganz allgemein. Treten dann schwieriger werdende Außenbedingungen wie verstärkter Preisdruck,

Umsatzrückgänge oder Insolvenzen von Lieferanten oder Kunden hinzu, kommt es schnell zur auch strafrechtlich relevanten Krise¹.

- 3 Unternehmenszusammenbrüche führen häufig zu **erheblichen Wertverlusten** nicht nur beim betroffenen Unternehmensträger, sondern auch bei dessen Geschäftspartnern. Die Zerschlagung eines Unternehmens führt – neben dem Verlust von Arbeitsplätzen – zur Auflösung der Betriebsorganisation als gewachsener Funktionseinheit und zum Untergang von individuellem und gemeinschaftlich erarbeitetem Know-how. Wegen der hochgradigen Arbeitsteiligkeit der Wirtschaft können sich diese zunächst bei dem einzelnen betroffenen Unternehmen eingetretenen Schäden durch ihre *Kettenwirkung* bei Lieferanten, Kunden und staatlichen Institutionen vervielfältigen und sich so *negativ* auf die *gesamte Volkswirtschaft* und Gesellschaft auswirken. Die Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/2010 hat erneut gezeigt, dass Zusammenbrüche von weltweit tätigen Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten mit systemischer Bedeutung, in der globalisierten Wirtschaft Gefahren internationalen Ausmaßes herbeiführen können.
- 4 **Rechtspolitisches Ziel** der Anfang 1999 in Kraft getretenen *Insolvenzrechtsreform* im Unternehmensbereich und ganz verstärkt deren Novellierung 2011 durch das *ESUG* war und ist die *Vermeidung von Unternehmenszerschlagung* durch Vorverlegung des Zeitpunkts der Insolvenzreife und durch erweiterte rechtliche Fortführungsmöglichkeiten (eingehend § 75 Rz. 35 ff., 46 ff.). Das *Insolvenzstrafrecht* will dabei den Schutz der gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger insolventer Unternehmen sowie letztlich der gesamten Volkswirtschaft vor Vermögens- und Funktionsschäden durch Verstöße Einzelner gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung gewährleisten. Dem entspricht die h.M. zu den **geschützten Rechtsgütern** des Insolvenzstrafrechts².
- 5 Schon dem **Konkursstrafrecht** kam, vor allem nach seiner Änderung und Einfügung in das StGB durch das 1. WiKG und die *GmbH-Novelle 1980*, eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität zu. Die **Insolvenzrechtsreformen** haben diese Bedeutung noch verstärkt³. Die Wirkung der noch vor Eintritt der *Finanz- und Wirtschaftskrise* vorgenommenen erneuten Reform des Rechts der Kapitalgesellschaften durch das *MoMiG* mit ihrer auf Deregulierung gerichteten Zielsetzung auf diesen Rechtsgüterschutz wird unten (§ 82) näher beleuchtet, wobei das Ergebnis derzeit noch als durchaus zweischneidig bewertet werden muss. Strafrechtliche Relevanz können aber auch *Unternehmensbeendigungen ohne Krise* erlangen (zur *offenen* und *stillen Liquidation* und zum außergerichtlichen Vergleich vgl. § 75 Rz. 22 ff., zur *Unternehmensnachfolge* ohne Krise unten § 89).
- 6 Die Verhütung oder Behebung einer Unternehmenskrise erfordert – neben neuer Liquidität und/oder besserer Ertragslage – umfangreiche Kenntnisse und Erfahrungen, um unter den zahlreichen Lösungsalternativen die richtige aus-

1 Vgl. zu den Insolvenzursachen und zur Insolvenzanfälligkeit nach Branchen und Rechtsformen *Röhm*, Abhängigkeit des InsolvenzstrafR, S. 6 ff.

2 So deutlich *Fischer*, vor § 283 StGB Rz. 3 m.w.Nw.

3 Zur geschichtlichen Entwicklung des Insolvenzstrafrechts vgl. etwa *Röhm*, Abhängigkeit des InsolvenzstrafR, S. 5 ff.

zuwählen und den einmal gefundenen Weg fehlerfrei zu gehen (die einschlägige Literatur ist inzwischen unübersehbar geworden¹). Einigkeit herrscht aber über den Ausgangspunkt: Zunächst sind **betriebswirtschaftliche Analysen** des betroffenen Unternehmens durchzuführen und markt- und ertragsbezogene **Prognosen** aufzustellen, um über die Frage der Unternehmensbeendigung oder -fortführung entscheiden zu können. Dementsprechend basieren auch die insolvenzstrafrechtlichen Feststellungen zur Krise auf *Prognosen*. Erst danach ist ein Gesamtkonzept betriebswirtschaftlicher, finanztechnischer und rechtlicher Maßnahmen zu erstellen, welches handels-, gesellschafts-, sachen- und schuldrechtliche Aspekte sowie auch Komponenten des Erb- und Familienrechts, vor allem auch des Arbeits- und Steuerrechts, enthalten kann.

Hier zeigt sich die *zentrale Bedeutung* der **Fortführungsprognose** eines Unternehmens – auch und gerade in insolvenzstrafrechtlicher Hinsicht –, die durch das *FMStG* mit seiner neuen (= alten) verstärkt zukunftsbezogenen Auslegung des Überschuldungstatbestands unterstrichen wird (eingehend § 79 Rz. 19 ff.). Daneben sind verfahrensrechtliche Fragen zu klären. Der sich hieraus ergebende Prüfungs- und Entscheidungsumfang erfordert erheblichen Zeitaufwand. Da für Kapitalgesellschaften nur eine Frist von maximal drei Wochen nach Kriseneintritt zur Verfügung steht, die gerade keine „*Sanierungsfrist*“ darstellt (§ 80 Rz. 40 ff.), ist i.d.R. der Beginn erfolversprechender Maßnahmen verspätet, wenn bereits die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Erforderlich ist daher die *fortlaufende Überwachung* der wirtschaftlichen Lage und der Zukunftsaussichten schon eines (noch) gesunden Unternehmens. Unterlassungen insoweit sind insolvenzstrafrechtlich bei der Verschuldensprüfung zu berücksichtigen (§ 80 Rz. 41).

Nicht nur Unterlassungen nach Kriseneintritt, sondern vor allem auch unsachgemäße Aktivitäten zur Abwendung von Krisen führen in den strafrechtlichen Risikobereich. Die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten und komplexen Prognoseentscheidungen eröffnen nicht nur **Fehlerquellen**, die zu fahrlässigen Verstößen führen, sondern auch entsprechende **Tataneize** zu vorsätzlichem Handeln und haben daher eine große *kriminogene Wirkung*, wie die Zahl entsprechender Strafverfahren zeigt. Zu den oft beträchtlichen wirtschaftlichen Werten, die in einem Unternehmen – selbst nach Kriseneintritt – noch vorhanden sein können, kommt häufig die Einschätzung, dass einem hohen Tatgewinn durch *Aushöhlung* des Restvermögens nur eine geringe Entdeckungsgefahr gegenübersteht. So wird manche Insolvenz bewusst, als „*strategische Insolvenz*“² – unter scheinbarer oder tatsächlicher, allerdings rechtsmiss-

1 Vgl. neben den Literaturangaben oben zu § 75 unter dem Blickpunkt der Anforderungen an eine ordnungsgemäße Sanierung aus der Sicht der Wirtschaftsprüfer *Prütting*, ZIP 2013, 203 ff.; aus Beratersicht *Meyer-Söwy/Bruder*, GmbH 2012, 432 ff.; wertvolle Hinweise finden sich auch im Rundschreiben 3/2014 (BA) – Mindestanforderungen an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen (MaSan) der BaFin, obwohl diese für Bankensanierungen bestimmt sind.

2 Eingehend hierzu – auch zu den Missbrauchsrisiken – *Eidenüller*, ZIP 2014, 1197 (1202 ff.). Der aktuelle Fall „*Suhrkamp*“ (BGH v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14, ZIP 2014, 1442 = NJW 2014, 2436) zeigt Missbrauchspotenzial des Insolvenzplanverfahrens im Hinblick auf Gesellschafterstreitigkeiten.

bräuchlicher – Herbeiführung der Insolvenzgründe zum Zweck der persönlichen Bereicherung beantragt oder ein (fast) insolventes Unternehmen allein zu diesem Zweck erworben und danach „bestattet“ (§ 87 Rz. 44 ff.).

- 9 Auch die durch Angst vor wirtschaftlicher Existenzbedrohung und gesellschaftlicher Disqualifikation als Unternehmer hervorgerufene *Ausnahmesituation* mancher persönlich involvierter Krisenbetroffener kann zum Tatentschluss beitragen. Nicht gering sind die externen Tatanreize, die von **berufsmäßigen „Sanierern“** sowie von *Großgläubigern*, Konzernmüttern oder Übernahmeinteressenten des Unternehmens ausgehen, die ihre Einflussmöglichkeiten zur Verfolgung eigennütziger Ziele einsetzen und die strafrechtlichen Folgen ihres Handelns dem krisenbetroffenen Unternehmer aufzubürden versuchen (zu den Fallgestaltungen unten § 87).
- 10 Die **insolvenzstrafrechtlichen Grenzen** dieses unternehmerischen Handelns, die 1976 durch das 1. WiKG (§ 1 Rz. 63) neu bestimmt worden waren und durch die InsO zwar keine ausdrückliche, aber wegen der Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts gleichwohl eine entsprechende Veränderung erfahren haben (vgl. § 75 Rz. 49 ff.), ergeben sich aus den nachfolgenden Paragraphen, wobei Straftaten bei *Unternehmensbeendigungen* unten in den §§ 77–87 dargestellt sind, während die Ausführungen unten in § 89 in erster Linie die *Unternehmensfortführung* und Sanierung betreffen (vgl. die detaillierte Übersicht Rz. 53).

2. Insolvenzstrafrecht in der Finanz- und Wirtschaftskrise

- 11 Die im Herbst 2008 sichtbar gewordene Finanz- und Wirtschaftskrise ist ganz wesentlich auch eine **Krise des Gläubigerschutzes**. In hohem Maße ist (oft virtuelles) Vermögen, das Gläubigern zur Sicherheit für ihre Ansprüche gedient hatte, verloren gegangen – auch Vermögen von Kapitalgesellschaften, das zivil- und strafrechtlich unter besonderem gesetzlichen Schutz gestanden hat. Dadurch ist in ebenso hohem Maße auch eine wirtschaftliche **Vertrauenskrise** entstanden. Das Insolvenzstrafrecht hat dies nicht verhindern können. Es konnte insbesondere den Schutz seiner überindividuellen Rechtsgüter, nämlich des Funktionierens der Kreditwirtschaft und des gesamtwirtschaftlichen Systems¹, nicht gewährleisten.
- 12 Jedenfalls die insolvenzstrafrechtliche Verantwortlichkeit der Finanzkrisenverursacher – soweit sie der deutschen Strafergerichtsbarkeit unterfallen – wegen der Herbeiführung ihrer Unternehmenskrise durch **Spekulations- oder Differenzgeschäfte**, die gegen die Grundsätze ordnungsgemäßen Wirtschaftens verstoßen hatten (§ 283 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB – vgl. § 83 Rz. 54 ff.) und deren Verschleierung in den Bilanzen (Verstoß gegen die Grundsätze der ordnungsmäßigen Bilanzierung, §§ 283 Abs. 1 Nr. 5 und 7, 283b StGB – unten § 85) scheitert zumindest an den objektiven Strafbarkeitsbedingungen des § 283 Abs. 6 (§ 81 Rz. 65 ff.). Die vom Staat mit öffentlichen Mitteln – glücklicher-

1 Fischer, vor § 283 StGB Rz. 3.

weise – getroffenen Notmaßnahmen haben Zahlungseinstellung oder Insolvenzeröffnung oder -ablehnung mangels Masse im Banken- und damit auch im Industrie- und Handelsbereich bisher weitgehend verhindern können.

Auf der anderen Seite sind Unternehmen, denen keine staatliche Unterstützung in Form von Darlehen oder Bürgschaften zu Hilfe kamen, infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise in die Insolvenz geraten. Ihre Verantwortlichen waren und sind – nach Eintritt einer der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nach § 283 Abs. 6 StGB – bei Erfüllung der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen der Strafverfolgung unterworfen, vor allem auch wegen Bankrotthandlungen, die mit Spekulations- oder Differenzgeschäften nichts zu tun haben. Dies kann als **Gerechtigkeitslücke** wahrgenommen werden mit der Folge, dass die bisher geübte Strafverfolgung von Insolvenzdelikten erschwert wird – ganz abgesehen von den vom Gesetzgeber zusätzlich bewirkten Aufweichungen des Gläubigerschutzes¹. 13

Bereits vor Sichtbarwerden der Finanz- und Wirtschaftskrise hat der Gesetzgeber allerdings auf die aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis in Europa Platz greifenden Einflüsse zum Nachteil des Gläubigerschutzes reagiert: Der nach der Rechtsprechung des EuGH zur Zuzugsfreiheit ausländischer Kapitalgesellschaften² (vgl. auch § 23 Rz. 108) – und deren Anerkennung durch den BGH³ – zunehmend zu beobachtenden Verbreitung ausländischer Kapitalgesellschaften ohne Kapital, insbesondere der britischen **Limited**⁴, erforderlich gewordenen Anpassung des nationalen Gesellschaftsrecht wurde im Rahmen des MoMiG (§ 75 Rz. 2) Rechnung getragen⁵. Jedenfalls auf diese noch verhältnismäßig moderate Bestätigung des Gläubigerschutzes müssen sich die Wirtschaftsbeteiligten einstellen⁶ (§ 80 Rz. 17 ff.). 14

Dem steht aber insbesondere die gläubigerschutz einschränkende Wiedereinführung der früheren **Überschuldungsdefinition** aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der InsO durch das **FMStG** entgegen, nachdem die ursprüngliche Befristung auf zwei Jahre als „Notmaßnahme“ offenkundig unter der Annahme dauerhafter „Not“ 2012 entfristet⁷ wurde (§ 75 Rz. 4 und § 79 Rz. 16 ff.). 15

Die InsO hat den *Wortlaut* der **Straftatbestände** der §§ 283 ff. StGB sowie der Insolvenzverschleppung (heute § 15a InsO) **nicht verändert**, wenn man von den redaktionellen Anpassungen nach § 60 EGINsO absieht (statt „Konkurs“ dann 16

1 So auch *Bittmann*, wistra 2009, 139 m.w. Literatur-Hinweisen.

2 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – Centros, NJW 1999, 2027; EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – Überseering, BB 2002, 2402 = NJW 2002, 3614; EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – Inspire Act, NJW 2003, 3331.

3 BGH v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, NJW 2005, 1648.

4 Vgl. hierzu m. umfangreichen Hinweisen, auch zu statistischen Zahlen: *Müller-Gugenberger* in FS Tiedemann, 2008, S. 1011; *Dannecker/Knierim/Hagemeier*, InsolvenzstrafR, Rz. 12.

5 Vgl. zu der Historie *Mühlbauer*, Von England via Brüssel in die deutsche Provinz – und zurück?, in FS Wahle, 2008, S. 362 ff.

6 Zu den Fallgestaltungen ausländischer Gesellschaften vgl. *Müller-Gugenberger* in FS Tiedemann, 2008, S. 1010 ff.; *Richter* in FS Tiedemann, 2008, S. 1023 ff.

„Insolvenz“). Die InsO ist jedoch *Ausfüllungsnorm* für das Insolvenzstrafrecht, indem sie etwa die strafrechtlichen Tatbestandselemente der Überschuldung sowie der drohenden und eingetretenen Zahlungsunfähigkeit definiert. Ihre zivilrechtlichen Definitionen sind nämlich nach h.M. und Rechtsprechung¹ entsprechend dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sowie der Rechtsklarheit und -sicherheit auf das Strafrecht zu übertragen (sog. Zivilrechtsakzessorietät)². Das Gleiche gilt für die nachfolgenden zivilrechtlichen Rechtsänderungen durch das MoMiG, FMStG und BilMoG (vgl. im Einzelnen § 75 Rz. 49 ff.).

II. Ermittlungspraxis

- 17 Beim Unternehmensniedergang begangene Straftaten betreffen einen **erheblichen Teil** der von den Strafverfolgungsbehörden im Bereich der **Wirtschaftskriminalität** zu bewältigenden Fälle, wobei die einzelnen Staatsanwaltschaften der Bundesrepublik aber nicht nur die *Einleitung*, sondern auch den Umfang von *Ermittlungsverfahren* bei Unternehmensinsolvenzen sehr unterschiedlich handhaben³ (hierzu Rz. 18 ff.). Derartige „Vorermittlungen“ kollidieren jedoch mit einem zentralen Grundsatz unserer Rechtsordnung, der *Selbstbelastungsfreiheit* eines Beschuldigten im Strafrecht („*nemo tenetur se ipsum accusare*“; s. § 10 Rz. 10). Diesem – auf dem verfassungsrechtlich geschütztem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in § 136 Abs. 1 S. 2 StPO generell für die Beschuldigten und speziell für das Insolvenzverfahren in § 97 InsO geregelten – Grundsatz messen die Staatsanwaltschaften umfassende Bedeutung bei, weshalb dessen Handhabung unter Rz. 22 ff. näher dargestellt wird. Nicht erfasst von dieser Praxis der Vorprüfung sind Straftaten im Zusammenhang mit einer *Verbraucherinsolvenz* (s. § 75 Rz. 43 ff.); auf die hierauf bezogene Strafverfolgung wird unter Rz. 45 ff. eingegangen.

1 BGH v. 22.2.2001 – 4 StR 42/00, wistra 2001, 306; BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, wistra 2005, 432; BGH v. 23.5.2007 – 1 StR 88/07, wistra 2007, 386.

2 Vgl. die Nw. für die Rspr. und h.M. bei Heine/Schuster in S/S, § 283 StGB Rz. 50; von „funktionalen Akzessorietät“, demgegenüber sprechen z.B. Dannecker/Hagemeyer in Dannecker/Knierim/Hagemeyer, InsolvenzStrafR, Rz. 54 und 87, von „indizieller“ Bedeutung der insolvenzrechtlichen Definition für das Strafrecht; weiter differenzierend Tiedemann in LK, Vor § 283 StGB Rz. 155; Hoyer in SK, § 283 StGB Rz. 10 und Bittmann in Bittmann, InsolvenzstrafR, § 12 Rz. 17 ff.; je m.w.Nw.; s. auch Radtke/Petermann in MüKo, Vor §§ 283 ff. StGB Rz. 7 ff.; Bieneck, wistra 2001, 54; Bieneck, StV 1999, 43; Grube/Röhm, wistra 2009, 84; Maurer/Odörfer, GmbHR 2008, 351; Moosmayer, S. 163 ff.; Röhm, S. 82 ff.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, S. 39 ff.

3 Quedenfeld/Richter in Bockemühl, Hdb. FA StrafR, Rz. 93 ff.

1. Insolvenzverfahren und Strafverfolgung

Generell **prüfen alle Staatsanwaltschaften** auf der Grundlage der ihnen von Vollstreckungs- und Insolvenzgerichten nach den Anordnungen über *Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi)*¹ verpflichtend zu übermittelnden Beschlüssen (z.B. im Hinblick auf die Eidesstattliche Versicherung durch Organe juristische Personen sowie über Insolvenzeröffnungen und Antragsabweisungen mangels Masse) **von Amts wegen**, ob konkrete Anhaltspunkte für Straftaten vorliegen. Grundlage dieser Prüfung sind dabei die Vollstreckungs- insbesondere aber die *Insolvenzakten* der Amtsgerichte und insofern vor allem die darin enthaltenen Berichte der (vorläufigen und/oder endgültigen) Insolvenzverwalter. Deren Auswertung bezieht sich insbesondere auf die unternehmensinterne Verantwortlichkeit, die Art und Bedeutung des Unternehmensträgers, den Grund seines Zusammenbruchs, seine Vermögenslage und Zahlungsweise. Ergänzend zur Insolvenzakte werden Jahresabschlüsse aus dem Unternehmensregister, Zwangsvollstreckungsakten und Auszüge aus der Schuldnerkartei, der Handels- und Gewerberegister sowie auch Informationen im Internet beigezogen.

Ziel dieser Auswertungen ist die Klärung, ob ein **Anfangsverdacht** (§ 152 Abs. 2 StPO; vgl. § 11 Rz. 25 ff.) vorliegt². Daraufhin eingeleitete Ermittlungsverfahren werden – im Unterschied zu Verfahren aufgrund von Strafanzeigen in allgemeinen Kriminalitätsfällen – *nur in wenigen Einzelfällen nach § 170 StPO eingestellt*. Sie führen vielmehr regelmäßig zum Tatnachweis einer Mehrzahl von Straftaten (näher Rz. 52 f.). Von ihnen sind z.B. nach der langjährigen Praxis der zuständigen Stuttgarter Ermittlungsabteilung in höchstens zwischen 10 und 20 % Einstellungen nach Opportunitätsgrundsätzen möglich; ca. 75 % werden aber durch Strafbefehlsanträge und im Übrigen durch Anklageerhebung abgeschlossen³.

Neben der soeben erwähnten Einholung und Auswertung der beim *Unternehmensregister* (vgl. § 22 Rz. 29 ff.) hinterlegten Jahresabschlüsse⁴ sind auch die **Mitteilungen von Finanzbehörden** aus dem Besteuerungsverfahren eine wichtige Informationsquelle der Ermittlungsbehörden für den Verdacht von Insolvenzstraftaten. Zwar sind die Finanzbehörden nach § 30 AO zur Verschwiegenheit über die „Verhältnisse“ der Steuerpflichtigen i.S. des *Steuergeheimnisses*

1 Auf einer Ländervereinbarung beruhende bundeseinheitliche Verwaltungsvorschrift nach § 12 Abs. 5 EGGVG; BAnz. Nr. 218 v. 18.11.1967; Neufassung v. 29.4.1998, BAnz. S. 10705; in Baden-Württemberg in der Neufassung v. 29.4.1998, BAnz. S. 10705 v. 18.11.1997, zul. geänd. am 17.8.2012, BAnz. AT v. 12.9.2012, B1.

2 Allgemein zur Zulässigkeit von Ermittlungen zur Feststellung, ob ein strafrechtlich relevanter Anfangsverdacht besteht, vgl. *Diversy*, ZInsO 2005, 180; *Diemer*, NStZ 2005, 666; *N. Lange*, DRiZ 2002, 264; *Baldarelli*, Kriminalistik 2013, 356; *Baumgarte*, wistra 1991, 171.

3 *Quedenfeld/Richter* in Bockemühl, Hdb. FA StrafR, Rz. 94.

4 Vgl. § 8b HGB (oben § 41); bedeutsam für eine mögliche Straftat des Bankrotts ist insofern allerdings auch, wenn keine Jahresabschlüsse vorgelegt wurden und wenn Ordnungsgelder gem. §§ 325 f., 335 HGB (hierzu BVerfG v. 24.3.2011 – 1 BvR 555/11) festgesetzt und – insoweit auch für Insolvenzverschleppung – nicht beigetrieben werden konnten.

verpflichtet (vgl. § 15 Rz. 41 ff.). Nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ist dessen Durchbrechung jedoch bei einem zwingenden öffentlichen Interesse zur Offenbarung erlaubt. Davon ist in den letzten Jahren – wie auch in vielen anderen Geheimnisbereichen (vgl. oben § 33) – zunehmend Gebrauch gemacht worden. Dann dürfen solche Informationen nach § 393 Abs. 2 AO auch für die Verfolgung nicht steuerstrafrechtlicher Taten verwertet werden.

- 21 Nach der Neufassung des **Anwendungserlasses zur AO (AEAO)** des BMF vom 2.1.2008¹ entspricht es dem *zwingenden öffentlichen Interesse*, Erkenntnisse aus einem Besteuerungsverfahren zu Insolvenzstraftaten nach §§ 283–283c StGB sowie zu Insolvenzverschleppungen nach den früher geltenden Vorschriften den Strafverfolgungsbehörden mitzuteilen. An dieser Mitteilungsbefugnis ändert es nichts, dass die Insolvenzverschleppungstatbestände durch das MoMiG in § 15a InsO überführt worden sind (dazu § 80 Rz. 2), denn die Bewertung des zwingenden öffentlichen Interesses ist unabhängig von formalen Gesichtspunkten vorzunehmen. Die Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit dieser Offenbarungsbefugnis² – genauer: der im beamtenrechtlichen Innenverhältnis wirksamen Ermessensrichtlinie in der Form einer *Verwaltungsanweisung*³ – hat die praktische Wirksamkeit des Erlasses bislang nicht beeinträchtigen können.

2. Insolvenzgeheimnis

- 22 a) Schon nach der *Konkursordnung* (§ 100 KO) war der Gemeinschuldner **verpflichtet**, dem Konkursverwalter, dem Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse **Auskunft** zu geben. Die Erfüllung dieser Pflicht konnte nach § 101 Abs. 2 KO durch gerichtliche Vorführung und Haft *erzwungen* werden. Auskunft- und Vorlagepflichten (§§ 75, 104 KO) trafen den Schuldner bereits im Eröffnungsverfahren. Er hatte sie auf Antrag durch eidesstattliche Versicherung zu bekräftigen (§ 125 KO). Das hierdurch tangierte Problem einer etwaigen Selbstbelastung hatte die KO nicht geregelt.
- 23 Erst der *Gemeinschuldner-Beschluss des BVerfG*⁴ vom 13.1.1981 hatte dem verfassungsrechtlich verankerten „**Nemo-tenetur**“-Prinzip⁵ (s. Rz. 17) Geltung verschafft. Danach war klargestellt, dass die vom Gemeinschuldner nach § 100 KO vollständig und wahrheitsgemäß zu erstattenden Auskünfte in einem Strafverfahren gegen ihn *nicht* „*verwertet*“ werden dürfen. Eine entsprechende Verwertungsbegrenzung für Angaben des Schuldners in der *Einzelzwangsvollstreckung* nach § 807 ZPO folgte durch den BGH⁶.

1 BStBl. I 2008, 26.

2 So Blesinger, wistra 2008, 416.

3 Vgl. Blesinger, wistra 2008, 416 (419).

4 BVerfG v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, NJW 1981, 1431; BVerfG v. 9.5.2004 – 2 BvR 480/04, wistra 2004, 383.

5 Vgl. BVerfG v. 8.5.1973 – 2 BvL 13/72, BVerfGE 35, 47; § 11 Rz. 34.

6 BGH v. 19.3.1991 – 5 StR 516/90, BGHSt 37, 340.

In der *strafrechtlichen Praxis* hatte diese Rechtsprechung jedoch kaum Auswirkungen, denn sie konnte mangels sog. **Fernwirkung** die Verwertung der Schuldnerangaben letztlich nicht verhindern. Die Verwertung zur Begründung eines *Anfangsverdachts* der offenbarten Straftat nach § 152 StPO (Frühwirkung)¹ und darüber hinaus dann auch zur Gewinnung weiterer Beweismittel und damit zur Begründung von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen blieben nämlich zulässig. Jedenfalls hatten die Ermittlungsbehörden in der Praxis – ohne ersichtliche Beanstandung durch die Rechtsprechung – für die Begründung des Anfangsverdachts die Angaben des Schuldners weiterhin zugrunde gelegt. Dies entsprach der Entscheidung des BVerfG², *kein Offenbarungsverbot* für die Angaben des Gemeinschuldners auszusprechen. Mit ähnlicher Begründung verneinte auch *Stürner* in seiner Besprechung dieser verfassungsgerichtlichen Entscheidung die „Fernwirkung“, die nach seiner Ansicht keinen Verfassungsrang hat, sondern vom einfachen Gesetzgeber auszugestalten ist³.

b) Diese Auslegung hat den *Gesetzgeber der InsO* zu einer **Kodifizierung des Insolvenzgeheimnisses** veranlasst. § 97 Abs. 1 InsO bestimmt, dass der Schuldner auch unter der Geltung der InsO verpflichtet ist, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und, auf Anordnung des Gerichts, der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse *Auskunft* zu geben. Nach § 98 Abs. 1 InsO kann das Insolvenzgericht zur Herbeiführung wahrheitsgemäßer Angaben auch die eidesstattliche Versicherung des Schuldners anordnen und nach § 98 Abs. 2 InsO Zwangsmittel einsetzen. Jedoch darf die Auskunft, die der Schuldner *gemäß dieser Verpflichtung* erteilt, in einem Strafverfahren oder Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen ihn oder einen seiner in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen nur noch *mit seiner Zustimmung* „verwendet“ werden (§ 97 Abs. 1 S. 3 InsO).

Mit dem Begriff „verwendet werden“ begründete der Gesetzgeber ein **Verwendungsverbot** und geht damit ausdrücklich über das unmittelbare Verwertungsverbot insofern hinaus, als nun *auch* die *Fernwirkung* umfasst wird⁴. Dies ergibt sich aus dem Vergleich des Wortlautes des Regierungsentwurfs zu § 109 (jetzt § 97) InsO und der Begründung hierzu mit der endgültigen Gesetzesfassung und der Begründung des Rechtsausschusses, die zu dieser endgültigen Fassung führte.

In § 109 des **Regierungsentwurfs** hieß es noch:

„Jedoch darf eine Auskunft [...] nur mit Zustimmung des Schuldners *verwertet* werden.“

Die Begründung hierzu lautete:

„Der Grundsatz der Auskunftspflicht ist in Abs. 1 Satz 1 in Anlehnung an § 100 Konkursordnung geregelt. Ergänzend wird klargestellt – im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Januar 1981 (BVerfGE 56, 37) –, dass sich die Auskunftspflicht auch auf Tatsachen erstreckt, die den Schuldner der Gefahr einer Strafver-

1 Vgl. *Hengstenberg*, Die Frühwirkung der Verwertungsverbote, 2007 (Diss. Köln 2006), S. 21.

2 Anders die abweichende Meinung des Senatsmitglieds *Heußner*.

3 *Stürner*, NJW 1981, 1757.

4 *Meyer-Goßner* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Einl. Rz. 57a m.w.Nw.

folgung aussetzen, dass insoweit allerdings ein Verbot besteht, die Auskunft ohne Zustimmung des Schuldners im Strafverfahren zu verwerten (Abs. 1 Satz 2, 3). Nach dem Sinn dieses Verbots dürfen auch solche Tatsachen nicht verwendet werden, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat. Auf der anderen Seite hindert das Verbot nicht die Verwertung von Tatsachen, die der Strafverfolgungsbehörde bereits bekannt waren.“

Bereits diese Begründung stellt klar, dass die Angaben des Schuldners nicht auch zum Anlass von Ermittlungen genommen werden dürfen.

- 28 Der **Rechtsausschuss des Bundestages** hat das Wort „verwertet“ sodann durch das aus der Terminologie des Datenschutzrechts stammende Wort „verwendet“ ersetzt. In der Begründung des Rechtsausschusses heißt es dazu:

„In Satz 3 des Absatzes wird das Wort ‚verwertet‘ durch das Wort ‚verwendet‘ ersetzt. Entsprechend einem Anliegen des Bundesbeauftragten für den Datenschutz wird damit zum Ausdruck gebracht, dass eine Auskunft des Schuldners ohne dessen Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen darf.“

- 29 Der **eindeutigen Wortwahl** liegt zugrunde, dass das *Interesse der Gläubiger* an einer lückenlosen Aufklärung der Verhältnisse des Schuldners nur dann ausreichend gesichert erscheint, wenn der Schuldner in keinerlei Hinsicht befürchten muss, sich oder seine Angehörigen durch wahrheitsgemäße Angaben strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen. Das *Aufklärungsinteresse des Staates* bei Straftaten¹ hat – auch um des verfassungsrechtlich begründeten Schutzes des Schuldners – vor erzwungener Selbstbelastung *zurückzutreten*. Nach der nunmehr vorliegenden Gesetzesformulierung kann die „Fernwirkung“ daher nicht verneint werden².

- 30 Angesichts dieser *Fernwirkung des Insolvenzgeheimnisses* bekommt die Frage nach dessen **inhaltlicher Reichweite** im Einzelnen Bedeutung. Insbesondere ist zu prüfen, was als nach § 97 Abs. 1 InsO geschützte „*Auskunft des Schuldners*“ anzusehen ist. Hierbei ist zunächst voranzustellen, dass zwar sowohl die Angaben des Schuldners *im Insolvenzverfahren* vom Schutz umfasst sind, auf die sich § 97 Abs. 1 InsO unmittelbar bezieht, als auch seine Angaben im *Insolvenzeröffnungsverfahren* nach §§ 20, 22 Abs. 3 InsO, da diese ihrerseits auf §§ 97, 98 InsO Bezug nehmen. **Nicht** umfasst sind demgegenüber Angaben des Schuldners, soweit diese zur Zulässigkeit des Antrags erforderlich sind (Rz. 38), und die im Eröffnungsverfahren gegenüber dem vom Gericht bestellten **Insolvenzgutachter** gemachten, da dieser nicht zu den Auskunftsberechtigten nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO gehört³.

- 31 **aa)** *Nicht geschützt* sind zunächst alle **Angaben** des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, von Gläubigern, Sachverständigen und sonstigen **Dritten** im Insolvenz(eröffnungs)verfahren oder auch außerhalb dieses Verfahrens, soweit sie sich nicht auf die Wiedergabe geschützter Auskünfte des Schuldners beschränken. Insbesondere gilt das Verwendungsverbot daher nicht für Tatsachen, die

1 Eingehend m.Nw. BVerfG v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10 – Al Quaida – Rz. 113, 121, BVerfGE 130, 1.

2 So schon Richter, wistra 2000, 1; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81; zum Unterschied zwischen Verwertungs- und Verwendungsverbot vgl. Dencker in FS Meyer-Gößner, 2001, S. 237 ff.

3 OLG Jena v. 12.8.2010 – 1 Ss 45/10; bestätigend OLG Celle v. 19.12.2012 – 32 Ss 164/12.

sich aus den *eigenen Ermittlungen* z.B. des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ergeben. Eine *mittelbare Fernwirkung* für Feststellungen Dritter wird von § 97 InsO nicht begründet¹.

Bei **Berichten des** (vorläufigen) **Insolvenzverwalters** im Insolvenz(eröffnungs)verfahren oder z.B. gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ist daher danach zu differenzieren, ob darin geschützte Angaben des Schuldners, die dieser im Insolvenz(eröffnungs)verfahren gemacht hat, mitgeteilt werden. Angaben des Schuldners außerhalb oder nur im Zusammenhang mit dem Verfahren, wie etwa gegenüber Gläubigern direkt oder an die Presse, sowie Wiedergaben des (vorläufigen) Insolvenzverwalters über Schuldnerangaben vom Hörensagen sind nicht geschützt. Gleiches gilt etwa für Angaben eines Gläubigers in einer Strafanzeige über ihm vom Schuldner direkt erteilte Auskünfte. Nur das, was der Gläubiger aus den Eigenangaben des Schuldners aus der Insolvenzakte entnommen hat, ist geschützt. 32

Dass der **Schuldner** über das Verwendungsverbot **bestimmen** kann, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und entspricht dem Schutzgedanken des Insolvenzgeheimnisses und des zugrunde liegenden Verbots einer Verpflichtung zur Selbstbelastung. Dementsprechend kann der Schuldner seine Auskünfte auch *teilweise* freigeben, allerdings nur bezüglich des Umfangs seiner Angaben, nicht aber personenbezogen hinsichtlich ihrer Verwendbarkeit gegen ihn selbst oder einen seiner Angehörigen. Die Zustimmung des Schuldners ist *unwiderruflich*, da die Fernwirkung zu einem späteren Zeitpunkt praktisch nicht mehr abgrenzbar ist². 33

Dem Schutzzweck des Insolvenzgeheimnisses entsprechend ist eine Verwendung geschützter Auskünfte **zugunsten des Schuldners** auch *ohne* seine *Zustimmung* möglich. Das Gleiche gilt für insoweit neutrale Auskünfte, etwa über die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens³. 34

Weder aus dem „Nemo-tenetur“-Prinzip noch nach dem Gläubigerschutzgedanken lässt es sich begründen, dass auch **vorsätzlich falsche** oder pflichtwidrig **unvollständige Angaben** des Schuldners vom Verwendungsverbot geschützt sind. Das Selbstbelastungsverbot darf nicht die straffreie Begehung weiterer Straftaten durch den Schuldner ermöglichen, die darin bestehen, die Gläubiger eines Insolvenz(eröffnungs)verfahrens über seine Verhältnisse zu täuschen. Für die Verwendung solcher falschen Angaben ist vorausgesetzt, dass sie nach der Beweislage zum *Verwendungszeitpunkt* mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorsätzlich der Wahrheit zuwider gemacht worden sind⁴. 35

Ebenso dürfen aus dem vollständigen oder teilweisen **Schweigen** bzw. der ausdrücklichen Auskunftsverweigerung des Schuldners *Schlüsse* gezogen werden, 36

1 A.A. für Angaben des (vorläufigen) Insolvenzverwalters Bittmann in Bittmann, InsolvenzstrafR, § 1 Rz. 19; weitergehend auch Püschel, S. 767.

2 Vgl. Stürner, NJW 1981, 1758.

3 Vgl. Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 84.

4 So auch Richter, wistra 2000, 3; Diversy, ZInsO 2005, 180 ff. (183); Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 84; zur Strafbarkeit solcher Falschangaben vgl. BGH v. 2.12.1052 – 1 StR 437/52, BGHSt 3, 309.

unbeschadet davon, ob das Insolvenzgericht mit Zwangsmitteln dagegen vorgegangen ist.

- 37 **bb)** In der Literatur wird immer noch die Kernfrage **streitig** diskutiert, ob sich das Verwendungsverbot auf die vom Schuldner *mündlich oder schriftlich gemachten Angaben* beschränkt oder ob es sich auch auf **gesetzlich** von ihm zu erstellende und aufzubewahrende **Buchhaltungsunterlagen**, wie Bilanzen, Belege und Geschäftsbriefe, bezieht, die er *vorlegt* oder freiwillig *zugänglich macht*¹. Dabei kann es sich neben schriftlichen Unterlagen auch um Datenträger bzw. Dateien handeln. Hierüber lässt sich weder dem Gemeinschuldner-Beschluss des BVerfG zur früheren Konkursordnung noch dem § 97 InsO etwas Ausdrückliches entnehmen. *Bittmann/Rudolph* sprechen daher von einer Konturenlosigkeit der gesetzlichen Regelung².
- 38 Angesichts der umfangreichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 13, 270a, 270b InsO nach dem ESUG (s. § 80 Rz. 46 f., Rz. 53 ff., § 77 Rz. 7)³ ist der Umfang des Verwendungsverbotes in der strafrechtlichen Praxis erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt. Ausgangspunkt sollte insofern allerdings sein, dass sich das Verwendungsverbot *nicht* auf die Unterlagen erstreckt, die ein Schuldner-Vertreter zur **Zulässigkeit** und auch nach §§ 101, 15 Abs. 2 InsO zur **Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes** im Insolvenzeröffnungsverfahren freiwillig vorlegt, denn § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bezieht sich nur auf § 97 Abs. 1 S. 1 InsO, nicht aber auf § 15 Abs. 2 InsO. Zwar bezieht sich die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht nur auf den Eröffnungsantrag nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, also nicht auf (auch gleichzeitig gestellte) Anträge auf Eigenverwaltung und/oder Schutzschirmverfahren nach §§ 270a, 270b InsO. Diese Angaben – insbesondere also auch solche im *Insolvenzplan* – die *Bescheinigung* nach § 270b Abs. 1 S. 1 und 2 InsO ist ohnehin keine „Auskunft des Schuldners“ – sind daher verwendbar. Werden allerdings *darüber hinaus* Unterlagen in analoger Anwendung des § 20 Abs. 1 S. 1 InsO vom Insolvenzgericht eingefordert, so unterliegen sie nach der Rechtsprechung des BGH⁴ dem Schutz des § 97 InsO⁵. und der Praxis der Insolvenzgerichte, dem Schuldner umfangreiche Fragebögen (mit Vorlagevorschlägen) schon zur Antragstellung anzubieten, verwischen sich die Grenzen und entstehen berechtigte Zweifel an der „Freiwilligkeit“, was strafrechtlich zugunsten des Schuldners berücksichtigt werden muss.
- 39 Zur Ablehnung des Verwendungsverbots für Buchführungs- und Bilanzunterlagen wird zutreffend auf die *Unterscheidung* zwischen geschützten **Auskunftspflichten** nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO einerseits und den nicht geschützten **sons-**

1 *Richter*, wistra 2000, 1, und (differenzierter) *Bittmann/Rudolph*, wistra 2001, 81, verneinen dies; ähnlich auch *Hefendehl*, wistra 2003, 1 und *Gürtler* in W/J, Kap. 23 Rz. 59; *Bittmann* in *Bittmann*, InsolvenzstrafR, § 1 Rz. 24; *Diversy*, ZInsO 2005, 181.

2 *Bittmann/Rudolph*, wistra 2001, 81.

3 Eingehend hierzu *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2014, 1025.

4 BGH v. 12.12.2002 – IX Z.B. 426/02, BGHZ 153, 205 (207).

5 So auch *Püschel*, S. 766 unter Berufung auf LG Stuttgart v. 21.7.2000 – 11 Qs 46/2000, wistra 2000, 439.

tigen Mitwirkungspflichten nach § 97 Abs. 2 und 3 InsO verwiesen. Diese Unterscheidung wird auch in § 22 Abs. 3 InsO gemacht¹. Die Vorlage der Unterlagen ist danach den Mitwirkungspflichten zuzuordnen²; ihnen kommt ein selbständiger Beweiswert zu, den auch alle Vermögensgegenstände des Schuldners, also auch seine Buchhaltungsunterlagen, haben³.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch eine Analyse der **Struktur des § 97 InsO**. 40 Dieser definiert die *Mitwirkungspflichten* des Schuldners, zu denen auch die *Auskunftspflicht* sowie ergänzend die *Unterstützungspflicht* nach § 97 Abs. 2 InsO als generalklauselartige flankierende Obliegenheit gehört. Zunächst hat die in § 97 Abs. 3 InsO normierte Pflicht des Schuldners, sich zur Verfahrensabwicklung zur Verfügung zu stellen, lediglich Hilfsfunktion. Bei den Buchhaltungs- und Bilanzunterlagen handelt es sich aber um die Unterlagen, mit denen der Insolvenzverwalter – mit oder ohne die Mitwirkung des Schuldners – seine für das Insolvenzgericht und die Gläubiger bedeutsamen Entscheidungen und Bewertungen trifft⁴. Die *Auskunftspflichten* des § 97 Abs. 1 InsO sind demgegenüber dessen höchstpersönliche Erklärungen zu den Verhältnissen der Gesellschaft⁵. Auch die gesetzlichen Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten nach § 393 AO unterfallen dem Schutzbereich der grundgesetzlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit nach der Rechtsprechung des BVerfG dann nicht, wenn diese Unterlagen zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden⁶.

Ein weiteres Argument für die Verwendbarkeit von Buchhaltungs- und Bilanzunterlagen ist die **handelsrechtliche Pflicht** zu deren Führung und Erstellung 41 (vgl. oben § 22 Rz. 20 ff., Rz. 73 ff. und § 26; unten § 85). Das in ihnen dokumentierte öffentliche Interesse überwiegt die verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit des Schuldners⁷. Dies bestätigt auch das LG Stuttgart in einer Beschwerdeentscheidung zu einem Durchsuchungsbeschluss⁸. Die Gegenansicht⁹ führt zu einem „Asyl für Geschäftsunterlagen“¹⁰ und steht im Widerspruch zur Publizitätspflicht des Ergebnisses des Rechnungswesens, welches sowohl dem öffentlichen Interesse als auch dem Gläubigerschutz dient¹¹, wie deren notwendige Vorlage bei Banken u.a. belegt (vgl. auch § 265b StGB).

1 Vgl. hierzu im Einzelnen Uhlenbruck, KTS 1997, 375.

2 So Richter, wistra 2000, 1, mit ausführlicher Begründung unter Hinweis insbes. auf Verrel, NStZ 1997, 361 und 415; ausdrücklich bestätigend nunmehr OLG Celle v. 19.12.2012 – 32 Ss 164/12.

3 Bittmann in Bittmann, InsolvenzstrafR, § 1 Rz. 20, 22.

4 Richter, wistra 2000, 4.

5 Richter, wistra 2000, 4.

6 BVerfG v. 20.4.2010 – 2 BvL 13/07, wistra 2010, 341 ff.; a.A. Jäger in Klein, § 393 AO Rz. 25; Joecks in F/G/J, § 292 AO Rz. 67.

7 Richter, wistra 2000, 4.

8 LG Stuttgart v. 21.7.2000 – 11 Qs 46/2000, wistra 2000, 439 m. Anm. Richter.

9 Wegner in A/R, VII 2 Rz. 14; Püschel, S. 770; Stephan in MüKo, § 97 InsO Rz. 18a; Bömelburg, S. 139; Bieneck in VoraufL., § 75 Rz. 73; einschränkend Hefendehl, wistra 2003, 1; ähnlich Schork, NJW 2007, 2057.

10 Richter, wistra 2000, 4; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 82.

11 Richter, wistra 2000, 4.

- 42 Auch wenn man alternative Beschaffungsmöglichkeiten von (Teilen) der Buchhaltungs- und Bilanzunterlagen in Betracht zieht, hätte eine hierauf bezogene Ausdehnung des Insolvenzgeheimnisses weitreichende **praktische Auswirkungen** für die Strafverfolgung. Die Möglichkeiten schon der Verdachtsgewinnung, aber auch der Beweismittelerhebung wären dadurch erheblich eingeschränkt, jedenfalls mit weiterem hohem Ermittlungsaufwand verbunden. Die Ausdehnung des Insolvenzgeheimnisses auf diese Unterlagen wird auch deshalb von den Strafverfolgungsbehörden in der Praxis nicht anerkannt.
- 43 cc) Sind in einem Insolvenz(eröffnungs)verfahren **mehrere** (gesetzliche) **Vertreter** des **Gemeinschuldners** beteiligt (vgl. §§ 101, 15 InsO), so gilt das Verwendungsverbot nur gegenüber *demjenigen*, der die *Auskunft* erteilt hat (und seinen Angehörigen). Andere Gemeinschuldner-Vertreter können den Schutz für sich (und ihre Angehörigen) nur durch jeweils *eigene* – möglicherweise auch nur bestätigende – *Auskünfte* erlangen.
- 44 Geschützt sind auch *Auskünfte*, die der Schuldner *nicht höchstpersönlich*, sondern durch einen **bevollmächtigten Vertreter**, z.B. einen Rechtsanwalt, erteilt¹. Die Tatsache, dass die *Auskünfte* vom Schuldner – etwa durch Haftanordnung – *erzwungen* werden mussten, steht dem Verwendungsschutz nicht entgegen.

3. Verbraucherinsolvenz

- 45 Grundsätzlich² – allerdings nicht uneingeschränkt³ – sind die **Bankrottnormen** der §§ 283 ff. StGB auf die **Verbraucherinsolvenz** anwendbar. Da erst die InsO dem Verbraucher Zugang zur Gesamtvollstreckung einräumt und gläubigerschädigende Handlungen dieses Personenkreises zuvor nur von der Strafnorm des Vereitelns der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB; vgl. § 88 Rz. 5 ff.) erfasst wurden, wenn deren enge Voraussetzungen überhaupt einmal erfüllt waren, sind auch im Übrigen *Modifikationen* erforderlich⁴.

Im Ergebnis besteht aber Einigkeit darüber, dass sich jedenfalls *Vermögensverschiebungen* nach §§ 283 Abs. 1 Nr. 1 und 4, Abs. 2, 283a (insoweit), 283c und 283d StGB als strafbare Tathandlungen Privater sowohl für die Zeit der Geltung der Konkurs-, Vergleichs- sowie Gesamtvollstreckungsordnung als auch nach Inkrafttreten der InsO auch neben § 288 StGB vorliegen kann.

- 46 Bankrotthandlungen, die einen Verstoß gegen die Anforderungen einer **ordnungsgemäßen Wirtschaft** voraussetzen (§ 283 Abs. 1 Nr. 1–3 und 8, Abs. 2 [insoweit], § 283a [insoweit] StGB) oder einen Verstoß gegen *Buchführungs- oder Bilanzierungspflichten*, die nur ein Kaufmann zu erfüllen hat, und – unbeschadet der rein praktischen Schwierigkeiten der Widerlegung der überwiegenden

1 Vgl. zur grundsätzlich höchstpersönlichen Auskunftspflicht des Schuldners nach der InsO Uhlenbruck, KTS 1997, 375.

2 BGH v. 22.2.2001 – 4 StR 42/01, wistra 2001, 306; OLG München v. 29.8.2000 – 2 Ws 991/00, ZIP 2000, 1841.

3 Tiedemann in LK, Vor § 283 StGB Rz. 85b ff.; krit. Krüger, wistra 2002, 52; Schramm, wistra 2002, 55.

4 Umfassend m.Nw. Tiedemann in LK, Vor § 283 StGB Rz. 85b ff.

Fortführungswahrscheinlichkeit („Fortführungsprognose“ vgl. § 79 Rz. 19 ff.) – das auf juristische Personen zugeschnittene Krisenmerkmal *Überschuldung* (§ 19 InsO) sind auf einen Verbraucher nicht anwendbar.

Röhm¹ ist zwar zuzugestehen, dass es sich bei dem Verbraucherinsolvenzverfahren um ein gegenüber dem Regelverfahren **eigenständiges Verfahren** handelt und dieses neben dem *Schutz des Vermögens* der Gläubiger auch den der *sozialen Interessen* des Schuldners umfasst². Dieses Verfahren betrifft aber nicht nur den „reinen“ Verbraucher, sondern auch den wirtschaftlich tätigen Schuldner, der zwar ein Gewerbe betreibt, aber mangels Notwendigkeit eines eingerichteten kaufmännischen Geschäftsbetriebs keine Kaufmannseigenschaft besitzt (dazu § 22 Rz. 73 ff.); dabei sind die gleichen Abgrenzungsmerkmale anwendbar, die nach § 1 Abs. 2 HGB für die Kaufmannseigenschaft gelten³. Deshalb ist es *abzulehnen*, das Verbraucherinsolvenzverfahren ganz aus dem Anwendungsbereich des Bankrottstrafrechts herauszunehmen. Zu unterstützen sind aber Forderungen, für den Verbraucher *de lege ferenda* **spezielle Strafnormen** zu schaffen⁴. 47

III. Straftaten bei Unternehmensbeendigung

1. Rechtsgüter

Zwar hat der Gesetzgeber kein einheitliches *geschütztes Rechtsgut* der Insolvenzdelikte im weiteren Sinne seiner komplexen Regelungen zugrunde gelegt. Den Feststellungen zum Insolvenzantrags- und Bankrottstrafrecht (vgl. § 80 Rz. 5 und § 81 Rz. 1 ff.) ist jedoch die **Gleichrangigkeit individueller und überindividueller Rechtsgüter** zu entnehmen: neben den *Vermögensinteressen der Gläubigersamtheit* des krisenbetroffenen Unternehmensträgers, die auf eine möglichst weitgehende Befriedigung aus der vorhandenen Masse gerichtet sind, die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft. Den Vermögensinteressen der Gläubiger entspricht dabei der **Schutz der Vermögensmasse**. 48

Nachdem mit der Schaffung der InsO (1994) und ihrer In-Kraft-Setzung 1999 und insbesondere dem ESUG 2011 die **Gestaltungsfreiheit der Insolvenzgläubiger** erweitert und hervorgehoben wurde, hat ein Teil der Literatur auch diese zum geschützten Rechtsgut erhoben⁵. Da sich die Dispositionsmöglichkeit der Insolvenzgläubiger jedoch lediglich auf das ihnen haftende Vermögen bezieht – was auch gilt, wenn das schuldenrische Unternehmen fortgeführt wird –, handelt es sich lediglich um einen unselbständigen Aspekt der geschützten Befrie- 49

1 Röhm, Verbraucherbankrott, ZInsO 2003, 538 m.w.Nw.

2 Vgl. die zu Recht krit. Würdigung der zunehmenden Haftungslockerung (Abwendung vom Begriff der „Schuld“) bei Bartels, KTS 349 (350) und Hegenröder, KTS 2014, 385.

3 Vgl. Bork, Ex-Unternehmer als Verbraucher?, ZIP 1999, 301; AG Köln v. 31.3.1999 – 73 IN 20/99, DStR 1999, 1159.

4 Moosmayer, S. 182; Röhm, Verbraucherbankrott, ZInsO 2003, 535 ff. mit Formulierungsvorschlägen.

5 Kindhäuser in NK, vor § 283 StGB Rz. 18, 26; Erdmann, S. 59 ff.; M. Krause, Ordnungsgemäßes Wirtschaften, S. 159 ff.

digungsinteressen der Gläubiger¹. Ein eigenständiges Rechtsgut der Gestaltungsfreiheit der Gläubiger kann daher weder für das Insolvenzstrafrecht i.w.S. noch für das Bankrottstrafrecht anerkannt werden.

- 50 Über den Bereich des individuellen Vermögensschutzes hinaus sind aber auch die Interessen der *Arbeitnehmer* an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes (wie § 283a Nr. 2 StGB beispielhaft zeigt)² sowie nach h.M. als **überindividuelles Rechtsgut** die *Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft* vor ernsthaften Störungen in den Schutzbereich des Insolvenzstrafrechts einbezogen, wie etwa die Buchführungs- und Bilanzdelikte als abstrakte Gefährdungstatbestände (§ 283b StGB) zeigen³. Zutreffend wird davon ausgegangen, dass das Insolvenzstrafrecht überindividuell auch dem *Schutz der Gesamtwirtschaft* bzw. des gesamtwirtschaftlichen Systems dienen soll⁴ (vgl. zur Entwicklung auch § 2 Rz. 36 ff.). Von einem Teil der Literatur wird der Schutz jeglichen überindividuellen Rechtsguts dagegen vor allem wegen seiner Unbestimmtheit abgelehnt und das Insolvenzstrafrecht zu den ausschließlichen Vermögensdelikten gezählt⁵.
- 51 An der Rechtsgutsbestimmung hat sich durch das Inkrafttreten der **InsO**, des MoMiG und des ESUG ebenso wenig geändert, wie überhaupt am Wortlaut der §§ 283 ff. StGB – wenn man von redaktionellen Anpassungen im Bereich der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit absieht (vgl. § 81 Rz. 65). Die Effektivität des Rechtsgüterschutzes ist allerdings schon durch das MoMiG verringert worden; dieser Trend wurde durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und das ESUG nochmals verstärkt⁶.

2. Straftaten im Überblick

- 52 Die einzelnen Tatbestände des Insolvenzstrafrechts enthalten die genannten Aufbauelemente *in unterschiedlicher Kombination*. Regelmäßig sind jedoch auch *weitere* Strafnormen Gegenstand der Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit dem Unternehmenszusammenbruch. Die nachfolgende **Kurzübersicht** will daher die *Zuordnung praxisrelevanter Sachverhalte* und Tathandlungen von Unternehmensverantwortlichen und etwaige Tatbeteiligungen durch Berater (näher unten §§ 90 ff.), soweit sie im Zusammenhang mit

1 H.M., BT-Drs. 12/2443, 93; Hoyer in SK, vor § 283 StGB Rz. 4; Radtke in MüKo, vor § 283 StGB Rz. 13; Tiedemann in LK, Vor § 283 StGB Rz. 3, 48.

2 Str., jedenfalls aber in ihrer Eigenschaft als Insolvenzgläubiger: Kindhäuser in NK, vor § 283 StGB Rz. 19, 31; Radtke in MüKo, vor § 283 StGB Rz. 9.

3 BGH v. 22.2.2001 – 4 StR 421/00, wistra 2001, 307; BGH v. 18.12.2002 – IX ZB 121/02, NJW 2003, 974, DZWIR 2003, 165 m. Bespr. Röhm, 143 ff.; Moosmayer, S. 141; Tiedemann in LK, Vor § 283 StGB Rz. 53.

4 BGH v. 22.2.2001 – 4 StR 421/00, NJW 2001, 1874; BGH v. 18.12.2002 – IX ZB 121/02, NJW 2003, 974; Fischer, vor § 283 StGB Rz. 3; Hoyer in SK, vor § 283 StGB Rz. 5; Tiedemann in LK, Vor § 283 StGB Rz. 54; Röhm, S. 63 ff.

5 Vgl. Dohmen/Sinn, KTS 2003, 205; Penzlin, S. 29 ff., 34 ff. m.w.Nw.; Erdmann, S. 59 ff.

6 Krit. zur Effizienz des Rechtsgüterschutzes schon nach früherem Recht Dann-ecker/Knierim/Hagemeier, InsolvenzstrafR, Rz. 18.

Sanierung und ihrem Scheitern stehen, verdeutlichen, um den Zugang zu den behandelten Strafrechtsbereichen zu erleichtern¹:

Tathandlung	Täter	mögliche Teilnehmer	Strafnorm	Fundstelle
Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung ein nicht oder nicht in dieser Form bestehendes Recht als bestehend ausgegeben	Geschäftsführer (formal/faktisch)	Berater Bankmitarbeiter	§ 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB	§ 83 Rz. 35 ff.
z.B. durch falsche eidesstattliche Versicherung gegenüber dem Insolvenzverwalter			§ 156 StGB	§ 88 Rz. 5 ff., 24 ff. § 87 Rz. 37 § 83 Rz. 31, 43
Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung Handelsbücher nicht richtig oder zeitnah führen z.B. Unterlassen jeglicher Buchführung	Geschäftsführer (formal/faktisch): handelt oder unterlässt selbst; unterlässt die Überwachung bei Delegation	Berater: unordentliche oder unterlassene (vertragswidrige) Führung der Buchhaltung für den Unternehmer Bankmitarbeiter	§ 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB	§ 85 Rz. 34 ff. § 85 Rz. 35
Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung Handelsbücher nicht aufbewahren* z.B. Zerstören oder Beiseiteschaffen von Bilanzen	Geschäftsführer (formal/faktisch): handelt oder unterlässt selbst; unterlässt die Überwachung bei Delegation	Berater: Verletzung der vertraglichen Aufbewahrungspflicht oder Verstecken der Buchhaltung für den Unternehmer Bankmitarbeiter	§ 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB	§ 85 Rz. 55 ff. § 85 Rz. 61

53

¹ Vgl. zu einer solchen Übersicht schon *Hadamitzky/Richter* in von Leoprechting (Hrsg.) *Unternehmenssanierung*, S. 187 ff.

Tathandlung	Täter	mögliche Teilnehmer	Strafnorm	Fundstelle
Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung Bilanz unrichtig erstellen* z.B. Einstellen falscher Wertansätze	Geschäftsführer (formal/faktisch): handelt oder unterlässt selbst; unterlässt die Überwachung bei Delegation	Berater Bankmitarbeiter	§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a StGB	§ 85 Rz. 39 ff.
Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung Bilanz nicht rechtzeitig erstellen*	Geschäftsführer (formal/faktisch): handelt oder unterlässt selbst; unterlässt die Überwachung bei Delegation	Berater Bankmitarbeiter	§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b StGB	§ 85 Rz. 44 ff.
Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung z.B. Firmenbestattung	Geschäftsführer (formal/faktisch)	Berater Bankmitarbeiter	§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB	§ 87 § 87 Rz. 44 ff.
Dem Gläubiger in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit etwas geben, worauf er zu dieser Zeit oder in dieser Art keinen Anspruch hat* z.B. Begleichung einer fälligen Forderung mit Ware	Geschäftsführer (formal/faktisch): Statt wie vereinbart in Geld zu leisten, wird Sicherheit/Ware gegeben Zahlung vor Fälligkeit	Berater Bankmitarbeiter	§ 283c StGB	§ 84 Rz. 17 ff. § 84 Rz. 46
Sanierer zahlt aus einem zugunsten der Gläubiger eingerichteten Fond an den Schuldner ¹	Außenstehender Dritter	„Sanierer“ Berater	§ 283d StGB	§ 84 Rz. 5 ff.

1 Beispiele bei Richter, wistra 19084, 98.