

Heft 4

15. April 2012

S. 125–168

PVSt 24054

Wirtschaftsstrafrecht
Steuerstrafrecht
Unternehmens-,
Gesellschafts- und
Wirtschaftsrecht
Arbeitsrecht

Aufsätze

Sachverständiger: Der Sachverständige im
Wirtschaftsstrafverfahren (*ORegRat Thomas
Wolf*) 125

Amnestiezusagen: Beseitigung von Amnes-
tiefzusagen (*RA Dr. Burkard Göpfert, RAin Ca-
rolin Dräger und Nadine Woyte*) 132

Öffentliche Subventionen: Haftungsrisiken
beim Umgang mit öffentlichen Subventionen
(*RA Prof. Dr. Stefan Hertwig*) 140

Rechtsprechung

Steuerstrafrecht: Strafzumessung bei Steuer-
hinterziehung in beträchtlichem Umfang (BGH
v. 7.2.2012 und 15.12.2011)

m. Anm. *RA Dr. Sebastian Beckschäfer* 150

Steuerstrafrecht: Vorsatz zur Steuerhinterzie-
hung und Fehlvorstellungen über den Steuer-
anspruch (BGH v. 8.9.2011)

m. Anm. *RA Dr. Markus Adick* 153

Zivilrecht: Keine Pflicht des Anlageberaters,
ohne besondere Anhaltspunkte infolge einer
Gesetzesänderung auftretende schwierige
und ungeklärte Rechtsfragen zu prüfen (BGH
v. 1.12.2011)

m. Anm. *RA Dr. Daniel Walter* 158

Zivilrecht: Prospekthaftung eines prominen-
ten Politikers wegen Werbens für eine Kapital-
anlage (BGH v. 17.11.2011)

m. Anm. *RA Dr. Jan Kraayvanger und Ref. Pia
Leonhardt* 160

Verfahrensrecht: Unverwertbarkeit von poli-
zeilich abgehörten Selbstgesprächen (BGH v.
22.12.2011)

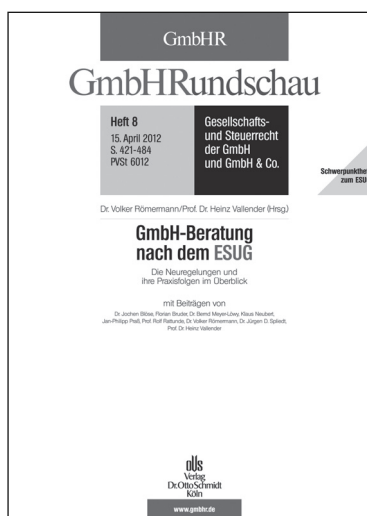
m. Anm. *RA FASr Jörg Habetha* 163

GmbH-Beratung nach dem ESUG

Neuregelungen und Praxisfolgen im Überblick im Schwerpunktheft der GmbH-Rundschau

GmbH-Berater gewinnen durch das **Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)** neue, bis dahin ungeahnte Handlungsspielräume. Die Insolvenzordnung sieht nun ausdrücklich Vorschlagsrechte der Schuldner vor und bestimmt konkrete Mitwirkungsbefugnisse der Gläubiger. Das Schwerpunktheft der GmbH-Rundschau (Heft 8/2012, 15.4.2012), hrsg. von **Dr. Volker Römermann** und **Prof. Dr. Heinz Vallender**, greift die für die Praxis besonders bedeutsamen Aspekte auf und gibt konkrete Handreichungen für die Rechtsanwendung:

- Die unterschiedlichen **Beratungsperspektiven** der GmbH als Schuldnerin und der Gläubiger einer GmbH



Mengenrabatt
ab 10 Hefte 10%,
ab 25 Hefte 20%

- Neuerungen für das **Insolvenz-eröffnungsverfahren**
- Die neue **Eigenverwaltung** und das oft vorgeschaltete **Schutzschirmverfahren** mit den Inhalten und Haftungsrisiken
- Neuerungen für den **Insolvenzplan**
- **Debt-Equity-Swap** als neues Sanierungs-Instrument
- Neuerungen zur **Haftung** der GmbH-Gesellschafter und -Geschäftsführer, besonders für den Verfahrenskostenvorschuss und bei Insolvenzverschleppung
- Die neue Berücksichtigung von **Auslandssachverhalten** und ihrer steigenden Relevanz

www.otto-schmidt.de/zeitschriften

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943** ----- ✂

Ich bestelle das Schwerpunktheft der GmbH-Rundschau

___ Ex. Heft 8/2012, **GmbH-Beratung nach dem ESUG**

Einzelheft 13,70 € zzgl. Versandkosten. **Mengenrabatt ab 10 Ex. 10%, ab 25 Ex. 20%**

Name _____ Firma _____

Straße _____ PLZ / Ort _____

Telefon _____ Telefax _____

Datum / Unterschrift _____

04/12

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Beirat

LOStA Folker Bittmann (WisteV)
RA Dr. Burkard Göpfert
RAin Dr. Simone Kämpfer
RA Dr. Christoph Knauer
RA Prof. Dr. Gerd Krieger
Prof. Dr. Hans Kudlich
RA Dr. Rainer Spatscheck
RAin Renate Verjans
(*geschäftsführend*)



RA Dr. Markus Adick
RA Dr. Lars Böttcher
RAin Dr. Margarete
Gräfin von Galen
RA Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Dr. Thomas Keul
RA Christoph Lepper, LL.M.
RA Prof. Dr. Holger Matt
RA Dr. Bernd Rainer Mayer
RA Jes Meyer-Lohkamp
RAin Dr. Regina Michalke
RA Dr. Panos Pananis
RA Dr. Markus S. Rieder
RAin Dr. Heide Sandkuhl
RA Dr. Jörg Schauf
RAin Dr. Hellen Schilling
RA Dr. Bernd Wilhelm Schmitz
RA Dr. Oliver Sieg
RA Dr. Gerson Trüg
RA Dr. Florian Ufer
RA Nikolai Venn
RA Dr. Marko Voß

Aufsätze

- Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren
ORegRat Thomas Wolf 125
- Beseitigung von Amnestiezusagen
RA Dr. Burkard Göpfert, RAin Carolin Dräger und Nadine Woyte 132
- Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen
RA Prof. Dr. Stefan Hertwig 140

Rechtsprechung

■ Steuerstrafrecht

- Strafzumessung bei Steuerhinterziehung „in Millionenhöhe“
(BGH, Urt. v. 7.2.2012 – 1 StR 525/11) 148
- Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in beträchtlichem Umfang
(BGH, Urt. v. 15.12.2011 – 1 StR 579/11)
m. Anm. *RA Dr. Sebastian Beckschäfer* 150
- Vorsatz zur Steuerhinterziehung und Fehlvorstellungen über den Steueranspruch
(BGH, Beschl. v. 8.9.2011 – 1 StR 38/11)
m. Anm. *RA Dr. Markus Adick* 153

■ Zivilrecht

- Pflicht jedes Aufsichtsratsmitglieds zu eigener Risikoanalyse bei risikohaften, strategisch bedeutsamen Geschäften (Piëch)
(OLG Stuttgart, Urt. v. 29.1.2012 – 20 U 3/11) 156
- Schadensersatz bei Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis
(OLG Zweibrücken, Urt. v. 12.1.2012 – 4 U 75/11) 156
- Keine Pflicht des Anlageberaters, ohne besondere Anhaltspunkte infolge einer Gesetzesänderung auftretende schwierige und ungeklärte Rechtsfragen zu prüfen
(BGH, Urt. v. 1.12.2011 – III ZR 56/11)
m. Anm. *RA Dr. Daniel Walter* 158
- Prospekthaftung eines prominenten Politikers wegen Werbens für eine Kapitalanlage
(BGH, Urt. v. 17.11.2011 – III ZR 103/10)
m. Anm. *RA Dr. Jan Kraayvanger und Rechtsreferendarin Pia Leonhardt* 160

■ Verfahrensrecht

- Unverwertbarkeit von polizeilich abgehörten Selbstgesprächen
(BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10)
m. Anm. *RA FASr Jörg Habetha* 163

...

Strafklageverbrauch bei Betrug wegen unberechtigter Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld
(OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.8.2011 – (2) 53 Ss 71/11 (28/11), (2) 53 Ss 71/11)
m. Anm. *Akad. Rat a.Z. Dr. Jan C. Schuhr*

166

ZWH-aktuell

ZWH Online-Archiv

Benutzername

Passwort

Unter **zwh-online.de** finden Sie unsere Webseite.

Unter der Rubrik

- Für Abonnenten
- Menüpunkt Archiv

können Abonnenten mit nebenstehendem Benutzernamen und Passwort auf das ZWH-Archiv zugreifen.

Impressum

Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen – ZWH

Redaktion: Peter Marqua (verantw. Redakteur) – RAin Annette Hesse-Edenfeld (Redakteurin) – RAin Silke Nehl (Redakteurin) – Leticia Seidl (Redaktions-Sekr.), Anschrift des Verlages, Tel.: 0221/9 37 38-502 (Red.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementverwaltung), Fax: 0221/9 37 98-953 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementverwaltung), E-Mail: strafr@otto-schmidt.de, Internet: www.zwh-online.de. Zitierweise: ZWH.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln. Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Anzeigenleitung: Thorsten Deuse, Tel.: 0221/9 37 38-421, Fax: 0221/9 37 38-942, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de, gültig ist die Preisliste 2 vom 1.1.2012.

Satz: Boyens Offset, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide.

Druck: rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, 57537 Wissen, E-Mail: typo@rewi.de.

Erscheinungsweise: Jeweils zum 15. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 239,- €. Einzelheft 23,90 €. Für Mitglieder der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) im Jahresabonnement 204,- €.

Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

ISSN: 2192-8002.

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresabschluss.

Hinweis für den Leser: Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.

Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Entscheidungsbearbeitung, Leitsatz) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Weg fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

ORegRat Thomas Wolf

Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren

In komplexen Wirtschaftsverfahren ergibt sich häufig die Notwendigkeit der Beauftragung von Sachverständigen. Regelmäßig werden daher von den Strafverfolgungsbehörden bereits im Ermittlungsverfahren dort beschäftigte Behördenangehörige mit besonderer Sachkunde als Sachverständige hinzugezogen, die vielfach als Wirtschaftsreferenten bezeichnet werden. Naturgemäß wird Sachverständigen der Strafverfolgungsbehörden seitens der Verteidigung mit Argwohn begegnet, weshalb mit dem folgenden Beitrag die rechtlichen Rahmenbedingungen der Bestellung eines solchen Sachverständigen dargestellt werden.

I. Die Stellung des Sachverständigen

1. Beauftragung und Verjährungsunterbrechung

Die Bestellung des Sachverständigen erfolgt gem. § 73 Abs. 1 StPO durch den Richter, im Ermittlungsverfahren – was die Regel ist – durch die Staatsanwaltschaft (§ 161a Abs. 1 Satz 1 StPO), wobei der Richter daran nicht gebunden bleibt,¹ und sie unterbricht unter den in § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB genannten Voraussetzungen die Verjährung.² In Ausnahmefällen kann eine Beauftragung auch durch die Polizei erfolgen³ (§ 163 StPO), wobei in diesem Fall die Verjährung nicht unterbrochen wird (§ 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB). Gemäß RiStBV Nr. 69 soll ein Sachverständiger nur dann herangezogen werden, wenn dies unentbehrlich ist.

Der Wirtschaftsreferent wird entweder als Ermittlungshelfer oder als Sachverständiger tätig. Ermittlungen dienen der Sachverhaltserforschung beim Verdacht von Straftaten (§ 161 Abs. 1 StPO i.V.m. § 160 Abs. 1 bis 3 StPO), zu diesem Zweck können auch Sachverständige

verpflichtet werden, ein Gutachten zu erstatten (§ 161a Abs. 1 StPO). Dass die Staatsanwaltschaft die Ergebnisse des Sachverständigen – also das Gutachten – dazu verwendet, ihre Ermittlungen fortzuführen (oder einzustellen), lässt noch kein Interesse des Sachverständigen an der Strafverfolgung besorgen, was sich bereits aus § 161 Abs. 1 und § 161a Abs. 1 StPO i.V.m. § 160 Abs. 1 bis 3 StPO ergibt. Als Abgrenzung soll hier genügen: Der Sachverständige begutachtet ausschließlich einen bereits bekannten Sachverhalt und hat bei Maßnahmen zur Gutachtensvorbereitung nur eine passive Rolle inne.⁴

Die Verjährungsunterbrechung setzt voraus, dass der Sachverständige zu einem *bestimmten* Beweisthema beauftragt wird, ein *Gutachten* zu erstatten. Aus der engen Auslegung von § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB folgt, dass nicht jede Inanspruchnahme eines Sachverständigen als Beauftragung in diesem Sinne angesehen werden kann, sondern nur die Anordnung, das Gutachten eines Sachverständigen zu einem bestimmten (sachverständig zu beurteilenden) Beweisthema einzuholen⁵ oder mit anderen Worten: Nicht jedes Aufaddieren von Zahlen begründet einen Sachverständigenauftrag. Die Sichtung und Erhebung von Datenmaterial gehört deshalb nur dann zur Tätigkeit eines Sachverständigen, wenn es zu ihrer Durchführung entscheidend auf seine Sachkunde ankommt oder die Datenerhebung zur Klärung bestimmter sachverständig zu beurteilender Zusammenhänge erforderlich ist und zur Vorbereitung einer schließlich zu erstellenden gutachterlichen Äußerung ausgeführt wird.⁶ Demgegenüber stellt z.B. die reine Datenerhebung oder -wiederherstellung ohne Klärung wirtschaftlicher Zusammenhänge eine bloße Unterstützungshandlung dar.⁷

▷ Der Autor ist als Wirtschaftsreferent bei der Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in Stuttgart tätig; der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

1 BGH v. 12.2.1998 – 1 StR 588/97, NStZ 1998, 422; *Detter*, NStZ 1998, 57.

2 Nur etwa BGH v. 6.10.1981 – 1 StR 356/81, MDR 1982, 156 = NJW 1982, 291; BGH v. 23.5.1990 – 3 StR 163/89, NStZ 1990, 436.

3 *Meyer-Göfner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 73 Rz. 1; *Krekeler*, wistra 1989, 52.

4 Zu Sachverständigen im Ermittlungsverfahren auch BGH v. 23.11.1995 – 1 StR 296/95, MDR 1996, 514 = NJW 1996, 1355; BGH v. 28.8.2007 – 1 StR 331/07, NStZ 2008, 50. Zur – manchmal nicht ganz einfachen – Abgrenzung zwischen Ermittlungs- und Sachverständigentätigkeit vgl. *Bittmann*, wistra 2011, 47.

5 Nur etwa BGH v. 10.4.1979 – 4 StR 127/79, NJW 1979, 2414; BGH v. 2.3.2011 – 2 StR 275/10, StV 2011, 483; OLG Zweibrücken v. 8.10.2003 – 1 Ws 353/03, NStZ-RR 2004, 298.

6 OLG Koblenz v. 16.7.2010 – 1 Ws 189/10, NStZ-RR 2010, 359.

7 BGH v. 2.3.2011 – 2 StR 275/10, StV 2011, 483; OLG Zweibrücken v. 8.10.2006 – 1 Ws 353/03, NStZ-RR 2004, 298.

Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren

2. Aufgaben des Sachverständigen

Sachverständige als persönliches Beweismittel können nur natürliche Personen sein.⁸ Aufgabe des Sachverständigen ist es, aufgrund seiner Sachkunde besondere Erfahrungssätze oder Kenntnisse des jeweiligen Fachgebietes zu vermitteln und/oder aufgrund von besonderen Erfahrungssätzen oder Fachkenntnissen *Schlussfolgerungen* aus einem feststehenden – bereits bekannten – Sachverhalt zu ziehen;⁹ Letzteres erfolgt typischerweise im Rahmen seiner Gutachtentätigkeit. Tatsachen, von denen der Sachverständige in seinem Gutachten auszugehen hat und die er von dem Auftraggeber vorgegeben bekommt, werden *Anknüpfungstatsachen*, solche, die er aufgrund seiner Sachkunde selbst feststellt, *Befundstatsachen* genannt.¹⁰ Demgegenüber sind *Zusatzstatsachen* solche Tatsachen, die ohne besondere Sachkunde festgestellt werden können. Damit Dritte das Gutachten würdigen können, muss es nachvollziehbar und eingehend begründet werden. Wissenschaftliche Grundsätze, Methoden und dergleichen, die der Sachverständige auf das konkrete Beweisthema anwendet, um zu seinen Schlussfolgerungen zu gelangen, sind darzulegen.¹¹

Es muss für die Beteiligten zu erkennen sein, dass der Beauftragte das Gutachten als Sachverständiger und nicht als Ermittlungsgehilfe erstatten soll.¹² Der Sachverständige erstattet ein Gutachten, Titulierungen wie „*Vermerk*“, „*Bericht*“ etc. sind im Einzelfall wenig hilfreich.¹³ Zur Vorbereitung des Gutachtens kann dem Sachverständigen gem. § 80 StPO gestattet werden, an der Vernehmung von Zeugen und des Beschuldigten teilzunehmen und die Akten einzusehen. Sonstige zur Vorbereitung des Gutachtens erforderlichen Erhebungen („*eigene Ermittlungen*“), wie z.B. das Beiziehen von Urkunden und behördliche Akten, etwa den im Unternehmensregister publizierten Jahresabschlüssen etc., schließt § 80 StPO nicht aus, sofern sie nachprüfbar festgelegt sind, was selbst ohne Mitwirkung des Auftraggebers gelten soll.¹⁴ Gleichwohl empfiehlt es sich, derartige Erhebungen in Absprache und Mitwirkung des Auftraggebers durchzuführen, insbesondere wenn die Unterlagen nicht öffentlich zugänglich sind, um nicht den Eindruck zu erwecken, der Sachverständige erhebe die Urkunden im Rahmen eines „staatsanwaltschaftlichen Auskunftersuchens“.

Der Sachverständige kann sein Gutachten unter Hinzuziehung von Gehilfen und Mitarbeitern (Hilfskräfte) – auch

anderer Sachverständiger – erstatten, es muss aber sichergestellt sein, dass seine persönliche Gesamtverantwortung bestehen bleibt, was voraussetzt, dass der Sachverständige die Ergebnisse der Tätigkeit der Hilfskräfte selbständig überprüfen kann und muss und deshalb seine Verantwortung nicht in Frage gestellt wird.¹⁵ Voraussetzung ist, dass die Hilfskräfte nach Weisung und unter Aufsicht des Sachverständigen tätig werden und so die (wissenschaftliche) Beurteilung und Auswertung der Arbeitsergebnisse sowie die eigentliche gedankliche Leistung in der Verantwortung des Sachverständigen geblieben ist.¹⁶ Die so gewonnenen Erkenntnisse stellen dann Befund- und nicht Zusatzstatsachen dar,¹⁷ anders, wenn der Sachverständige das Ergebnis anderer Sachverständiger ohne eigene sachverständige Würdigung lediglich übernimmt (z.B. das Gutachten eines Immobiliensachverständigen für die Frage der Überschuldung). Analog den berufsständischen Pflichten der Wirtschaftsprüfer¹⁸ kann es angebracht sein, internen oder externen fachlichen Rat einzuholen (*Konsultation*),¹⁹ dazu zählt im Rahmen der Qualitätssicherung auch die sog. *Berichtskritik nach dem Vier-Augen-Prinzip*.

3. Leitung des Sachverständigen durch den Auftraggeber

Gemäß § 78 StPO obliegt dem Auftraggeber die *Leitung* des Sachverständigen bei der Vorbereitung seines Gutachtens. Dies betrifft jedoch nicht die fachliche Durchführung des Auftrags, denn diesbezüglich ist der Sachverständige keiner Leitung und Weisung ausgesetzt; bei der Entscheidung über die Art der Informationsbeschaffung und die Methodenwahl auf dem Weg zum Gutachten ist der Sachverständige weitgehend frei.²⁰ Zur Leitung gehört eine klare und eindeutige Auftragsbeschreibung mit konkreten Fragestellungen zu den Beweisthemen²¹ einschließlich der Überwachung von deren Einhaltung, ebenso die Erörterung bei bestehenden Unstimmigkeiten.²² Zur Leitung gehört auch die Terminüberwachung des Sachverständigen. Der Auftraggeber soll mit dem Sachverständigen eine Absprache treffen, innerhalb welcher Frist das Gutachten zu erstatten ist (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StPO; vgl. auch RiStBV Nr. 2 Abs. 1). Daraus ergibt sich eine rechtzeitige *Hinweisverpflichtung* des Sachverständigen, wenn voraussichtlich (Mehr-)Kosten entstehen, weil es in diesem Fall dem Auftraggeber freigestellt sein muss,

⁸ Krause in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2008, Vor § 72 Rz. 2, zu Ausnahmen Krause, § 73 Rz. 25.

⁹ BVerwG v. 6.2.1985 – 8 C 15/84, NJW 1986, 2268.

¹⁰ Meyer-Göbner, StPO, 54. Aufl. 2011, Vor § 72 Rz. 7; BGH v. 26.10.1962 – 4 StR 318/62, NJW 1963, 401; BGH v. 20.11.1984 – 1 StR 639/84, NStZ 1985, 182; BGH v. 21.1.1997 – VI ZR 86/96, MDR 1997, 493 = NJW 1997, 1446.

¹¹ BGH v. 18.10.1977 – VI ZR 171/76, NJW 1978, 751.

¹² BGH v. 20.12.1983 – 5 StR 763/82, NStZ 1984, 215.

¹³ BGH v. 20.12.1983 – 5 StR 763/82, NStZ 1984, 215, wonach die Überschrift „*Vermerk*“ auch als die Arbeit eines polizeilichen Ermittlungsgehilfen verstanden werden kann.

¹⁴ OLG Stuttgart v. 29.5.1995 – 2 W 3/95, juris; OLG Naumburg v. 17.2.2010 – 10 W 13/10, juris; Meyer-Göbner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 80 Rz. 4; Rogall in SK/StPO, Losebl., Stand: 10/2009, § 80 Rz. 20; Krause in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2008, § 80 Rz. 10.

¹⁵ BGH v. 30.10.1968 – 4 StR 281/68, BGHSt 22, 268, der vom „*Hilfs-sachverständigen*“ bzw. dem „*Leiter einer Sachverständigengruppe*“ spricht; BGH v. 25.5.2011 – 2 StR 585/10, StV 2011, 709; KG v. 10.6.2010 – 20 W 43/10, GesR 2010, 608; LG Duisburg v. 13.3.2009 – 36 Ns 196/06, juris; Hagedorn, StV 2004, 217.

¹⁶ KG v. 10.6.2010 – 20 W 43/10, GesR 2010, 608.

¹⁷ BGH v. 30.10.1968 – 4 StR 281/68, BGHSt 22, 268.

¹⁸ Gemeinsame Stellungnahme der WPK und des IDW: Anforderungen an die Qualitätssicherung in der Wirtschaftsprüferpraxis (VO 1/2006), WPg 2006, 629, Ziff. 4.6.4 und Ziff. 4.6.7 ff.

¹⁹ Auch *Senge* in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, Vor § 72 Rz. 6.

²⁰ BGH v. 8.8.2002 – 3 StR 239/02, NStZ 2003, 101.

²¹ Meyer-Göbner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 78 Rz. 3.

²² BGH v. 13.3.1985 – 3 StR 8/85, MDR 1985, 629 = NStZ 1985, 421.

Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren

die Tätigkeit des Sachverständigen einzuschränken oder zu beenden.²³

Dem Verteidiger ist gem. RiStBV Nr. 70 Abs. 1 im Ermittlungsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme vor der Auswahl eines Sachverständigen zu geben, es sei denn, es droht eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder eine Verzögerung des Verfahrens.²⁴ Ein Verstoß hiergegen hat allerdings keine Auswirkungen auf die Bestellung des Sachverständigen und die Verwertbarkeit seines Gutachtens.²⁵

In Abgrenzung zum Sachverständigen sagt der sachverständige Zeuge (§ 85 StPO) über bestimmte eigens wahrgenommene vergangene Tatsachen oder Zustände aus, zu deren Wahrnehmung zwar auch eine besondere Sachkunde erforderlich war, die er aber ohne Zusammenhang mit einem Gutachtensauftrag wahrgenommen hat.²⁶

II. Die Abrechnung von Sachverständigenleistungen

Die Sachverständigenleistungen der Wirtschaftsreferenten sind als sog. „fiktive“ Kosten – honorarberechtigt ist nicht der Wirtschaftsreferent, sondern die öffentliche Stelle – gegenüber dem Verurteilten abrechnungsfähig.²⁷ Nach der Rechtsprechung können sogar im Einzelfall in der „kostenfreien“ Sachverständigentätigkeit mit der Neutralität unvereinbare andere Interessen gesehen werden.²⁸ Rechtsgrundlage ist § 84 StPO in Verbindung mit dem JVEG. Voraussetzung ist, dass der Sachverständige *vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft* herangezogen worden ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 JVEG) oder von der *Polizei* im Auftrag oder mit vorheriger Billigung der Staatsanwaltschaft (§ 1 Abs. 3 JVEG). Die Vergütung richtet sich nach Honorargruppen (Honorargruppe 1 bis 10, M1 bis M3) und umfasst ein Honorar je Stunde zwischen 50 € bis 95 € (§ 9 Abs. 1 JVEG), zzgl. erstattungsfähiger Nebenkosten.

Die Honorargruppen lassen oftmals keine eindeutige Zuordnung der Tätigkeit der Wirtschaftsreferenten zu. Wird eine Leistung erbracht, die in keiner Honorargruppe genannt ist, ist sie gem. § 9 Abs. 1 JVEG unter Berücksichtigung der allgemein für Leistungen dieser Art außegerichtlich und außerbehördlich vereinbarten Stundensätze einer Honorargruppe nach billigem Ermessen zuzuordnen. So ist beispielsweise die Vergütung eines mit Insol-

venzfragen – mit diesem Sachgebiet sind die Wirtschaftsreferenten häufig beauftragt – bestellten sog. „isolierten“ Sachverständigen i.H.v. 80 € (Honorargruppe 7) von der Rechtsprechung bislang nicht beanstandet worden.²⁹ Das Honorar gem. § 9 Abs. 2 JVEG i.H.v. 65 € ist nicht maßgebend, da diese „niedrige“ Vergütung im Kontext mit der dem vorläufigen Insolvenzverwalter zusätzlich zustehenden Vergütung zu sehen ist.³⁰ Die Hinzuziehung von Hilfskräften ist in § 12 Abs. 2 JVEG geregelt und wird mit einem Zuschlag von 15 % honoriert.

Vergütet werden Sachverständigenleistungen nach der dafür erforderlichen Zeit, also nach deren Angemessenheit. Dies erfordert, dass der Sachverständige seinen tatsächlichen Arbeitsaufwand spezifiziert und nachvollziehbar sowie hinreichend aufgeschlüsselt darlegt.³¹ Die Vergütung von Sachverständigenleistungen zu Beweisthemen, die zu einer Verfahrenseinstellung führen, ist nicht erstattungsfähig.³² Daher erleichtert ein detaillierter Nachweis die spätere Aufschlüsselung.

III. Die Ablehnung des Sachverständigen

Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen abgelehnt werden wie ein Richter (§ 74 Abs. 1 StPO), also insbesondere wegen der Besorgnis der Befangenheit (§ 24 StPO) oder dem Vorliegen eines Ablehnungsgrundes gem. § 22 StPO. Die Bedenken gegen die Unparteilichkeit (Befangenheit) des Sachverständigen müssen sich aus dem Verfahren selbst ergeben; allgemeine fachbezogene Äußerungen des Sachverständigen z.B. in wissenschaftlichen Publikationen oder bei Lehrveranstaltungen stellen daher allein noch keinen Ablehnungsgrund dar.³³ Von den Ablehnungsgründen des § 22 StPO dürfte insbesondere § 22 Nr. 4 StPO relevant sein: Wer zunächst als Ermittlungsgehilfe aktiv an den Ermittlungen teilgenommen hat, also bei den Ermittlungen nicht bloß beratend tätig geworden ist, sondern an der Aufklärung von Straftaten und der Überführung der Verdächtigen beteiligt war³⁴ bzw. besorgen lässt, am Ausgang des Strafverfahrens ein Interesse zu haben,³⁵ kann in diesem Verfahren kein Sachverständiger mehr sein.

Zwar hat die Rechtsprechung entschieden, dass selbst wer in die sonstige Ermittlungstätigkeit des gegen den Angeklagten *laufenden* Verfahrens eingebunden war, ein Gutachten erstatten kann, wenn er nur eigenverantwortlich

²³ BayObLG v. 10.3.2004 – 3Z BR 237/03, FamRZ 2005, 225.

²⁴ Hierzu auch BGH v. 2.7.1986 – 3 StR 87/86, MDR 1986, 976 = StV 1986, 465.

²⁵ BGH v. 2.7.1986 – 3 StR 87/86, MDR 1986, 976 = StV 1986, 465; *Bittmann*, wistra 2011, 47; *Detter*, NStZ 1998, 57.

²⁶ BVerwG v. 6.2.1985 – 8 C 15/84, NJW 1986, 2268; OVG NW v. 18.7.2007 – 8 A 1075/06, juris; *Meyer-Gößner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 85 Rz. 3. Zur unrichtigen Bezeichnung als Sachverständiger in den Urteilgründen vgl. auch BGH v. 26.6.1984 – 5 StR 93/84, NStZ 1984, 465.

²⁷ OLG Koblenz v. 4.12.1997 – 1 Ws 719/97, NStZ-RR 1998, 127; KG v. 23.12.2008 – 1 Ws 1/07, NStZ-RR 2009, 190; LG Trier v. 21.2.1997 – 1 Qs 46/96, NStZ-RR 1998, 256; *Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann*, GKG, 2. Aufl. 2009, § 1 Rz. 12.

²⁸ LG Kiel v. 14.8.2006 – 37 Qs 54/06, CR 2007, 116 = NJW 2006, 3224.

²⁹ OLG Koblenz v. 27.12.2005 – 14 W 815/05, NZI 2006, 180; OLG Frankfurt v. 3.3.2006 – 26 W 80/05, ZIP 2006, 676; LG Aschaffenburg v. 24.11.2004 – 4 T 205/04, ZIP 2005, 226; LG Mönchengladbach v. 22.8.2007 – 5 T 326/07, NZI 2008, 112.

³⁰ BVerfG v. 29.11.2005 – 1 BvR 2035/05, ZIP 2006, 86.

³¹ Auch AG Dortmund v. 7.1.1999 – 114 C 11293/98, NZV 1999, 254.

³² OLG Hamm v. 5.5.2009 – 2 Ws 29/09, BeckRS 2009, 87721; LG Krefeld v. 4.8.2011 – 24 Qs-3 Js 306/09-82/11, NStZ-RR 2012, 32.

³³ *Senge* in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 74 Rz. 5; zu Ausnahmen BVerfG v. 19.8.1996 – 2 BvR 115/95, NStZ-RR 1997, 23.

³⁴ Nur etwa BGH v. 11.1.1963 – 3 StR 52/62, NJW 1963, 821.

³⁵ LG Kiel v. 14.8.2006 – 37 Qs 54/06, CR 2007, 116 = NJW 2006, 3224.

Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren

und frei von jeder Beeinflussung, losgelöst von seiner bisherigen (und zukünftigen) eigentlichen Ermittlungstätigkeit beauftragt worden ist.³⁶ In dieser Entscheidung ging es – worauf *Lemme*³⁷ hinweist – jedoch nur um die Frage der Verjährungsunterbrechung, ob also eine Beauftragung als Sachverständiger vorlag oder nicht, und nicht um dessen Befangenheit. In Bezug auf die Befangenheit hat es die Rechtsprechung nämlich als schädlich angesehen, wenn der Sachverständige gerade im Verfahren gegen den Angeklagten tätig geworden ist, also bei der Ermittlung nicht bloß beratend tätig war (sondern vor allem sicherheitspolizeiliche Aufgaben wahrgenommen hat).³⁸

Der abgelehnte Sachverständige kann zwar als sachverständiger Zeuge vernommen werden,³⁹ er darf jedoch nicht zu den aus den Tatsachen zu ziehenden Schlussfolgerungen gehört werden.⁴⁰ Nach seiner Ablehnung wird regelmäßig ein neuer Sachverständiger bestellt werden müssen (§ 83 Abs. 2 StPO),⁴¹ denn mit der Bestellung eines Sachverständigen bringt der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt; dies gilt dann nicht, wenn das Gericht über die entsprechende Sachkunde verfügt. Das Gericht darf allerdings aus dem Gutachten des abgelehnten Sachverständigen nicht eigene Sachkunde ableiten.⁴²

1. Dienstrechtliche und räumliche Eingliederung in die Strafverfolgungsbehörde

Die dienstrechtliche und räumliche Eingliederung in die Strafverfolgungsbehörde stellt für sich allein betrachtet nach herrschender Meinung keinen Ablehnungsgrund dar, wenn der Wirtschaftsreferent sein Gutachten eigenverantwortlich und *weisungsfrei* erstattet hat;⁴³ unschädlich ist es auch, wenn der Schriftverkehr des Wirtschaftsreferenten auf einem Briefbogen mit dem Briefkopf „Staatsanwaltschaft“ stattfindet.⁴⁴ Die Weisungsfreiheit – gemeint sind nur unzulässige, das Gutachtensergebnis betreffende fachliche Weisungen und nicht sonstige Weisungen – kann durch *Hausverfügungen* nachgewiesen werden.⁴⁵ Keine persönliche Voraussetzung für die Stellung als Sachverständiger ist eine akademische Bildung.⁴⁶

Demgegenüber können die Einbindung in eine Ermittlungsgruppe und die regelmäßige Teilnahme an verschie-

den Ermittlungshandlungen gegen eine Beauftragung als Sachverständiger sprechen,⁴⁷ weil die Sachverständigentätigkeit typisierend gerade losgelöst von der bisherigen (und zukünftigen) Ermittlungstätigkeit erfolgt.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund muss auch eine regelmäßige Teilnahme des Sachverständigen an „Einsatzbesprechungen“ der Staatsanwaltschaft und der Polizei gesehen werden. Zulässig ist nach der Rechtsprechung – ohne dass sie dies inhaltlich konkretisiert – eine „Zusammenarbeit“ zwischen Auftraggeber und Sachverständiger.⁴⁹ Das Gutachten steht den Verfahrensbeteiligten zu, ist also zunächst dem Auftraggeber zu übergeben und nicht etwa eigenmächtig – in Mehrfertigung – auch der Polizei.

2. Tätigwerden des Sachverständigen ohne Sachverständigenauftrag

Sachverständiger kann nur sein,

- wenn der Auftrag erteilt wurde, ein Gutachten zu einem *bestimmten* Beweisthema zu erstatten,
- wer eigenverantwortlich und frei von jeder Beeinflussung sowie
- persönlich und losgelöst von der eigentlichen Ermittlungstätigkeit tätig werden kann.

Aus dem Auftrag muss sich eindeutig ergeben, dass der Wirtschaftsreferent als Sachverständiger tätig werden soll. Wird der Sachverständige ohne Auftrag tätig, handelt er regelmäßig als Ermittlungsgehilfe. In diesem Fall dient seine Tätigkeit originär dazu, Straftaten zu erforschen und nicht einen bereits bekannten Sachverhalt zu begutachten, was mit der Stellung als Sachverständiger nicht zu vereinbaren ist. Wird dem „Sachverständigen“ nach den so von ihm selbst gewonnen Erkenntnissen anschließend ein Sachverständigenauftrag erteilt, so muss seine Stellung als Sachverständiger fehlschlagen, weil er selbst die Basis für seine eigene Beauftragung begründet hat. Es versteht sich von selbst, dass der Sachverständige den Gutachtensauftrag auch nicht vorzuformulieren hat.

³⁶ BGH v. 2.7.1986 – 3 StR 87/86, MDR 1986, 976 = StV 1986, 465.

³⁷ *Lemme*, wistra 2002, 281 (Fn.105); zur Vorsicht ratend auch *Bittmann*, wistra 2011, 47.

³⁸ BGH v. 11.1.1963 – 3 StR 52/62, NJW 1963, 821.

³⁹ BGH v. 18.3.2010 3 StR 426/09, juris; BGH v. 15.8.2008 – 3 StR 225/01, NSZ 2002, 44; BayObLG v. 13.11.1997 – 4 StRR 239/97, NJW 1998, 1505; *Meyer-Göfner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 74 Rz. 19.

⁴⁰ BGH v. 7.5.1965 – 2 StR 92/65, NJW 1965, 1492; *Senge* in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, Vor § 72 Rz. 8.

⁴¹ *Meyer-Göfner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 84 Rz. 3.

⁴² BGH v. 27.1.2010 – 2 StR 535/09, StV 2011, 713.

⁴³ BGH v. 11.1.1963 – 3 StR 53/63, NJW 1963, 821; BGH v. 10.4.1979 – 4 StR 127/79, NJW 1979, 2414; OLG Zweibrücken v. 9.10.1978 – WS 397/78, NJW 1979, 1995; OLG Koblenz v. 16.7.2010 – 1 Ws 189/10, NSZ-RR 2010, 359; KG v. 23.12.2008 – 1 Ws 1/07, NSZ-RR 2009, 190; *Niemeyer* in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 12 Rz. 29; *Meyer-Göfner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 74 Rz. 5 ff.; *Foth/Karcher*, NSZ 1989, 166; hierzu auch *Pause*, NJW 1985, 2576.

⁴⁴ OLG Zweibrücken v. 9.10.1978 – WS 397/78, NJW 1979, 1995.

⁴⁵ Dies verkennend AG Bautzen v. 11.12.1996 – 12 Ds 110 Js 5178/96, StV 1998, 125, wonach der Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft (Angehöriger der KTU) in aller Regel bereits als Sachverständiger abgelehnt werden kann. Ebenfalls abgelehnt hat das erkennende Gericht eine Verwaltungsvorschrift des Staatsministeriums des Innern, wonach Beamte im Rahmen ihrer Sachverständigentätigkeit keinen Weisungen unterliegen, da eine solche Verwaltungsregelung keine Rechtsnorm mit Außenwirkung darstellt, im Gegensatz zur höherrangigen VO über die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft. Daher bestünden Zweifel, ob sich der Beamte nicht der höherrangigen VO fügen müsse.

⁴⁶ OLG Koblenz v. 16.7.2010 – 1 Ws 189/10, NSZ-RR 2010, 359.

⁴⁷ OLG Zweibrücken v. 8.10.2003 – 1 Ws 353/03, NSZ-RR 2004, 298.

⁴⁸ BGH v. 2.7.1986 – 3 StR 87/86, MDR 1986, 976 = StV 1986, 465; OLG Koblenz v. 4.12.1997 – 1 Ws 719/97, NSZ-RR 1998, 127.

⁴⁹ BGH v. 28.8.2007 – 1 StR 331/07, NSZ 2008, 50.

Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren

3. Der Sachverständigenauftrag

a) Formfragen, Dokumentation

Der Gutachtensauftrag kann zwar *formfrei*, also mündlich oder durch schlüssige Handlung erfolgen,⁵⁰ er muss jedoch ein bestimmtes Beweisthema bzw. einen genau umgrenzten Auftrag (RiStBV Nr. 72 Abs. 2) enthalten.⁵¹ Wenngleich der Gutachtensauftrag mündlich erteilt werden kann, ist schon aus Beweisgründen eine rechtzeitige schriftliche Dokumentation im Hinblick auf die Verjährungsunterbrechung unbedingt erforderlich.⁵² Erforderlich ist eine klare und unmissverständliche Auftragserteilung, insbesondere die Vorgabe der vom Sachverständigen zu beantwortenden Beweisfragen.⁵³ Zulässig sind vorherige mündliche Vorabörterungen (RiStBV Nr. 72 Abs. 2), z.B. darüber, ob der Umfang der Unterlagen eine Beantwortung der beabsichtigten Beweisfragen dem Grunde nach zulässt oder welche weiteren Unterlagen der Sachverständige hierzu benötigt. Dem Sachverständigen sind die Anknüpfungstatsachen, von denen er in seinem Gutachten ausgehen soll, möglichst schon mit dem Auftrag mitzuteilen,⁵⁴ sofern er sie nicht selbst als Befundtatsachen festzustellen hat, z.B. durch Einsicht in die Handelsbücher, um dann auftragsgemäß festzustellen, ob die Buchführung ordnungsgemäß ist. *Zwischenberatungen* mit dem Auftraggeber bei der Vorbereitung des Gutachtens sind zulässig,⁵⁵ was sich schon aus dessen Leitungsfunktion ergibt, aber auch aus der Aufklärungspflicht des Sachverständigen gem. § 80 StPO.

Die dem Gutachten zugrunde gelegten Umstände und Tatsachen sind darzulegen, insbesondere wenn sie der Sachverständige selbst erhoben hat.⁵⁶ Wird dies allerdings ohne Willkür oder Missachtung grundlegender Rechte unterlassen, handelt es sich um einen handwerklichen Fehler, der noch keine Befangenheit begründet.⁵⁷ Der sprachliche Stil rechtfertigt dann keine Besorgnis der Befangenheit, wenn der Sachverständige auf heftige Angriffe mit noch angemessener Schärfe reagiert.⁵⁸ Darzulegen sind auch etwaige Ergänzungen oder Berichtigungen des Gutachtens.

Unzulässig, weil der Erforschung von Straftaten bzw. der Beantwortung von Rechtsfragen dienend, wäre z.B. ein Gutachtensauftrag zur Frage „*ob sich aus den Unterlagen Verdachtsmomente einer Untreue oder eines Bankrotts*“ ergeben. Die Beantwortung von Rechtsfragen, erst recht strafrechtlicher Art, ist Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen. Gleichwohl gilt, dass in Wirtschaftsverfahren die Beantwortung von Beweisfragen

aus dem Fachgebiet des Sachverständigen häufig rechtliche Ausführungen nahelegt. Z.B. kann die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nicht ohne § 17 InsO oder die Ansatzpflicht einer Rückstellung nicht ohne § 249 HGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung und Literaturmeinung beantwortet werden. Daher begründen Rechtsausführungen durch den Sachverständigen noch nicht dessen Befangenheit, so lange der Sachverständige nicht offenkundig einseitig tätig ist, wofür zu Lasten einer Partei ausfallende Ergebnisse allein nicht ausreichen.⁵⁹

b) Abweichen des Sachverständigen vom Beweisbeschluss

Hält sich ein Sachverständiger nicht an den ihm vom Auftraggeber vorgegebenen Beweisbeschluss, ohne zuvor auf eine Klarstellung oder Ergänzung der Beweisfragen hingewirkt zu haben (hierzu auch unten 5.), kann dieses Verhalten die Grundlage für eine Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit begründen,⁶⁰ z.B. wenn der Sachverständige aufgetragen bekommt, bei der Feststellung der Überschuldung von einem bestimmten Sachverhalt auszugehen, er dies aber ignoriert, weil er der Meinung ist, dass die Vorgabe falsch sei. Der Sachverständige hat in diesem Fall etwaige Bedenken dem Auftraggeber zu unterbreiten und kann den Inhalt seines Auftrags nicht eigenmächtig verändern.

c) Umfassender Gutachtensauftrag ohne Verdachtsmomente

Problematisch ist, wenn ein allumfassender Sachverständigenauftrag (z.B. Feststellung der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, ob bei Gründung die Einlagen an den Inferenten zurückgeflossen sind, von „Zahlungen“ jedweder Art an den Gesellschafter, Feststellungen zur Ordnungsmäßigkeit von Buchführung und Bilanzierung usw.) erteilt wird, ohne dass bereits irgendwelche Verdachtsmomente – ausreichend wäre „kriminalistisches Erfahrungswissen“ – diesbezüglich bestehen. Dies könnte dahin gehend ausgelegt werden, dass der Sachverständige als kriminalistischer Gehilfe missbraucht wird, noch nicht bekannte Straftaten zu erforschen und aufzudecken.

Als unschädlich wird es angesehen, wenn dem Sachverständigen im Zuge der Vorbereitung des Gutachtens aufgetragen wird, aus seiner (betriebs-)wirtschaftlichen Sicht auch auf etwaige weitere Unregelmäßigkeiten hindeutende Auffälligkeiten hinzuweisen, wenn der Auftraggeber von sich aus die Erwartungshaltung hegt, ohne schon einen förmlichen Anfangsverdacht zu haben, dass sich ein

⁵⁰ BGH v. 20.12.1983 – 5 StR 763/82, NStZ 1984, 215.

⁵¹ BGH v. 10.4.1979 – 4 StR 127/79, NJW 1979, 2414; BGH v. 2.7.1986 – 3 StR 87/86, MDR 1986, 976 = StV 1986, 465.

⁵² BGH v. 10.4.1979 – 4 StR 127/79, NJW 1979, 2414, wonach auch eine mündliche Beauftragung dem Inhalt und dem Zeitpunkt nach aus den Akten erkennbar sein muss; ähnlich BGH v. 6.10.1981 – 1 StR 356/81, MDR 1982, 156 = NJW 1982, 291; BGH v. 2.7.1986 – 3 StR 87/86, MDR 1986, 976 = StV 1986, 465; OLG Zweibrücken v. 9.10.1978 – WS 397/78, NJW 1979, 1995.

⁵³ Meyer-Göfner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 78 Rz. 3.

⁵⁴ BGH v. 29.9.1994 – 4 StR 494/94, StV 1995, 113.

⁵⁵ Siehe auch OLG Stuttgart v. 26.6.1996 – 19 W 26/96, BRAK 1997, 135 = NJW-RR 1996, 1469.

⁵⁶ BGH v. 18.7.2007 – VIII ZR 236/05, MDR 2007, 1445 = WM 2007, 1901; KG v. 11.12.1998 – 5 Ws 672/98, NJW 1999, 1797; hierzu auch Boetticher u.a., NStZ 2006, 537.

⁵⁷ BGH v. 6.4.2011 – 2 StR 73/11, StV 2011, 709.

⁵⁸ OLG Köln v. 8.11.2010 – 19 W 33/10, juris; andererseits KG v. 6.9.2007 – 12 W 52/07, MDR 2008, 528 = juris, zum umgekehrten Fall.

⁵⁹ LG Bielefeld v. 9.12.2009 – 3 O 557/04, juris; OLG Nürnberg v. 1.8.2001 – 4 W 2519/01, MDR 2002, 291; zu Rechtsfragen auch Krause in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2008, Vor § 72 Rz. 12.

⁶⁰ OLG Celle v. 18.1.2002 – 14 W 45/01, NJW-RR 2003, 135; OLG Köln v. 30.12.1986 – 20 W 65/86, NJW-RR 1987, 1198; OLG Nürnberg v. 12.6.2006 – 5 W 980/06, MDR 2007, 295.

Der Sachverständige im Wirtschaftsverfahren

solcher aus den Unterlagen ergebe⁶¹. Mit dieser Vorgehensweise sollte m.E. vorsichtig umgegangen werden. Einerseits erweist sich der oft gebrauchte Begriff der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ als zu allgemein, andererseits fragt es sich, wie der Auftraggeber – auch wenn ihm die abschließende rechtliche Bewertung obliegt – mit einem solchen Hinweis umgehen soll: Mangels eigener Sachkunde dürfte er geneigt sein, einen Anfangsverdacht zu bejahen, wenn es schon „dem Sachverständigen auffällig vorkommt“. In diesem Fall sollte, um jegliche Besorgnis der Befangenheit zu vermeiden, ein anderer Wirtschaftsreferent als Ermittlungsgehilfe mit solchen Fragestellungen beauftragt werden. Dass dieser als Ermittlungsgehilfe tätig war, hindert seine spätere Beauftragung als Sachverständiger in anderen Verfahren nicht, weil sich die Ermittlungstätigkeit nur auf diese Sache („... in der Sache“, § 22 Nr. 4 StPO) bezieht.⁶²

4. Durchsuchungen und Vernehmungen

Die Teilnahme des Sachverständigen an Durchsuchungen und Vernehmungen stellt für sich allein keinen Ablehnungsgrund dar, für die Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten sowie die Einsicht in die Akten ist sie sogar ausdrücklich in § 80 StPO vorgesehen. Es muss jedoch gegenüber den Beteiligten klar sein, dass der Sachverständige im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden – als Sachverständiger – tätig ist.⁶³ Geschieht die Teilnahme beispielsweise vor dem Hintergrund, „alle in Betracht kommenden Straftaten“ festzustellen, so liegen darin regelmäßig Ermittlungshandlungen. Auch Äußerungen des Sachverständigen wie etwa „wäre das für Ihre Ermittlungen nicht von Interesse“, „jetzt haben wir ihn“, „jetzt haben wir das, was wir suchen“ u.Ä. lösen regelmäßig die Besorgnis der Befangenheit aus.

Allerdings gestattet § 80 Abs. 2 StPO nur die *Einsicht* in die Akten⁶⁴ und die *Teilnahme* an der Vernehmung von Zeugen und des Beschuldigten. Aus dieser Norm ergibt sich bereits die passive Rolle des Sachverständigen: Er darf die Unterlagen daraufhin einsehen, ob sie für sein zu begutachtendes Beweisthema relevant sind, und an der Vernehmung teilnehmen, diese Maßnahmen aber nicht selbständig durchführen oder pointiert formuliert: Der Sachverständige darf nicht selbst im Keller nach den Unterlagen suchen, da hierfür – möglicherweise abweichend zu Kapitalverbrechen – keine besondere Sachkunde erforderlich ist.

a) Teilnahme an Durchsuchungen

Der Kreis der Personen, die an einer Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO) teilnehmen dürfen, ist gesetzlich nicht abschließend geregelt. Die Teilnahme von Sachverständigen ist ohne weiteres zulässig⁶⁵ und ergibt sich schon daraus, dass die Staatsanwaltschaft bei der Durchsicht von Papieren *an Ort und Stelle* (§ 110 StPO) Sachverständige hinzuziehen kann (unten b). Der Sachverständige kann gem. § 80 Abs. 2 StPO die Akten einsehen. Dann muss es ihm – wie beim Teilnahmerecht an einer Vernehmung – auch möglich sein, an der Beschaffung dieser auf Vollständigkeit gerichteten Unterlagen teilzunehmen. Letztendlich dient die Teilnahme des Sachverständigen dem Interesse des Beschuldigten, den Umfang der sicherzustellenden Unterlagen zu beschränken, weil ansonsten die Ermittlungspersonen geneigt sein könnten, *alles* mitzunehmen.

Allerdings darf der Sachverständige selbst nicht durchsuchen. Es kommt im Ergebnis darauf an, ob der Sachverständige an der Durchsuchung als ermittelnder Gehilfe mitgewirkt hat oder nicht. Das ist zu verneinen, wenn er unter Wahrung seiner Unabhängigkeit und frei von Weisungen die von anderen Beamten durchgeführten Ermittlungen am Ort des Geschehens beratend und unterstützend begleitet und durch sachkundige Hinweise (ohne eigenes Weisungsrecht gegenüber den ermittelnden Beamten) auf eine sachgerechte und zweckentsprechende Erhebung der für sein Gutachten erforderlichen Unterlagen hinwirkt.⁶⁶ Unzulässig wäre es aber, wenn der Sachverständige vor Ort weitgehend selbständig tätig wird, alle für die weitere Untersuchung erforderlichen Feststellungen trifft und so den weiteren Gang des Verfahrens de facto bestimmt,⁶⁷ so z.B. wenn sich die Tätigkeit der anderen Beteiligten weitgehend in der Dokumentation der sichergestellten Unterlagen erschöpft. Als kritisch – ohne darüber entscheiden zu müssen – hat es die Rechtsprechung auch gesehen, wenn ein Sachverständiger, der in einem Verfahren bereits ein Gutachten erstattet hat, an einer späteren Durchsuchung teilnimmt⁶⁸, ohne dass sich aus den Urteilsgründen ergibt, ob die Teilnahme nicht etwa dazu diene, neue Tatsachen, die möglicherweise zu einer anderen gutachterlichen Beurteilung führen, zu erheben.

Grundsätzlich ist dem Sachverständigen bereits in diesem Stadium das Beweisthema vorzugeben, weswegen er an der Durchsuchung teilnimmt, sofern er nicht lediglich beratend und ohne konkreten Auftrag Fachwissen vermitteln soll.

⁶¹ Bittmann, wistra 2011, 47.

⁶² Bittmann, wistra 2011, 47. So ist nach BGH v. 1.11.1955 – 5 StR 329/55, NJW 1956, 271, selbst die Vorbefassung des Sachverständigen in einem früheren Strafverfahren gegen den Angeklagten für sich allein noch kein Grund, an der Unparteilichkeit zu zweifeln.

⁶³ BGH v. 4.12.1996 – 2 StR 430/96, NStZ 1997, 349; Meyer-Göbner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 74 Rz. 6.

⁶⁴ Zur zulässigen Übergabe beschlagnahmter Unterlagen auch OLG Hamm v. 16.2.1995 – 1 VAs 105/94, NStZ-RR 1996, 10.

⁶⁵ BVerfG v. 31.8.2007 – 2 BvR 1681/07, juris; LG Stuttgart v. 10.6.1997 – 10 Qs 36/97, NStZ-RR 1998, 54; OLG Hamm v. 16.1.1986 – 1 VAs 94/85, MDR 1986, 695 = NStZ 1986, 326; Meyer-

er-Göbner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 105 Rz. 8b; einschränkend Niemeyer in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 12 Rz. 29.

⁶⁶ Foth/Karcher, NStZ 1989, 166, in Bezug auf die Spurensuche und Spurensicherung, was jedoch in diesem Sinne auch für Wirtschaftsstrafverfahren gilt; Niemeyer in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 12 Rz. 29.

⁶⁷ LG Kiel v. 14.8.2006 – 37 Qs 54/06, CR 2007, 116 = NJW 2006, 3224.

⁶⁸ OLG Hamm v. 16.1.1986 – 1 VAs 94/85, MDR 1986, 695 = NStZ 1986, 326.

b) Durchsicht der Papiere

Die Durchsicht der Papiere gem. § 110 StPO steht der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihren Ermittlungspersonen zu. Zweck der Vorschrift ist die inhaltliche Prüfung, ob die richterliche Beschlagnahme als Beweismittel zu beantragen oder die Rückgabe an den Betroffenen erforderlich ist.⁶⁹ Gemäß § 152 Abs. 1 GVG unterliegen die Ermittlungspersonen den Anordnungen der Staatsanwaltschaft. Wer Ermittlungsperson ist, regeln gem. § 152 Abs. 2 GVG die Landesregierungen durch Rechtsverordnung. In Baden-Württemberg ist in der Verordnung der Landesregierung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft v. 12.2.1996 geregelt,⁷⁰ dass als Ermittlungspersonen *bei der* Staatsanwaltschaft auch die Wirtschaftsfachkräfte gelten, wenn sie bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllen. Da ein Sachverständiger einerseits keinen inhaltlichen Weisungen unterliegt und andererseits die Durchsicht der Papiere gem. § 110 StPO auf die Prüfung der „Beweisfähigkeit“ von Unterlagen für das Ermittlungsverfahren ausgerichtet ist, kann die originär mit der Durchsicht der Papiere beauftragte Ermittlungsperson anschließend nicht als Sachverständiger herangezogen werden. Zulässig ist es aber, bei der Durchsicht der Papiere Sachverständige hinzuziehen,⁷¹ wobei die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen zunächst selbst eine Sichtung vornehmen soll, um die Notwendigkeit einer sachverständigen Begutachtung beurteilen zu können.⁷² Soll der Sachverständige anschließend ein Gutachten erstatten, darf er nur beratend tätig werden, etwa dahin gehend welche Unterlagen für das Beweisthema „Feststellung der Zahlungsunfähigkeit“ erforderlich sind.

c) Teilnahme an Vernehmungen

Die Durchführung von Vernehmungen ist Aufgabe des Auftraggebers,⁷³ der Sachverständige hat allerdings das Recht, an der Vernehmung teilzunehmen, und dort ein Fragerecht (§ 80 Abs. 2 StPO). Gibt der Sachverständige der Vernehmung hingegen sein Gepräge, wird ihm die ganze Befragung überlassen, stellt er Fangfragen oder Fragen, die zur Überführung des Täters beitragen sollen, z.B. „*ab wann haben Sie die Überschuldung erkannt?*“, dann liegt regelmäßig eine Tätigkeit als Ermittlungsgehilfe vor. Dies gilt auch dann, wenn der Sachverständige an der Vernehmung selbst nicht teilnimmt, aber einen Fragenkatalog mit dieser Intention vorformuliert hat. Zulässig sind allein Fragen, die zur Beantwortung des Beweisthemas erforderlich sind. Noch keine Vernehmung ist die informatorische Befragung, wer gegebenenfalls überhaupt als Auskunftsperson in Frage kommt.⁷⁴

5. Verwendung neuer Tatsachen durch den Sachverständigen

Erkennt der Sachverständige im Verlauf der Erstellung des Gutachtens weitere Straftaten, die vom Beweisthema nicht umfasst sind, und nimmt er hierzu in seinem Gutachten Stellung, ist dies unbedenklich, sofern der Sachverständige diese Tatsachen zur Beantwortung des ihm aufgetragenen Beweisthemas benötigt, so beispielsweise das Vorhandensein von „Entnahmen“ oder das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen für das Beweisthema „Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung“. Daraufhin von der Staatsanwaltschaft eingeleitete (weitere) Ermittlungen, auch eine Erweiterung des Gutachtensauftrags, machen aus dem Sachverständigen noch keinen Ermittlungsgehilfen. Es empfiehlt sich jedoch dringend, die Gründe für die Erweiterung des Gutachtensauftrags aktenkundig zu machen. Häufig wird es auch so sein, dass der Sachverständige im Hinblick auf sein Beweisthema gem. § 80 StPO weitere Sachaufklärung vom Auftraggeber benötigt. Nimmt dieser den Aufklärungsantrag des Sachverständigen zum Anlass, ihn auch unter anderen strafrechtlichen Gesichtspunkten zu werten, nachdem er ihn erörtert und einer Prüfung auf Begründetheit unterzogen hat, und erweitert er den Auftrag an den Sachverständigen, ist auch dies unbedenklich.

Sind die Feststellungen für das Beweisthema indes ohne Bedeutung, gibt der Sachverständige letztendlich den Anstoß für die Erforschung von Straftaten. Fraglich könnte sein, ob in diesem Fall eine Ergänzung des Sachverständigenauftrags angeregt werden darf.⁷⁵ Eine Umgehung der Ermittlungstätigkeit durch Anregung einer Erweiterung des Gutachtensauftrags nach Aufdeckung dieser für das Beweisthema nicht relevanten Tatsachen führt aber nicht viel weiter, denn es kann grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob der Sachverständige die neuen, für das ursprüngliche Beweisthema irrelevanten Tatsachen in seinem Gutachten ausführt oder zur Vermeidung der Befangenheit einen Ergänzungsauftrag anregt. Letztendlich lässt er in beiden Fällen den Anschein von „*Verfolgungseifer*“ bei der Erforschung von Straftaten erkennen, was ihn zum Ermittlungsgehilfen macht. Nochmals: Der Sachverständige kann zwar im Ermittlungsverfahren vom Auftraggeber zum Mittel für dessen Ermittlungen gemacht werden, er selbst ist aber kein Ermittler, sondern begutachtet einen – wenn auch nur im Verdachtswege umrissenen – Sachverhalt ohne eigene Ermittlungskompetenz.

⁶⁹ OLG Frankfurt v. 23.10.1996 – 3 VAs 4/96, NSStZ 1997, 74; OLG Jena v. 20.11.2000 – 1 Ws 313/00, NJW 2001, 1290; *Nack* in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 110 Rz. 1.

⁷⁰ GBl. 1996, 184.

⁷¹ LG Berlin v. 9.5.1983 – 512a/512 Qs 18/83, StV 1987, 97; *Nack* in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 110 Rz. 4; *Meyer-Gößner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 110 Rz. 3.

⁷² LG Kiel v. 14.8.2006 – 37 Qs 54/06, CR 2007, 116 = NJW 2006, 3224.

⁷³ *Senge* in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 80 Rz. 2.

⁷⁴ *Krause* in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2008, § 80 Rz. 6; *Meyer-Gößner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 80 Rz. 2; *Krekeler*, wistra 1989, 52; *Rogall* in SK/StPO, Losebl., Stand: 10/2009, § 80 Rz. 18.

⁷⁵ *Lemme*, wistra 2002, 281, nur für Fälle verneinend, wenn dies „*ohne Rücksprache mit dem Staatsanwalt*“ erfolgt. Deutlich enger *Bittmann*, wistra 2011, 47.

Beseitigung von Amnestiezusagen

IV. Zusammenfassung

Dem Sachverständigen kommt im Wirtschaftsstrafverfahren häufig eine entscheidende Beweisfunktion zu, und seine Beauftragung führt regelmäßig zur Verjährungsunterbrechung einschließlich der Kostenauflegung an den Verurteilten. Dies setzt jedoch voraus, dass der Sach-

verständige ordnungsgemäß beauftragt worden ist und kein Ablehnungsgrund vorliegt. Insbesondere bei Behördenangehörigen muss klar gestellt sein, dass sie als Sachverständige und nicht als Ermittlungsgehilfen behandelt haben.

RA Dr. Burkard Göpfert, RAin Carolin Dräger und Nadine Woyte

Beseitigung von Amnestiezusagen

Amnestieprogramme gehören wie Whistleblower-Hotlines und der Einsatz einer Ombudsperson heute zum üblichen Arsenal von Compliance Investigations. Unter einer Amnestie wird möglichen Compliance-Tätern Freiheit von arbeits- und schadensersatzrechtlichen Konsequenzen zugesagt, soweit sie sich freiwillig, vollständig und wahrheitsgemäß an der Investigation beteiligen, also umfassend aussagen. Doch was, wenn es anschließend an der notwendigen Offenheit, Vollständigkeit und Wahrheit fehlt? In der Praxis finden sich ganz unterschiedliche Formen von „Amnestiezusagen“: Neben einseitigen und vertraglichen, auf den Fall der vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage bedingte finden sich auch unbedingte, im Gegenzug aber widerrufliche Zusagen des Verzichts auf die Geltendmachung arbeits- und schadensersatzrechtlicher Ansprüche. Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, wie sich der Arbeitgeber ggf. von seinen Zusagen wieder lösen kann mit der Folge, dass der Weg zu Abmahnung, Kündigung und Schadensersatz wieder frei ist.

I. Einführung

Im Zusammenhang mit den in den letzten Jahren bekannt gewordenen namhaften Korruptionsfällen¹ ist die Suche nach Möglichkeiten einer wirksamen Aufklärung eben dieser in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt. Arbeitgeber stoßen jedoch – bedingt durch komplizierte Verschleierungsmechanismen² und schweigende Tatbeteiligte

bzw. Mitwisser³ – bei der Aufarbeitung von Korruptionsfällen auf erhebliche Probleme. Neben der Einrichtung von Whistleblowing-Hotlines⁴ und dem Einsatz von Ombudspersonen haben auch **Amnestieprogramme in Unternehmen** mehr Bedeutung denn je.

Durch eine Amnestie stellen Unternehmen möglichen Korruptionstätern einen Verzicht auf arbeits- und schadensersatzrechtliche Konsequenzen in Aussicht, wenn sie im Gegenzug eine Aussage über ihr Wissen über ein internes Vorgehen tätigen und damit aktiv an der Aufklärung von Korruptionsfällen mitwirken. Leichtere Disziplinarmaßnahmen wie Abmahnung und Versetzung werden regelmäßig von diesem Sanktionsausschluss ausgenommen,⁵ damit das Unternehmen hinsichtlich der Verantwortung der Mitarbeiter gewisse Handlungsmöglichkeiten beibehält. Eine Amnestiezusage ist für den Arbeitgeber deshalb vorteilhaft, weil es ihm meist nur durch die Aussage bzw. Mitwirkung des Mitwissenden gelingen wird, den Korruptionsfall umfassend und vollständig aufzuklären.

Das Unternehmen kommt jedoch nur dann in den Genuss dieses Vorteils, wenn der Korruptionstäter oder Mitwissende seine Aussage **freiwillig** und insbesondere **vollständig** und **wahrheitsgemäß** tätigt. Schwierig wird es für das Unternehmen, wenn sich ein begünstigter Arbeitnehmer nicht an die Kooperationsvereinbarung hält, insbesondere wenn er nicht wahrheitsgemäß und/oder vollständig aussagt: In diesem Fall wird sich der Arbeitgeber verständlicherweise nicht länger an die Amnestiezusage

▷ Dr. Burkard Göpfert, LL.M. ist Partner, Carolin Dräger ist Rechtsanwältin und Nadine Woyte, LL.B. ist Wirtschaftsjuristin in der Sozietät Gleiss Lutz.

1 Vgl. stellvertretend hierzu Graeff/Schröder/Wolf, Der Korruptionsfall Siemens, 1. Aufl. 2009; Bundeskriminalamt, Korruption Bundeslagebild 2009 – Pressefreie Kurzfassung, S. 9: Danach fielen von den Korruptionsfällen im Jahr 2009 46 % in den Bereich Wirtschaft (im Vergleich hierzu belief sich der Anteil im Jahr 2008 auf 37 %), wobei zusätzlich von einer erheblichen Dunkelziffer auszugehen ist. Damit hat sich ein im Jahr 2008 festgestellter Trend der Verlagerung der polizeilich bekannt gewordenen Korruptionsfälle vom Bereich der öffentlichen Verwaltung in den Bereich der Wirtschaft im Jahr 2009 fortgesetzt.

2 Zu den damit verbundenen Folgen für den Lauf der Kündigungs- erklärungsfrist für eine außerordentliche Kündigung Göpfert/Dräger, Außerordentliche Kündigung bei Compliance-Verstößen ohne Ausschlussfrist? – Ein Diskussionsbeitrag, CCZ 2011, 25.

3 Von einer „Mauer des Schweigens“, die es zu durchbrechen gilt, sprechend: Göpfert/Merten/Siegrist, Mitarbeiter als „Wissensträger“

– Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, 1703; Sieg, Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, FS Herbert Buchner, 2009, S. 859 (870); Annuß/Pelz, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14 ff.; Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721 ff.

4 Hierzu Haußmann/Kaufmann, Auswirkungen absehbarer Änderungen im Datenschutzrecht auf Whistleblowing-Systeme, ArbRAktuell 2011, 186; vgl. aktuell zum Thema Whistleblowing die Entscheidung des EGMR v. 21.7.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501 sowie Forst, Strafanzeige gegen den Arbeitgeber – Grund zur Kündigung des Arbeitsvertrags?, NJW 2011, 3477.

5 Maschmann, Corporate Compliance – Neue Herausforderungen für das Arbeitsrecht, AuA 2009, 72 (77); Sieg, Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, FS Herbert Buchner, 2009, S. 857 (870).

Beseitigung von Amnestiezusagen

gebunden sehen, sondern sich vielmehr von ihr lösen wollen. Doch welche Beseitigungsmöglichkeiten stehen dem Arbeitgeber zur Verfügung? Kann es einem Arbeitgeber vor diesem Hintergrund tatsächlich zugemutet werden, einen Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, obwohl dieser den Vertrauensvorschuss des Arbeitgebers missbraucht hat? Welche Rolle spielt die sog. **Business Judgement Rule** in diesem Zusammenhang? Wenn das Vertretungsorgan des Unternehmens die Sorgfaltspflicht hat, mögliche Compliance-Verstöße aufzudecken, ist es dann nicht auch zur Sorgfalt gegenüber dem Unternehmen verpflichtet, wenn ein Arbeitnehmer bei der Aufklärung solcher Verstöße bewusste Falschaussagen macht? Welche Vorkehrungen sind im Rahmen der Amnestiezusage und in der Korruptionsaufklärung im Hinblick auf Möglichkeiten zur Beseitigung einer gewährten Amnestiezusage zu treffen? Welche Rolle spielen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht und das nach US-amerikanischem Recht geltende attorney client privilege bei der Nachweisbarkeit der Voraussetzungen zur Beseitigung einer Amnestiezusage?

Zur Beantwortung dieser Fragen ist die **rechtliche Einordnung einer Amnestiezusage** von elementarer Bedeutung. Erst dann können Möglichkeiten, sich von ihr zu lösen – zu denken ist an dieser Stelle insbesondere an den Nichteintritt einer Bedingung, den Rücktritt bzw. die Kündigung oder aber vor allem den Widerruf –, eruiert werden.

II. Amnestiezusage – was ist das?

In der Literatur sind neben dem Begriff der Amnestie auch häufig Schlagworte wie „Amnestieprogramm“, „Amnestiezusage“ oder „Amnestiegewährung“ anzutreffen. Auch wird oftmals von einem Vertrauensvorschuss des Arbeitgebers gesprochen. Eine genaue rechtliche Einordnung der einzelnen Erklärungen und Schritte im Rahmen des Verfahrens zur Gewährung der Amnestie ist damit freilich nicht verbunden. Für die Beurteilung etwaiger Loslösungsmöglichkeiten von einer einmal gewährten Amnestie ist deren rechtliche Einordnung umso wichtiger. Im Einzelnen:

1. Kronzeugenregelung als „Prototyp“

Amnestien weisen Gemeinsamkeiten mit der strafrechtlichen Kronzeugenregelung auf.⁶ Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, stellt doch die strafrechtliche Kronzeugenregelung den „Prototyp“ für die Amnestie dar. Beide sollen durch die Bereitschaft zum Verzicht auf Sanktionen das Aussageverhalten und die Aufklärungsbereit-

schaft möglicher Täter und Tatbeteiligter beeinflussen. Dennoch dürfen die Unterschiede beider Instrumente nicht außer Acht gelassen werden: Während die in § 46b StGB geregelte Kronzeugenregelung⁷ auf die Aufklärung bestimmter, enumerativ aufgezählter Straftaten in § 100a Abs. 2 StPO gerichtet ist und die Aufklärungsbereitschaft eines Tatbeteiligten durch einen fakultativen Strafmilderungsgrund bzw. in bestimmten Fällen auch ein gänzlich absehen von Strafe (Straffreiheit) fördern will, haben Amnestieprogramme nicht nur eine andere Zielrichtung, sondern auch andere Anreize. Amnestieprogramme zielen auf die **Aufklärung von Korruption innerhalb des Unternehmens** ab – und zwar unabhängig davon, ob die Schwelle zur Strafbarkeit, bezogen auf den einzelnen möglichen Korruptionstäter, erreicht sein mag oder nicht. Eine Amnestie kann einen Arbeitnehmer schützen vor arbeitsrechtlichen Konsequenzen wie bspw. Versetzung, Abmahnung und Kündigung sowie vor der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, nicht hingegen vor einer strafrechtlichen Verwertung seiner Aussage.⁸

2. Amnestiezusage als einseitige Gewährung des Arbeitgebers

Denkbar ist zunächst, in der Amnestiezusage eine einseitige, aufschiebend bedingte Verpflichtung seitens des Arbeitgebers zu sehen, der damit auf eine bereits aus dem arbeitsvertraglichen Loyalitätsgebot resultierenden Pflicht des Arbeitnehmers zu vollständiger und wahrheitsgemäßer Aussage reagiert. Der Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer mit der Amnestiezusage einen Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bzw. die Ausübung des Kündigungsrechts in Aussicht. Hierbei handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Leistungsaustausch, sondern um die einseitige Gewährung eines Vorteils.

Ein solches Vorgehen dürfte in der Praxis jedoch kaum zielführend sein. Vielmehr wird sich der Mitarbeiter regelmäßig nur dann auf eine Aussage einlassen, wenn er bereits zuvor Sicherheit durch eine „sofort verbindliche“ Erklärung seines Arbeitgebers dahingehend erhält, dass dieser im Falle einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage von arbeitsrechtlichen Sanktionen und der Geltendmachung von Schadensersatz absehen wird.

3. Amnestiezusage als Vertrag

3.1 Pactum de non petendo

Amnestien werden üblicherweise beschrieben als Zusagen eines Unternehmens gegenüber Mitarbeitern, von arbeits- und schadensersatzrechtlichen Sanktionen abzusehen, so-

⁶ Aktuell im Gespräch im Zusammenhang mit der Mordserie der Organisation Nationalsozialistischer Untergrund und dem Fall von Beate Zschäpe, vgl. bspw. FOCUS Online vom 17.11.2011, abrufbar unter www.focus.de/politik/deutschland/nazi-terror/kronzeugenregelung-im-fall-von-beate-zschaepes-der-neonazi-terroristin-drohen-mindestens-zehn-jahre_aid_685209.html (zuletzt abgerufen am 17.11.2011). Generalbundesanwalt Harald Range sieht eine Kronzeugenregelung im Fall von Beate Zschäpe allerdings äußerst skeptisch, vgl. sueddeutsche.de vom 24.11.2011, abrufbar unter www.sueddeutsche.de/politik/2.220/ermittlungen-in-neonazi-mordserie-ran-ge-sieht-kronzeugenregelung-im-fall-zschaepes-skeptisch-1.1218098 (zuletzt abgerufen am 30.11.2011).

⁷ Inkraftgetreten am 1.9.2009 durch das 43. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches (StrÄndG), BGBl. I, 2288 (Nr. 48), vgl. ferner *Kühl* in Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 46b Rz. 1.

⁸ *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721–727 (727); *Sieg*, Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, FS *Herbert Buchner*, 2009, S. 857 (870).

Beseitigung von Amnestiezusagen

fern die betreffenden Mitarbeiter durch ihre Aussage an der Aufklärung von Korruptionsfällen im Unternehmen mitwirken.⁹ Die Amnestiezusage erschöpft sich dementsprechend gerade nicht in einer einseitigen Zusage des Arbeitgebers; vielmehr steht ihr eine Gegenleistung des Arbeitnehmer in Gestalt der Aussageverpflichtung gegenüber. Folglich ist eine Amnestiezusage in der Regel keine bloße einseitige Gnadengewährung durch den Arbeitgeber, sondern ein **gegenseitiger Vertrag mit synallagmisch verknüpften gegenseitigen Leistungspflichten**. Auf Grund der Zielsetzung der Amnestie – den betreffenden Arbeitnehmer vor einer Haftungsanspruchnahme zu schützen – ist diese vertragliche Vereinbarung rechtlich als pactum de non petendo (sog. Stillhalteabkommen) einzuordnen.¹⁰ Der Arbeitgeber verpflichtet sich, eine Schadensersatzforderung dauerhaft nicht geltend zu machen¹¹ und ein Recht (Kündigungs-/Abmahnungsrecht)¹² nicht auszuüben. Die Schadensersatzforderung bzw. das Kündigungs-/Abmahnungsrecht als solches entfallen jedoch nicht.

3.2 Ausgestaltung der Amnestie

Wie eine Amnestievereinbarung zustande kommt, hängt von der Ausgestaltung des Amnestieprogramms ab. Es kann so konkret ausgestaltet sein, dass der Arbeitgeber bereits mit Auflage des Programms ein verbindliches Angebot an alle bzw. alle betroffenen Mitarbeiter unterbreitet, welches diese nur noch annehmen müssen. Eine solche Ausgestaltung kommt vor allem in den Fällen in Betracht, in denen der Verdacht bereits auf einen bestimmten Mitarbeiterkreis eingegrenzt werden kann oder der Sachverhalt im Vorfeld bereits eine Eingrenzung dahingehend ermöglicht, dass eine Amnestiegewährung zur Sachverhaltsaufklärung nur für einen bestimmten Mitarbeiterkreis notwendig ist und daher nur für diesen in Betracht kommt.

Ebenso ist eine unverbindlichere Ausgestaltung des Programms dergestalt denkbar, dass die Mitarbeiter zunächst über die geplante Einführung eines Amnestieprogramms informiert werden, verbunden mit dem Hinweis, dass sie sich für selbiges bewerben können.¹³ In diesem Fall liegt in der Information über bzw. in der Einführung des Amnestieprogramms eine „*invitatio ad offerendum*“, die

Einladung zur Abgabe eines Angebots. Das Unternehmen entscheidet sodann, ob der Mitarbeiter, der ein entsprechendes Angebot abgibt, für das Amnestieverfahren in Frage kommt.¹⁴ Dabei ist das Unternehmen freilich an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.¹⁵ Ein sachlicher Grund für die Nichtzulassung eines Bewerbers für eine Amnestie wäre beispielsweise denkbar, dass das Unternehmen bereits ausreichende Kenntnis von der Tatbeteiligung des Mitarbeiters hat und eine Kündigung bzw. die Geltendmachung von Schadensersatz vorbereitet.¹⁶

4. Zeitliche Begrenzung von Amnestiezusagen

Amnestieprogramme können dauerhaft oder auch zeitlich befristet aufgelegt werden.¹⁷ Vorzugswürdig ist eine **zeitliche Befristung**, um eine zügige und effektive Durchbrechung der „Mauer des Schweigens“ zu gewährleisten und zu verhindern, dass die gewünschten Informationen lediglich peu à peu, womöglich über einen langen Zeitraum verteilt, vermittelt werden.

5. Amnestievereinbarungen unter der Business Judgement Rule

Entscheidend für die Suche nach Beseitigungsmöglichkeiten von einer Amnestiezusage ist nicht nur deren rechtliche Einordnung, sondern auch die Beantwortung der Frage, wie die Amnestiezusage mit der Verpflichtung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung zur Wahrung der Vermögensinteressen des Unternehmens in Einklang zu bringen ist. Auf den ersten Blick begründet der mit der Amnestievereinbarung verbundene Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen den Verdacht, dass damit Vermögensinteressen des Unternehmens verletzt werden.¹⁸ Diese Annahme kann jedoch durch die sog. Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) widerlegt werden.¹⁹ Dies wird allerdings nur gelingen, wenn der Vorstand bzw. Geschäftsführer nachweisen kann, dass er bei der unternehmerischen Entscheidung der Gewährung einer Amnestie – auf Grundlage angemessener Informationen – vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle des Unternehmens zu han-

9 Zur Zulässigkeit: *Sieg*, Arbeitnehmer im Banne von Compliance Programmen- zwischen Zivilcourage und Denunziantentum in FS *Herbert Buchner*, 2009, S. 857 (870).

10 *Wastl/Pusch*, Haftungsrechtliche Konsequenzen einer sog. Mitarbeiter-Amnestie- dargestellt am Beispiel „Siemens“, RdA 2009, 376–380 (377).

11 Ausführlich zur rechtlichen Einordnung: *Wastl/Pusch*, Haftungsrechtliche Konsequenzen einer sog. Mitarbeiter-Amnestie- dargestellt am Beispiel „Siemens“, RdA 2009, 376 (377).

12 Zur Zulässigkeit eines Kündigungsverzichts außerhalb einer gesicherten Tatsachengrundlage: *Göpfert/Merten/Siegrist*, Mitarbeiter als „Wissensträger“ – Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, 1703–1709 (1704); *Annuß/Pelz*, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14–21 (15 f.); *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721–727 (724).

13 *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721 (722).

14 *Annuß/Pelz*, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14 (15).

15 *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 12. Aufl. 2012, § 626 Rz. 199; *Steinkühler/Kunze*, Schmiergelder, Schwarze Kassen und ihre kündigungsrechtlichen Konsequenzen, RdA 2009, 367 (372); *Häcker*, Bestechlichkeit und Bestechung am Arbeitsplatz, ArbRB 2010, 216 (218).

16 *Annuß/Pelz*, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14 (15).

17 *Schürle/Olbers*, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 2010, 178 (182); *Annuß/Pelz*, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14 (17).

18 *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721 (723); *Annuß/Pelz*, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14 (17).

19 Auf die GmbH ist die Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechend anwendbar; vgl. *Schneider* in *Scholz, GmbHG*, 10. Aufl. 2007, § 43 Rz. 54; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen, GmbHG*, 6. Aufl. 2009, § 43 Rz. 9.

Beseitigung von Amnestiezusagen

deln.²⁰ Das Wohl des Unternehmens ist bei der Gewährung einer Amnestie die Aussicht auf eine zügige und umfassende Aufklärung von Compliance-Verstößen durch die Mitwirkung von Mitarbeitern und damit verbunden eine dauerhafte Beseitigung eines verdeckten Korruptionsnetzwerks. Problematisch ist dabei zwar das Erfordernis einer angemessenen Informationslage, da zum Zeitpunkt der Entscheidung über eine Amnestiegewährung „die Mauer des Schweigens“ ja noch nicht durchbrochen ist.²¹ Vielmehr soll gerade das Amnestieprogramm dazu dienen, dass die Mitarbeiter an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken. Vor der Initiierung eines Amnestieprogramms muss daher geprüft werden, welche Informationsbeschaffungsmaßnahmen die Geschäftsleitung vornehmen müsste, welche ihr also zumutbar sind. So dürfte die Pflicht zur Auswertung vorhandener Akten und bereits erfolgter Aussagen der Geschäftsleitung jedenfalls zumutbar sein – auch sofern dies nicht erfolgsversprechend sein mag. Darüber hinausgehende Informationsbeschaffungsmaßnahmen werden demgegenüber gerade im Hinblick auf das Ziel einer schnellen und effektiven Aufklärung und Durchführung der Untersuchung regelmäßig nicht mehr im Rahmen des Zumutbaren liegen.²² Berücksichtigt man dies, so führt die Initiierung von Amnestieprogrammen nicht zu einer Verletzung von Vermögensinteressen des Unternehmens, sondern ist eine unternehmerische Entscheidung zu dessen Wohl.

III. Beseitigung der Amnestiezusage

Stellt sich nach Gewährung der Amnestie heraus, dass der Mitarbeiter seine vertragliche Verpflichtung nicht erfüllt hat, seine Aussage also ganz oder teilweise wahrheitswidrig war oder er wichtige Details unerwähnt gelassen hat, wird der Arbeitgeber sich nicht mehr an die Amnestiezusage gebunden fühlen und arbeitsrechtliche Konsequenzen, insbesondere den Ausspruch einer Kündigung und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, in Erwägung ziehen.

Der Mitarbeiter wird sich auf die Vollständigkeit und Wahrheitsgemäßheit seiner Aussage und somit auf den Fortbestand des Schutzes der Amnestiezusage berufen. Die Interessenlage gebietet in solchen Fällen eine Lösungsmöglichkeit des Arbeitgebers von der Amnestiezusage. Abgesehen davon, dass ein Arbeitnehmer, der sich durch eine wahrheitswidrige oder unvollständige Aussage die Amnestiegewährung erschlichen hat, nicht schutzwürdig ist, gilt dies ganz besonders im Lichte der Pflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen des Unternehmens und der Reichweite der Business Judgement Rule. Wird die Gewährung einer Amnestie generell positiv bewertet, da die Geschäftsleitung durch die angestrebte zügige und vollständige Sachverhaltsaufklärung und die Beseitigung von Korruptionsnetzwerken zum Wohle des

Unternehmens handelt, ändert sich dies immer dann, wenn der Mitarbeiter unwahr oder unvollständig aussagt. Ein weiterer Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen entspräche nicht mehr dem Wohle des Unternehmens im Sinne der Business Judgement Rule. Dies führt zwar nicht dazu, dass der Abschluss der Amnestievereinbarung rückwirkend eine Verletzung der Vermögensinteressen des Unternehmens darstellen würde, dennoch muss der Arbeitgeber sich von der Vereinbarung lösen können, wenn das möglich ist.

Ist die Option der Lösung von einer Amnestiezusage mithin von hoher praktischer Relevanz, so verwundert es, dass sich mit der Frage, ob und ggf. welche Möglichkeiten dem Arbeitgeber in diesem Fall zur Verfügung stehen bzw. welches Vorgehen taktisch sinnvoll ist, – soweit ersichtlich – bisher weder die Rechtsprechung noch Literatur vertiefend auseinandergesetzt haben. Dem wird im Folgenden nachgegangen.

Mögliche denkbare Beseitigungsmöglichkeiten sind der **automatische Fortfall des Schutzes** durch Eintritt der Wirkungslosigkeit der Amnestievereinbarung als solche (nachfolgend unter 1.), der Eintritt einer aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung sowie die **nachträgliche Beseitigung** des Schutzes durch Ausübung eines Rücktritts-, Kündigungs- oder Widerrufsrechts (nachfolgend unter 2.).

1. Wirkungslosigkeit der Amnestievereinbarung

Denkbar wäre zunächst, dass der Arbeitgeber sofort von arbeitsrechtlichen Sanktionen Gebrauch machen kann, wenn er aufdeckt, dass die Aussage des Mitarbeiters unvollständig oder wahrheitswidrig erfolgte. Dies wäre jedoch nur möglich, wenn die Amnestievereinbarung als Verpflichtungsgeschäft ipso iure unwirksam oder die Verpflichtung des Arbeitgebers wegen Nichteintritts einer aufschiebenden Bedingung noch nicht wirksam entstanden bzw. wegen des Eintritts einer auflösenden Bedingung entfallen wäre.

1.1 Unwirksamkeit der Amnestievereinbarung ipso iure

Die **ipso iure Unwirksamkeit der Amnestievereinbarung** und der damit frei werdende Weg für arbeitsrechtliche Maßnahmen bzw. die unmittelbare Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, erscheint gerade in solchen Fällen naheliegend, in denen der unter dem Schutz einer Amnestie stehende Arbeitnehmer von vornherein nie die Absicht hatte, entsprechend der vereinbarten Aussageverpflichtung an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. Dann stellt sich die Frage, ob das Stillhalteabkommen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unwirksam ist. Allerdings begründet die bloße vorsätzliche Täuschung über eine Tatsache regelmäßig keinen Nichtigkeitsgrund i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB bzw. § 242

²⁰ Annuß/Pelz, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Beilage 2010, Nr. 004, 14–21 (17 f.).

²¹ Allgemein hierzu: Graumann/Grundeil/Linderhaus, Ausübung des Geschäftsleiterermessens bei riskanten Entscheidungen, ZCG 2009, 20–26 (23).

²² Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721 (723 f.).

Beseitigung von Amnestiezusagen

BGB, sondern führt lediglich zur Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts nach § 123 Abs. 1 BGB.

Für die Nichtigkeit nach § 242 BGB muss sich der Vertragspartner in so gravierendem Maße vertragsuntreu verhalten haben, dass das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört ist und ein Festhalten am Vertrag „unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben“ nicht zugemutet werden kann. Diese Grundsätze sind auch bei Amnestievereinbarungen zu beachten:

Die bloße vorsätzliche Täuschung über die Aussagebereitschaft des Arbeitnehmers führt regelmäßig nicht zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB, sondern nur zur Anfechtbarkeit nach § 123 Abs. 1 BGB. Eine Nichtigkeit nach § 242 BGB dürfte im Einzelfall eher in Betracht kommen, wenn man das sensible Vertrauensverhältnis der Amnestievereinbarung bedenkt. Der Arbeitgeber leistet regelmäßig einen erheblichen Vertrauensvorschuss, wenn er vor der Aussage des Arbeitnehmers das Absehen von arbeitsrechtlichen Sanktionen oder Schadensersatzansprüchen zusichert. Die nicht ordnungs- bzw. vereinbarungsgemäße Mitwirkung des Arbeitnehmers kann das aufgebaute Vertrauensverhältnis schwerwiegend erschüttern.

Auf den Eintritt der Nichtigkeitsfolge kann sich der Arbeitgeber letztlich nicht verlassen. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der Darlegungs- und Beweislast im Prozess. Gerade der Nachweis der subjektiven Elemente wird zu erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis führen.

1.2 Aufschiebende/auflösende Bedingung

Auch die Loslösung von einer Amnestievereinbarung durch **Vereinbarung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung** (§ 158 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB) ist denkbar. Regelmäßig sollte die wahrheitsgemäße und vollständige Aussage durch den Arbeitnehmer als Entstehungs- bzw. Bestandsvoraussetzung für die vertragliche Vereinbarung geregelt werden. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, von arbeits- oder schadensersatzrechtlichen Sanktionen abzusehen, entfällt dann mit Eintritt bzw. Nichteintritt der Bedingung. Eine unvollständige und/oder nicht wahrheitsgemäße Aussage würde im Falle einer auflösenden Bedingung zu einem nachträglichen Wegfall der Amnestievereinbarung und der damit korrespondierenden Arbeitgeberverpflichtung führen. Bei einer aufschiebenden Bedingung würde ein Anspruch des Arbeitnehmers aus der Amnestievereinbarung hingegen gar nicht erst entstehen.²³ Durch Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung wird folglich bereits der Entstehung

eines Anspruchs aus der Amnestievereinbarung entgegen gewirkt.²⁴

Probleme könnten an dieser Stelle jedoch durch die AGB-Rechtsprechung entstehen. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung würde unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten einer Klauselkontrolle nicht standhalten und daher eher ausscheiden, da sie dem Arbeitgeber²⁵ ermöglicht, einseitig in bestehende Rechte einzugreifen. Die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung ist dabei an § 308 Nr. 1 BGB sowie dem Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu messen.²⁶ Nach § 308 Nr. 1 BGB ist es unzulässig, den betroffenen Arbeitnehmer über eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist darüber im Unklaren zu lassen, ob die Vertragsbindung zustande kommt oder nicht. Nach der Rechtsprechung ist insoweit maximal eine Bindungsdauer von sechs Wochen zumutbar.²⁷ Der Arbeitgeber hätte somit innerhalb dieses Zeitraums über den Bedingungseintritt zu entscheiden, was bei größer angelegten Aufklärungsaktionen innerhalb Konzernern problematisch sein dürfte. Das **Transparenzgebot** erfordert eine Ausgestaltung der Bedingung in der Weise, dass der Arbeitnehmer ihr unproblematisch die Voraussetzungen des Bedingungseintritts entnehmen kann.²⁸ Es bestehen grundsätzlich keine Bedenken gegen die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung. Im Vergleich mit der Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts²⁹ hat eine solche Gestaltung sogar entscheidende Vorteile: Der doch eher den Widerrufenden benachteiligenden Rechtsprechung zu den Widerrufsvorbehalten³⁰ muss nicht gefolgt werden, und die aufschiebende Bedingung unterliegt einer nicht so strengen AGB-Kontrolle. Durch die Widerrufsmöglichkeit kann der Arbeitgeber einseitig in eine bereits entstandene Rechtsposition eingreifen, während bei der aufschiebenden Bedingung ein solcher Anspruch gar nicht erst entstanden ist. Die Gestaltung eines Widerrufsvorbehalts dürfte daher strengeren Anforderungen an die wirksame Einbeziehung unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten unterliegen.

Eine unter Widerrufsvorbehalt gestellte Amnestievereinbarung muss sich an den §§ 307 und 308 Nr. 1 BGB messen lassen. Die Bedingung müsste auch hinreichend präzisiert werden, um dem Transparenzgebot zu genügen.

Es dürfte ohne weiteres möglich sein, die Vollständigkeit und Richtigkeit der gemachten Aussage zur (aufschiebenden) Bedingung für die Gewährung von einer Amnestie zu erheben.³¹ Für den Arbeitnehmer wäre von Anfang an

23 *Brefler/Kuhnke/Schulz/Stein*, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721 (723).

24 Anm.: Das BAG hat bereits aufschiebende Bedingungen bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten (BAG v. 13.7.2005 – 10 AZR 532/04, AP HGB § 74 Nr. 78) sowie bei Gewährung einer Sonderzahlung (BAG v. 13.4.2011 – 10 AZR 88/10, NZA 2011, 1047 mit Anm. von *Schuster*, ArbRAktuell 2011, 433, sowie NJW-Spezial 2011, 467) als wirksam anerkannt.

25 Also dem Verwender der AGBs.

26 *Becker*, Eine aufschiebende Bedingung ist kein Lösungsrecht i.S.v. § 308 Nr. 3 BGB, GWR 2011, 93, Anmerkung zu BGH 8.12.2010 – VIII ZR 343/09, MDR 2011, 88 = NJW 2011, 1215.

27 OLG Dresden v. 26.6.2003 – 19 U 512/03, NotBZ 2004, 356 = OLG-NL 2005, 3 (5); eine vierwöchige Bindungsfrist ist nach Ansicht des BGH regelmäßig zulässig, vgl. insofern BGH v. 13.12.1989

– VIII ZR 94/89, MDR 1990, 429 = NJW 1990, 1784; vgl. zur Klausuristik *Kieninger* in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2007, § 308 Nr. 1 Annahme- und Leistungsfrist, Rz. 6 f.

28 Vgl. *Kieninger* in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2007, § 307 Rz. 56; *Grüneberg* in Palandt, 71. Aufl. 2012, § 307 Rz. 21.

29 Siehe unter Ziff. III.2.2.

30 Vgl. zu den Anforderungen an Widerrufsvorbehalte: *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, § 310 BGB Rz. 57 ff. m.w.N., insbesondere aus der Rspr.

31 Klausel könnte auszugsweise wie folgt lauten: „Der Anspruch auf Amnestie nach dieser Vereinbarung entsteht nur, sofern die Aussage des Arbeitnehmers wahrheitsgemäß und vollumfänglich ist. Dies ist der Fall, wenn ... [gefolgt von näherer Konkretisierung dieser Begriffe].“

Beseitigung von Amnestiezusagen

erkennbar, wenn ein Anspruch aus der Amnestievereinbarung entsteht – selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass die Bedingungsvoraussetzungen transparent verfasst sind. Der Arbeitnehmer kann durch die vollständige und wahrheitsgemäße Aussage sicherstellen, dass die Bedingung eintritt, denn der Arbeitgeber kann den Bedingungseintritt nicht mehr einseitig vereiteln. Insofern würde es sich um eine Potestativbedingung handeln, deren Vereinbarung grundsätzlich unbedenklich möglich ist.³²

Es gilt zu beachten, dass es nach § 308 Nr. 1 BGB unzulässig ist, den betreffenden Arbeitnehmer über eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist darüber im Unklaren zu lassen, ob die Vertragsbindung zustande kommt oder nicht. Grundsätzlich wird zwar von der Rechtsprechung eine Bindungsdauer von maximal sechs Wochen für zumutbar, mithin zulässig erachtet.³³ Jedoch kann dies insbesondere im Zusammenhang mit umfangreichen Sachverhaltsaufklärungsmaßnahmen zu Problemen führen. Für die Beurteilung, wann eine unangemessen lange Frist vorliegt, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.³⁴ In Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot könnte es problematisch sein, wenn die Klausel keinerlei Angaben bezüglich des Zeitraums enthält. Zulässig sind allerdings sog. circa-Fristen. Bei Anknüpfen an positive Ermittlungsergebnisse würde es sich ggf. empfehlen, eine ungefähre Frist zu nennen, welchen Zeitraum der Arbeitgeber zur Prüfung der Bedingungsvoraussetzungen ungefähr benötigen wird.³⁵ Freilich sollte sich der Arbeitgeber dennoch um eine zügige Aufklärung des Sachverhalts bemühen, um der überaus langen Bindungsdauer entgegenzutreten.³⁶

Es bleibt festzuhalten, dass die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung (vollumfängliche und wahrheitsgemäße Aussage) durchaus empfehlenswert ist. Im Falle des Nichteintritts der Bedingung wäre der Arbeitgeber nicht mehr an die Amnestievereinbarung gebunden, und mangels entstandenen Anspruchs könnte der Arbeitnehmer keinerlei Rechte aus dieser ableiten. Sollte sich jedoch ein Arbeitnehmer in einem Kündigungsschutzprozess auf die Unzulässigkeit der Kündigung wegen einer erteilten Amnestievereinbarung berufen, obläge dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für den Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung, d.h. er müsste darlegen und ggf. (im Bestreitensfall) beweisen, dass die Aussage des Arbeitnehmers nicht wahrheitsgemäß und/oder vollumfänglich war. Insbesondere im Hinblick auf den Vorsatz des Arbeitnehmers bzgl. der Unvollständigkeit und/oder Wahrheitswidrigkeit dürfte sich die entsprechende Beweisführung eher schwierig gestalten.

2. Nachträgliche Beseitigung der Amnestievereinbarung

Ist die Amnestievereinbarung wirksam zustande gekommen, kann der Arbeitgeber arbeits- und schadensersatzrechtliche Sanktionen erst dann einleiten, wenn er seine Verpflichtung aus der Amnestievereinbarung nachträglich beseitigen kann. Denkbar wären insofern Rücktritts-, Kündigungs- und Widerrufsmöglichkeiten der Amnestievereinbarung.

2.1 Rücktritts-/Kündigungsrecht

Die Amnestievereinbarung ist ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, und zwar ein gegenseitiger Vertrag. Wie bei jedem schuldrechtlichen Vertrag können sich die Vertragsparteien auch von der Amnestievereinbarung unter den gesetzlichen Voraussetzungen lösen. Qualifiziert man die Amnestievereinbarung als **Dauerschuldverhältnis**, ist eine **Kündigung** denkbar; ordnet man sie als auf eine einmalige Leistung gerichtetes Schuldverhältnis ein, ist an einen **Rücktritt** zu denken.

Das Dauerschuldverhältnis kennzeichnet dabei, dass während seiner Laufzeit ständig neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen.³⁷ Nach der h.M. wird für die Abgrenzung der beiden Schuldverhältnisarten auf das Zeitmoment abgestellt.³⁸ Folglich ist hinsichtlich der unbefristet eingegangenen Amnestievereinbarung mangels zeitlicher Begrenzung von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn sich der Arbeitnehmer nicht nur dazu verpflichtet, bei Abschluss der Vereinbarung eine vollständige und wahrheitsgemäße Aussage zu machen, sondern auch zukünftig an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. Im Gegenzug verpflichtet sich der Arbeitgeber, auch im Zusammenhang mit den weiteren Aussagen von arbeits- und schadensersatzrechtlichen Sanktionen abzusehen. Ist kein ordentliches Kündigungsrecht vereinbart, so ist bei Annahme eines Dauerschuldverhältnisses eine Kündigung gem. § 314 Abs. 1 BGB nur aus wichtigem Grund möglich. Ein **wichtiger Grund** erfordert allerdings die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Kündigenden und ist folglich eine Frage des Einzelfalls.³⁹ Die Anforderungen an die Einzelfallabwägung sowie die damit verbundenen gesteigerten Darlegungs- und Beweispflichten des Arbeitgebers machen die Kündigung in diesem Kontext zu einem wenig effektiven und attraktiven Mittel.

Qualifiziert man hingegen die Amnestievereinbarung als eine **einmalige Leistungsverpflichtung**, ist eine nachträgliche Beseitigung der Verpflichtung durch Ausübung eines Rücktrittsrechts gem. § 323 BGB möglich. § 323

³² H.P. Westermann in MünchKomm/BGB, 6. Aufl. 2012, § 158 Rz. 19.

³³ OLG Dresden v. 26.6.2003 – 19 U 512/03, NotBZ 2004, 356 = OLG-NL. 2005, 3 (5); im Übrigen vgl. Nachw. in Fn. 28.

³⁴ Kieninger in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2007, § 308 Nr. 1 Annahmeme- und Leistungsfrist Rz. 5 f.

³⁵ Grüneberg in Palandt, 71. Aufl. 2012, § 308 Rz. 8; OLG Bremen v. 8.9.2009 – 2 W 55/09, CR 2010, 533 = BeckRS 2010, 00302.

³⁶ Ein vergleichbares Problem begegnet im Rahmen des Widerrufs unter dem Stichwort Verstreichenlassen einer zu langen Zeitraumes, s.u.

³⁷ Grüneberg in Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 314 Rz. 2.

³⁸ Kramer in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2007, Einleitung Rz. 97.

³⁹ BGH v. 20.5.2009 – IV ZR 274/06, MDR 2009, 982 = NJW-RR 2009, 1189–1192; zur Kündigung eines pactum de non petendo: BGH v. 14.6.1989 – IVa ZR 180/88, NJW-RR 1989, 1048 f.

Beseitigung von Amnestiezusagen

BGB setzt jedoch hohe Hürden. Der Rücktritt gem. § 323 Abs. 1 BGB ist nur nach einer entsprechenden Fristsetzung möglich, die nur unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich ist. Hinsichtlich einer Amnestievereinbarung kommt eine Entbehrlichkeit der Frist vor allem wegen ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und wegen arglistiger Täuschung als besonderer Umstand (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) in Betracht. Insofern dürfte sich der Arbeitgeber im Einzelfall erheblichen Beweisproblemen ausgesetzt sehen, da die Tatbestandsvoraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB auf Grund ihrer Subjektivität nur schwer nachzuweisen sein dürften. Hinzu kommt, dass an beide in Betracht kommende Varianten hohe Anforderungen gestellt werden.⁴⁰ Zudem wird der Arbeitgeber nur in seltenen Fällen gewillt sein, einem pflichtwidrig handelnden Arbeitnehmer im Rahmen einer Korruptionsaufklärung, die vor allem schnell und effektiv durchgeführt werden soll, eine zweite Chance in Form einer „Nachbesserungsfrist“ zu geben. Damit stellt auch der Rücktritt kein probates Mittel zur Beseitigung einer Amnestievereinbarung dar.

2.2 Widerrufsrecht

Einfacher – im Vergleich zur Kündigung und Rücktritt – und dementsprechend vorzugswürdig ist es daher, so gleich in der Amnestievereinbarung einen **Widerrufsvorbehalt** zugunsten des Arbeitgebers zu vereinbaren.

Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts in Amnestievereinbarungen ist grundsätzlich zulässig; allerdings sind auch hier die AGB-rechtlichen Anforderungen zu beachten.⁴¹ Welche konkreten Voraussetzungen insoweit zu erfüllen sind, ist noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls finden auf Grund ihres gegenseitig verpflichtenden Charakters § 308 Nr. 4 BGB sowie das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB Anwendung. Das BAG leitet dabei aus § 308 Nr. 4 BGB das formelle Erfordernis eines sachlichen Widerrufsgrundes ab⁴², dessen inhaltliche Ausgestaltung nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorzunehmen ist.⁴³ Wegen des Transparenzgebots muss sich das Erfordernis eines sachlichen Grundes auch in die Formulierung niederschlagen.⁴⁴ Das BAG hat insoweit entschieden, dass aus einem Widerrufsvorbehalt zumindest die Richtung erkennbar sein muss, aus welchen Gründen der Widerruf erfolgen soll („wirtschaftliche Gründe“, „Leistung“ oder „Verhalten des Arbeitnehmers“).⁴⁵ Wie detailliert diese Ausführungen sein sollen, lässt sich der Rechtsprechung des BAG derzeit allerdings nicht entnehmen. Daher ist ratsam, die **Widerrufsgründe** möglichst zu präzi-

sieren und die Formulierung so zu wählen, dass gegebenenfalls einzelne Widerrufsgründe herausgestrichen werden können (Blue-Pencil-Test), um im Fall einzelner unwirksamer Widerrufsgründe die Klausel wenigstens teilweise aufrechterhalten zu können.⁴⁶

Der Widerruf wird in der Regel für den Fall vorbehalten, dass der verpflichtete Arbeitnehmer wahrheitswidrig oder unvollständig aussagt. Dies kann und sollte explizit in die Formulierung aufgenommen werden. Da der Wahrheitsgehalt und die Vollständigkeit einer Aussage subjektiv beeinflusst und damit relativ sind, empfiehlt es sich, den insoweit anzusetzenden Maßstab zu definieren. Dieser Maßstab sollte nicht zuletzt im Hinblick auf das Transparenzgebot ein objektiver sein.

Aussagen, die nach der Überzeugung des Arbeitnehmers vollständig und/oder wahrheitsgemäß sind, tatsächlich diesen Anforderungen aber nicht entsprechen, sind von der Amnestie auszunehmen. Dies kann auch keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers gem. § 307 Abs. 1 BGB darstellen, da es dem Arbeitgeber im Hinblick auf das Ziel einer schnellen und möglichst umfassenden Sachverhaltsaufklärung nicht zugemutet werden kann, auch objektiv falsche Aussagen durch eine Amnestie zu honorieren, von denen er tatsächlich nicht profitiert.

Die Widerrufserklärung der Amnestievereinbarung ist zudem vorsichtshalber mit einer **Begründung** zu versehen. Die gesetzlich geregelten Widerrufstatbestände im Verbraucherschutzrecht verzichten traditionell auf eine Widerrufs begründung.⁴⁷ Konkret liegt im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zwar auch eine Unternehmer-Verbraucher-Konstellation vor;⁴⁸ jedoch übt in dieser Konstellation eines Amnestiewiderrufs der Arbeitgeber und somit der Unternehmer den Widerruf aus, so dass Verbraucherschutz abwägungen gerade nicht den Verzicht auf eine Widerrufs begründung rechtfertigen. Vielmehr erfordern sei eine Darlegung der Gründe des Widerrufs, um eine effektive Verteidigung des Arbeitnehmers zu ermöglichen.⁴⁹

Bei der Ausübung eines Widerrufs ist **keine Frist** zu beachten. Insbesondere ist die Kündigungsfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB nicht entsprechend auf den Widerruf einer Amnestievereinbarung anzuwenden, da der Widerruf gerade nicht das Arbeitsverhältnis beendet und es somit bereits an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. Auch unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten ist eine Ausübungsfrist nicht erforderlich. Insbesondere ist nach der Rechtsprechung auch eine Frist für die Wirkung des Wi-

⁴⁰ *Grüneberg* in Palandt, 71. Aufl. 2012, § 323 Rz. 18 bzw. 22.

⁴¹ *Annuß/Pelz*, Amnestieprogramme – Fluch oder Segen?, BB Special 4 zu Heft 50/2010, 14 (19).

⁴² BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, MDR 2005, 758 = NJW 2005, 1820–1822.

⁴³ BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, MDR 2005, 758 = NJW 2005, 1820–1822 (1821).

⁴⁴ *Kroeschell*, Die AGB-Kontrolle von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten, NZA 2008, 1393–1396, 1394.

⁴⁵ BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, MDR 2005, 758 = NZA 2005, 465 = NJW 2005, 1820.

⁴⁶ Vgl. hierzu *Kroeschell*, Die AGB-Kontrolle von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten, NZA 2008, 1393–1396 (1394).

⁴⁷ *Schmidt-Räntsch* in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 312d Rz. 10.

⁴⁸ BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, MDR 2006, 97 = NJW 2005, 3305 = NZA 2005, 1111; BAG v. 18.3.2008 – 9 AZR 186/07, MDR 2008, 1167 = NZA 2008, 1004.

⁴⁹ Will man das anders sehen, ist dem Arbeitnehmer aber in jedem Fall ein Auskunftsrecht gem. § 242 BGB einzuräumen, um Kenntnis von den Widerrufsgründen zu erlangen.

Beseitigung von Amnestiezusagen

derrufs nicht erforderlich.⁵⁰ Allerdings empfiehlt sich aus anwaltlicher Vorsicht auch beim Widerrufsvorbehalt, diesen möglichst zeitnah auszuüben, da nicht absehbar ist, wie die Rechtsprechung das Verstreichenlassen eines zu langen Zeitraums in diesem Kontext wertet.⁵¹

Der Betriebsrat ist bei Ausübung des Widerrufsvorbehalts nicht gesondert zu beteiligen. Da davon auszugehen ist, dass bereits die Ausgestaltung des Amnestieprogramms und somit auch des Widerrufsvorbehalts bzw. der aufschiebenden Bedingung einem Mitwirkungserfordernis gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegt,⁵² ist eine erneute Einbeziehung des Betriebsrats nicht erforderlich. Insoweit kommt allenfalls ein Informationsrecht gem. § 88 Abs. 2 BetrVG in Betracht. Zu einer dem Widerruf nachfolgenden Kündigung ist der Betriebsrat allerdings selbstverständlich gem. § 102 BetrVG anzuhören. Gleiches gilt für den Ausspruch einer Kündigung, nachdem sich herausgestellt hat, dass die aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist.

2.3 Außerordentliche Kündigung nach Fortfall der Verpflichtung aus der Amnestievereinbarung?

Ist der Arbeitgeber an seine Verpflichtung aus der Amnestievereinbarung nicht (mehr) gebunden, so ist denkbar, dass er den Mitarbeiter nach § 626 BGB **außerordentlich kündigt**.

Im Hinblick auf die Kündigungserklärungsfrist (zwei Wochen ab Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den Kündigungsgründen) gem. § 626 Abs. 2 BGB ist fraglich, wann diese Frist im Fall einer Amnestievereinbarung zu laufen beginnt. Die Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB stellt nach der Rechtsprechung des BAG einen gesetzlich normierten Verwirkungstatbestand dar.⁵³ Hieraus ergibt sich, dass ohne Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom jeweiligen Kündigungssachverhalt das Kündigungsrecht nicht verwirken kann.⁵⁴

Da ein Amnestieprogramm regelmäßig dann ins Leben gerufen wird, wenn noch Klärungsbedarf besteht und damit gerade noch kein konkretisierter Tatverdacht gegen Arbeitnehmer vorliegt, ist davon auszugehen, dass die Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB bei Eingehung der Amnestie mangels entsprechender Kenntnis des Kündigungsberechtigten noch nicht läuft. Diese These wird auch dadurch gestützt, dass hinsichtlich Verdachtskündigungen anerkannt ist, dass die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst ab sicherer Kenntnis von den kündigungsrelevanten Tatsachen zu laufen beginnt.⁵⁵ Eine solch sichere

Kenntnislage kann zum Zeitpunkt der Gewährung der Amnestie nicht gegeben sein, denn sie tritt erst im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung ein. Damit kann die Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB vor der Eingehung der Amnestievereinbarung nicht zu laufen beginnen.

Nach allgemeiner Ansicht wird die Frist des § 626 Abs. 2 BGB für die Dauer entsprechender Aufklärungs- und Ermittlungsmaßnahmen gehemmt⁵⁶, so dass dem Arbeitgeber Zeit bleibt, entsprechende Maßnahmen zur Verifizierung der Verdachtsmomente einzuleiten. Gerade im Hinblick auf systematische und netzwerkartige Compliance-Verstöße, bei denen der Arbeitgeber zu einer mühsamen kleinteiligen Aufklärungsarbeit gezwungen ist, beginnt die Kündigungserklärungsfrist erst nach vollständiger Aufarbeitung und Aufklärung zu laufen.⁵⁷

IV. Durchsetzung im Arbeitsgerichtsprozess

Unabhängig davon, ob sich der Arbeitgeber in der Amnestievereinbarung ein Widerrufsrecht vorbehält oder seine Verpflichtung unter eine aufschiebende bzw. auflösende Bedingung stellt, werden kündigungs- und Schadensersatzrechtliche Maßnahmen nach Abschluss einer Amnestievereinbarung mit hoher Wahrscheinlichkeit in einem Gerichtsprozess durch die Arbeitnehmer angegriffen.

Dies sollte der Arbeitgeber nicht nur bei Abschluss der Amnestievereinbarung, sondern auch bei der Planung und Organisation der Korruptionsaufklärung bedenken. Der Arbeitgeber muss im Prozess Beweismittel für die Unvollständigkeit bzw. Unwahrheit der Aussage des Arbeitnehmers anbieten. Zwar trifft den Arbeitnehmer zunächst die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung und dieser kann er zunächst leicht nachkommen, insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer überhaupt eine Aussage getätigt hat. Spätestens dann aber profitiert ein bei der Planung und Organisation der Korruptionsaufklärung vorausschauender Arbeitgeber.

V. Folgen für die Praxis

Die Beweisführung dahingehend, dass ein Mitarbeiter nicht wahrheitsgemäß ausgesagt hat, dürfte sich indes schwierig gestalten. Noch schwieriger wird es für den Arbeitgeber dann, wenn die Korruptionsaufklärung und die Interviews der Mitarbeiter durch US-amerikanische Kanzleien geführt werden. Diese fallen nämlich unter das

⁵⁰ BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, MDR 2005, 758 = NJW 2005, 1820–1822, 1821 = NZA 2005, 465 m. Anm. NJW-Spezial 2005, 226.

⁵¹ Zum Widerruf von Versorgungszusagen: BGH v. 13.12.1999 – II ZR 152/98, MDR 2000, 466 = ZIP 2000, 380 (381).

⁵² Göpfert/Merten/Siegrist, Mitarbeiter als „Wissensträger“ – Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, 1703–1709 (1708), die die Annahme eines Mitbestimmungsrechts auf den Fall der Einführung einer Betriebs-Bußordnung stützen, die wie die Amnestie der Durchsetzung der betrieblichen Ordnung dient und von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG umfasst wird; a.A. Zimmer/Heymann, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, BB 2010, 1853–1856 (1855).

⁵³ BAG v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101–104.

⁵⁴ BAG v. 9.1.1986 – 2 ABR 24/85, NZA 1986, 467–468; a.A. Popp, Ausschlussfrist (sic) gem. § 626 Abs. 1 Satz 2 BGB – ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand?, NZA 1987, 366–369.

⁵⁵ BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NJW 1994, 1675–1678 = NZA 1994, 171.

⁵⁶ BAG v. 31.3.1993 – 2 AZR 492/92, NZA 1994, 409–412.

⁵⁷ Göpfert/Dräger, Außerordentliche Kündigung bei Compliance-Verstößen ohne Ausschlussfrist? – Ein Diskussionsbeitrag, CCZ 2011, 25–30 (28 f.).

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

sog. attorney-client-privilege,⁵⁸ welches ihnen verbietet, in einem Prozess als Zeuge auszusagen.⁵⁹ Anders als die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gem. § 43a Abs. 2 BRAO, § 2 BORA, die nur das Mandatsverhältnis und damit die in diesem Verhältnis bestehende Korrespondenz schützt, umfasst das attorney-client-privilege die gesamte Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant sowie die Kommunikation mit anderen Beratern.⁶⁰ Zwar kann auch im amerikanischen Recht auf das attorney-client-privilege verzichtet werden, allerdings werden für die Verzichtsbefugnis im Fall anwaltlicher Ermittlungen unterschiedliche Ansichten verfolgt. Insoweit ist bislang ungeklärt, ob im Rahmen der Verzichtsbefugnis auch die schutzwürdigen Interessen der aussagenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind.⁶¹

Einem Arbeitgeber, der sich auf die Unvollständigkeit oder Unwahrheit einer Aussage im Rahmen der Korruptionsermittlung berufen will, steht damit das wichtigste Beweismittel – nämlich das Zeugnis des Interviewers – nicht zur Verfügung. Liegt dem Unternehmen auch kein Aussageprotokoll des Mitarbeiters vor, so wird sich der Arbeitgeber kaum erfolgreich auf die Unwirksamkeit einer Amnestievereinbarung berufen können. Aus diesem Grund muss deutschen Unternehmen bei der Aufklärung von Compliance-Vorgängen dringend empfohlen werden, Berater hinzuzuziehen, die dem attorney-client-privilege *nicht* unterfallen.

⁵⁸ *Von Hehn/Hartung*, Unabhängige interne Untersuchungen in Unternehmen als Instrument guter Corporate Governance – auch in Europa?, DB 2006, 1909–1914 (1911).

⁵⁹ *M. E. Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance, 2009, S. 96 ff.; *Schürle/Olbers*, Compliance-Verantwortung in der AG – Praktische Empfehlungen zur Haftungsbeschränkung an Vorstände und Aufsichtsräte, CCZ 2010, 102–107 (106).

VI. Zusammenfassung und Ausblick

1. Eine Amnestievereinbarung ist als gegenseitiger Vertrag ein sog. Stillhalteabkommen (pactum de non petendo). Danach verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage, der Arbeitgeber sieht im Gegenzug von der Geltendmachung arbeits- und schadenersatzrechtlicher Konsequenzen ab.
2. Die Geschäftsleitung eines Unternehmens kann sich bei Gewährung einer Amnestie auf die Business Judgment Rule berufen, da die Aufklärung eines unternehmensinternen Korruptionsfalles dem Wohle des Unternehmens dient.
3. Verhält sich ein Arbeitnehmer nach Gewährung einer Amnestie jedoch nicht vertragsgetreu, sagt unvollständig oder wahrheitswidrig aus, kann sich das Unternehmen nicht länger an die Vereinbarung gebunden sehen. Denkbare Beseitigungsmöglichkeiten gibt es viele: Aufschiebende bzw. auflösende Bedingungen, Rücktritt, Kündigung etc. Der wohl einfachste und vorzugswürdige Weg ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts.
4. Der Arbeitgeber muss beim Widerruf keine Fristen beachten, sollte aber umgehend den Widerruf erklären. Eine gesonderte Beteiligung des Betriebsrates ist nicht erforderlich.
5. Für die Praxis ist wichtig, bei der Hinzuziehung von anwaltlichen Vertretern bei den Amnestie-Interviews auf den Umfang des späteren attorney-client-privilege zu achten, da die Vertreter sonst beim Widerruf einer Amnestie an der Aussage gehindert sein können („Waiver“) und der Arbeitgeber dann beweisfällig bleibt.

⁶⁰ *US vs. Kovel*, 296 F.2d 918, 921–22 (2d Cir. 1961); *Von Hehn/Hartung*, Unabhängige interne Untersuchungen in Unternehmen als Instrument guter Corporate Governance – auch in Europa?, DB 2006, 1909–1914 (1911).

⁶¹ Ausführlich hierzu: *M. E. Mann*, Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance, 2009, S. 116 ff.

RA Prof. Dr. Stefan Hertwig

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

Das Arbeiten mit öffentlichen Zuwendungen ist nicht ungefährlich. Bei Verstößen gegen Auflagen droht auch noch nach Jahren die Rückforderung. Stellt die Zuwendung gar eine europarechtlich verbotene Beihilfe dar, können Konkurrenten nach neuester Rechtsprechung die Rückforderung gerichtlich erzwingen.

I. Einleitung

Bei staatlichen Subventionen kann es sich um vergiftete Geschenke handeln. In Zeiten, in denen der Staat nach al-

len Richtungen rettet, unterstützt und subventioniert, wird schnell übersehen, wie viel er sich hiervon nachträglich klammheimlich wieder zurückholt. Staatliche Zuwendungen sind nicht nur an eine Vielzahl von Voraussetzungen geknüpft, sondern müssen auch unter Beachtung zahlreicher Auflagen verwendet werden. Verstöße gegen derartige Auflagen können zum Widerruf des Zuwendungsbescheides und anschließender Rückforderung der zugewendeten Mittel führen. An eine solche Situation knüpfen sich sodann zahlreiche Regressforderungen, die gegen Berater, aber auch gegen die Geschäftsführung gerichtet

▷ Der Autor ist Partner bei CBH und Honorarprofessor der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf.

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

sein können. An das Verschweigen „subventionserheblicher Tatsachen“ sind schließlich auch strafrechtliche Vorwürfe geknüpft.

Ein Subventionsverhältnis lässt sich in drei Phasen einteilen, die in der Praxis durch eine immer weiter nachlassende Aufmerksamkeit des Subventionsempfängers gekennzeichnet sind: die Antragsphase, die Verwendungsphase und die Prüfungsphase. Phase 3 – die Prüfungsphase – hat kaum noch ein Zuwendungsempfänger vorausschauend im Blick.

II. Antragsphase

1. Begrifflichkeiten

Das Haushaltsrecht spricht von „Zuwendungen“ und meint damit Leistungen aus staatlichen Mitteln zur Förderung eines bestimmten Zweckes.¹ Dabei ist die Zuwendung zunächst von einem Austauschvertrag abzugrenzen. Maßgeblich ist dabei für eine Zuwendung, dass sie dem Empfänger mit bestimmten Bedingungen und Auflagen für die Mittelverwendung zur Verfügung gestellt wird, ohne dass die Geldleistung ein Entgelt für eine Leistung ist.²

Von einer „Subvention“ wird allerdings in § 264 Abs. 7 StGB gesprochen. Auch dort werden Leistungen aus öffentlichen Mitteln beschrieben, die ohne „marktmäßige Gegenleistung“ gewährt werden. „Zuwendungen“ und „Subventionen“ sind daher im Wesentlichen inhaltsgleich. Der Begriff der „Subvention“ wird regelmäßig im Zusammenhang mit Zuwendungen an Unternehmen gebraucht.

Das europäische Recht spricht demgegenüber von „Beihilfen“. Der Begriff der „Beihilfe“ ist wesentlich weiter und erfasst jedwede Begünstigung eines bestimmten Unternehmens durch staatliche Mittel. Beihilfen können also etwa auch dadurch gewährt werden, dass eine öffentliche Hand ein Grundstück unter seinem Marktwert an ein ansiedlungswilliges Unternehmen veräußert.³ Die Differenz zum Marktwert stellt eine staatliche „Beihilfe“ dar. Darüber hinaus fallen auch der Verzicht auf staatliche Abgaben oder staatliche Ankäufe zu überteuerten Preisen⁴ unter den Beihilfebegriff. Staatliche Beihilfen sind gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten, weil sie den Wettbewerb verzerren und den gemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen.

2. Zuwendungsarten

Staatliche Zuwendungen können darüber hinaus in drei verschiedenen Formen bewilligt werden. Im Regelfall soll eine Teilfinanzierung des zu erfüllenden Zwecks bewilligt werden (Anteilsfinanzierung).⁵ Die Zuwendung ist dabei

auf einen bestimmten Höchstbetrag zu begrenzen. Es kann aber auch eine sog. „Fehlbedarfsfinanzierung“ bewilligt werden. Der Zuwendungsempfänger hat sodann Anspruch auf die Deckung des Fehlbedarfes, der verbleibt, wenn der Zuwendungsempfänger die zuwendungsfähigen Ausgaben nicht durch eigene oder fremde Mittel zu decken vermag.⁶ Als dritte Möglichkeit kommt eine „Festbetragsfinanzierung“ in Betracht; der Zuwendungszweck wird also mit einem festen Betrag an den zuwendungsfähigen Ausgaben gefördert.⁷ Diese drei Zuwendungsarten legen dem Zuwendungsempfänger unterschiedliche Risiken auf.

Das geringste Risiko hat er bei der Fehlbedarfsfinanzierung, bei welcher ihm grundsätzlich die Finanzierungslücke gedeckt wird. Bei der Anteilsfinanzierung kann er immer noch damit kalkulieren, dass ein bestimmter Anteil seiner Aufwendungen bezuschusst wird. Die Festbetragsfinanzierung bewilligt demgegenüber einen einmaligen Betrag unabhängig davon, wie sich die tatsächlichen Aufwendungen zur Verwirklichung des geförderten Zweckes entwickeln. Dies kann sich letztlich auch zugunsten des Zuwendungsempfängers darstellen, weil er den Festbetrag ganz oder teilweise auch dann nicht zurückzahlen muss, wenn sich die zuwendungsfähigen Ausgaben gegenüber dem Antrag verringern. Die Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung bestimmt deshalb auch, dass eine Festbetragsfinanzierung nicht in Betracht komme, wenn im Zeitpunkt der Bewilligung konkrete Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass mit nicht bestimmbareren späteren Finanzierungsbeiträgen Dritter oder mit Einsparungen zu rechnen sei.⁸

3. Anwendbares Recht

Das Zuwendungsverhältnis kann öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet sein. Einer privatrechtlichen Ausgestaltung können öffentlich-rechtliche „Zusagen“ i.S.v. § 38 VwVfG vorhergehen. Direkte staatliche Mittel werden meist durch Verwaltungsakt, den Zuwendungsbescheid, zugesagt. Pflichten des Zuwendungsempfängers werden sodann durch „Auflagen“ i.S.v. § 36 Nr. 4 VwVfG geregelt. Bei der Sanktionierung eines Verstoßes gegen Auflagen gibt es keine Verjährungsfristen. Die bewilligende Behörde ist nur gehalten, den Widerruf des Zuwendungsbescheides innerhalb eines Jahres nach Kenntnis von dem Auflagenverstoß vorzunehmen.⁹

Wird die Zuwendung über staatliche oder private Banken abgewickelt, kommt zwischen Bank und Zuwendungsempfänger ein privatrechtlicher Vertrag zustande. Beigefügte „Nebenbestimmungen“ haben den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.¹⁰ Auf dieses Rechts-

1 Vgl. § 23 BHO.

2 S. Anlage zur VV Nr. 1.2.4 zu § 23 BHO: Abgrenzung der Zuwendungen von den Entgelten auf Grund von Verträgen, die unmittelbar den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen.

3 Vgl. „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand v. 10.7.1997, ABl. Nr. C 209/3.

4 EuG, EuZW 1999, 665 (671).

5 Siehe Ziff. 2.2.1 VV zu § 44 BHO (Anteilsfinanzierung).

6 Siehe Ziff. 2.2.2 VV zu § 44 BHO.

7 Vgl. Ziff. 2.2.3 VV zu § 44 BHO.

8 Ziff. 2.2.3 Satz 2.

9 §§ 49 Abs. 3, 48 Abs. 4 VwVfG.

10 BGH, Urt. v. 17.11.2011 – III ZR 234/10 Rz. 19, MDR 2012, 204.

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

verhältnis sind die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts anwendbar. Der privatrechtliche Vertrag wird mithin durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert.¹¹ Damit ist im Falle einer Rückforderung aus Vertrag auch eine Ermessensentscheidung erforderlich. Nach Auffassung des BGH gilt im Bereich des Verwaltungsprivatrechts jedoch nicht der Grundsatz, dass dem Erfordernis einer Ermessensausübung – wie im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage – nicht erstmals im Prozess genügt werden könne.¹² Im privatrechtlichen Subventionsverhältnis läuft die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren von dem Moment an, in dem der Rückforderungsanspruch entstanden ist und die Bewilligungsbehörde von den Rückforderungsgründen Kenntnis erlangt hat.¹³

4. Startverbotsklausel

Zuwendungen zur Projektförderung dürfen nur für solche Vorhaben bewilligt werden, die noch nicht begonnen worden sind (Startverbotsklausel¹⁴). Wird vorab mit der Maßnahme begonnen, ist das für die Zuwendung ein Versagungsgrund. Im Einzelfall kann die Bewilligungsbehörde jedoch einen sog. „vorzeitigen Maßnahmenbeginn“ gestatten. Als Vorhabenbeginn ist grundsätzlich der Abschluss eines der Ausführung zuzurechnenden Lieferungs- oder Leistungsvertrages zu werten. Bei Baumaßnahmen gelten Planung, Bodenuntersuchungen und Grunderwerb allerdings noch nicht als Beginn des Vorhabens, sofern sie nicht den alleinigen Zweck der Zuwendung darstellen.¹⁵ Der Abschluss eines Kreditvertrages ist aber bereits für die gleichzeitig beantragte Zuwendung schädlich, sofern sie noch nicht bewilligt wurde.

5. Bindung an den Antrag

Da das Zuwendungsverfahren rechtlich nicht im Detail kodifiziert ist, kommt den Angaben des Begünstigten in seinem Antrag eine entscheidende Bedeutung zu. Der Antrag legt gleichsam die „Koordinaten“ des Zuwendungsverhältnisses fest, beschreibt die Kalkulation und das vom Zuwendungsempfänger zur Erreichung des Förderzweckes beabsichtigte Vorgehen. An diesen Angaben wird der Zuwendungsempfänger später festgehalten. Hat er sich etwa im Antrag verpflichtet, in jedem Falle eine „öffentliche Ausschreibung“ durchzuführen, dann kann er nicht später davon abweichen und den Auftrag in einer anderen Vergabeart erteilen.

Einige seiner Angaben werden außerdem bereits im Antragsvordruck oder in anderer Weise im Zusammenhang

mit dem Antrag als „subventionserheblich i.S.d. § 264 StGB“ bezeichnet. Hiermit beschäftigen sich auch § 264 StGB¹⁶ und das Subventionsgesetz vom 29.7.1976.¹⁷ Dabei gibt es zwei Arten von subventionserheblichen Tatsachen, nämlich zum einen solche, die „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes von dem Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind“ und zum zweiten gehören hierzu alle Tatsachen, „von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention ‚gesetzlich‘ abhängig ist“. Haben solche angegebenen Tatsachen zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht bestanden oder fallen sie später weg, so hat der Antragsteller die bewilligende Behörde hiervon ungefragt in Kenntnis zu setzen. Die teilweise sehr pauschale Qualifikation von Tatsachen als „subventionserheblich“¹⁸ führt jedoch zu rechtsstaatlichen Bedenken, wenn hieran strafrechtliche Konsequenzen geknüpft werden sollen. § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB stellt es unter Strafe, wenn der Subventionsempfänger den Subventionsgeber entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über „subventionserhebliche Tatsachen“ in Unkenntnis lässt. Der Zuwendungsempfänger kann im Einzelfall aber nicht immer beurteilen, welche Tatsachen für das Belassen einer Subvention im Einzelnen von Bedeutung sein können. In seinem Urteil vom 11.11.1998¹⁹ führt der BGH aus: „Angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts kommt der Pflicht des Subventionsgebers zur ausdrücklichen Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen eine große Bedeutung zu. Es ist von besonderem Belang, dass der Antragsteller in die Lage versetzt wird, die Vergabevoraussetzungen klar zu erkennen. § 264 StGB verlagert die Strafbarkeit im Bereich der Subventionskriminalität erheblich vor, da bereits die Täuschungshandlung allein pönalisiert ist, ohne dass es zu einem Schaden kommen muss. Dass sich die Subventionserheblichkeit lediglich aus dem Zusammenhang ergibt, genügt nicht. Ebenso reichen pauschale oder formelhafte Bezeichnungen nicht aus. Für die Festlegung von ‚subventionserheblichen Tatsachen‘ kommen nur Gesetze im formellen oder materiellen Sinne, nicht aber Verwaltungsvorschriften in Betracht.“

Von der Einhaltung der Auflagen aus einem Subventionsbescheid ist etwa das Belassen der Subvention nicht schon „gesetzlich“ abhängig, weil die Reaktion des Zuwendungsgebers auf einen Auflagenverstoß in seinem Ermessen steht.²⁰ § 3 Abs. 1 SubvG enthält die Einschränkung „gesetzlich“ seinem Wortlaut nach zwar nicht. Auch hier ist jedoch vom selben Sinngehalt der Norm auszugehen. Es muss sich immer um Tatsachen handeln, die unmittelbar, ohne Dazwischentreten einer Ermessensent-

¹¹ BGH, Urt. v. 17.11.2011 – III ZR 234/10 Rz. 23, MDR 2012, 204, unter Hinweis auf BGH v. 17.6.2003 – XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166 (175).

¹² BGH, ebda., Rz. 25 unter Hinweis auf BVerwG NVwZ 2007, 470 (471) m.w.N.

¹³ §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.

¹⁴ Mit diesem Begriff beschreibt *Stober* zutreffend das Verbot des vorzeitigen Maßnahmenbeginns.

¹⁵ Ziff. 1.3 VV zu § 33 BHO.

¹⁶ S. dort Abs. 8.

¹⁷ BGBl. I, 2034 (2037).

¹⁸ Siehe z.B. Ziff. 3.4.2.1 VV zu § 44 BHO: „... die zur Beurteilung der Notwendigkeit und Angemessenheit der Zuwendung von Bedeutung sind“.

¹⁹ BGH v. 11.11.1998 – 3 StR 101/98.

²⁰ Vgl. § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

scheidung der zuständigen Behörde, dem Belassen der Subvention entgegenstehen.²¹ Damit ist es umgekehrt immer strafrechtlich relevant und wirkt sich auch auf den Bestand der Zuwendung aus, wenn Angaben im Antrag von Anfang an unrichtig gewesen sind.

6. Notifizierungspflicht

Bei jeder staatlichen Subventionierung hält das europäische Recht ein besonderes Risiko bereit: Wie ausgeführt, ist die staatliche Subventionierung bestimmter Unternehmen europarechtlich grundsätzlich verboten. Wer dabei als „Unternehmen“ beurteilt wird, ist ebenfalls autonom nach europäischem Recht zu beurteilen. Dabei wird nicht institutionell, sondern funktional angeknüpft. Als „Unternehmen“ gilt europarechtlich jede Einheit, die Güter oder Dienstleistungen auf dem Markt anbietet, unabhängig von ihrer Rechtsform.²² Damit können auch gemeinnützige Vereine, Hochschulen oder Anstalten des öffentlichen Rechts als „Unternehmen“ beurteilt werden.

Jede beabsichtigte staatliche Begünstigung einer derartigen Einheit muss vorab der Europäischen Kommission notifiziert werden, damit diese beurteilen kann, ob die Begünstigung als „Beihilfe“ zählt und ob sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Ohne eine derartige Notifizierung und ohne eine darauf folgende Beurteilung der Kommission darf die betreffende Begünstigung nicht gewährt werden.²³ Obwohl dieses „Durchführungsverbot“ aus dem AEUV sich seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten richtet, ist es nach der Rechtsprechung des BGH „unmittelbar anwendbar“.²⁴ Das Durchführungsverbot enthält ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB mit der Folge, dass ein Vertrag, der unter Verletzung der Notifizierungspflicht und des aus ihr folgenden Durchführungsverbots abgeschlossen wurde, nach Auffassung des BGH nichtig ist. In einem solchen Fall wurde die Subvention ohne Rechtsgrund gewährt und wäre nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzuzahlen.

Der Beihilfenempfänger kann sich dabei nicht darauf berufen, er habe darauf vertraut, dass die Bewilligungsbehörde rechtmäßig handelt. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss jedes im Unionsgebiet handelnde Unternehmen wissen, dass es Beihilfen, die unter Verstoß gegen das Notifizierungsgebot bewilligt werden, nicht behalten darf.²⁵ Für die Praxis hat dies zur Konsequenz, dass sich jeder Zuwendungsempfänger selbständig darüber vergewissern muss, ob die Zuwendung als Beihilfe von der Europäischen Kommission genehmigt wurde. In vielen Fällen erfolgt diese Genehmigung vorab und pauschal im Wege sog. „Gruppenfreistellungsverordnungen“.

Besondere Schwierigkeiten werfen dabei Forschungs- und Entwicklungsverträge auf, für welche die Kommission den „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation“ bekannt gegeben hat.²⁶ Gemäß Ziff. 3.2.2 dieses Gemeinschaftsrahmens muss die Zusammenarbeit etwa eine der folgenden Voraussetzungen erfüllen, damit die Kommission nicht von „mittelbaren staatlichen Beihilfen“ ausgeht:

- die beteiligten Unternehmen tragen sämtliche Kosten des Vorhabens,
- die Ergebnisse, für die keine Rechte des geistigen Eigentums begründet werden, können weiter verbreitet werden, wogegen derartige Rechte an solchen Forschungsergebnissen, die aus der Tätigkeit der Forschungseinrichtungen hervorgegangen sind, in vollem Umfang dieser Einrichtung zugeordnet werden,
- die Forschungseinrichtungen erhalten von den beteiligten Unternehmen für die Rechte des geistigen Eigentums, die sich aus den von der Forschungseinrichtung im Rahmen des Vorhabens ausgeführten Forschungsarbeiten ergeben und auf die beteiligten Unternehmen übertragen werden, ein marktübliches Entgelt.²⁷

Aus diesen umfangreichen Vorgaben wird ersichtlich, dass hier im Einzelfall eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen kann.

III. Verwendungsphase

In der Verwendungsphase muss sich der Zuwendungsempfänger an die Koordinaten seines Antrages halten. Daneben muss er die Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid beachten, die sich entweder als Auflagen im öffentlich-rechtlichen Zuwendungsverhältnis oder als Allgemeine Geschäftsbedingungen im privatrechtlichen Zuwendungsverhältnis darstellen.

Die Nebenbestimmungen sind jeweils andere, je nachdem, ob die Zuwendungen zur institutionellen Förderung,²⁸ zur Projektförderung²⁹ oder zur Projektförderung auf Kostenbasis³⁰ gewährt werden. Bei der institutionellen Förderung wird eine Institution subventioniert, bei der Projektförderung werden die Zuwendungen zur Durchführung eines bestimmten Projektes gewährt.

1. Auflagenverstöße

Verstöße gegen die Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest) wird die Bewilligungsbehörde im Regelfall zum Anlass nehmen, den Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise aufzuheben. Rechtsgrundlage hierfür ist im öffentlich-rechtlichen Zuwendungsverhältnis § 49 VwVfG.

²¹ Vgl. Schönke-Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, Nr. 36 zu § 264.

²² EuGH, st. Rspr., z.B. EuGH – Rs. C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Rz. 19. S. hierzu auch: Hertwig, Öffentliche Unternehmen und Einrichtungen im europäischen Beihilfe- und Vergaberecht, VergabeR 2008, 589 ff.

²³ Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.

²⁴ Siehe zuletzt BGH, Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 213/08, Rz. 23.

²⁵ St. Rspr., zuletzt etwa: EuGH, Urt. v. 8.12.2011 – Rs. C-81/10 P, Rz. 59.

²⁶ ABl. C 323/1 v. 30.12.2006.

²⁷ Ebda., Ziff. 3.2.2.

²⁸ Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-E).

²⁹ Allgemeine Nebenbestimmungen zur Projektförderung (ANBest-P).

³⁰ ANBest-P-Kosten.

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

Im privatrechtlichen Zuwendungsverhältnis ergibt sich ein Rückzahlungsanspruch aus den der jeweiligen Zusage zugrunde liegenden Bedingungen, bei denen es sich regelmäßig wiederum um die ANBest handelt.

Einen der häufigsten Fehler des Zuwendungsempfängers stellt der Verstoß gegen die Auflage dar, das europäische bzw. das nationale Vergaberecht anzuwenden, wenn Aufträge mit Mitteln aus der Zuwendung erteilt werden. Der Zuwendungsempfänger muss dann seine Vertragspartner in einem entsprechend förmlichen und transparenten Verfahren auswählen und darf sie keinesfalls direkt beauftragen. Die entsprechende Klausel in den ANBest kann etwa lauten:

„Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks sind die nach dem gemeinen Haushaltsrecht anzuwendenden Vergabegrundsätze zu beachten.

Verpflichtungen der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers, aufgrund des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeordnung (VgV) die Abschnitte 2 ff. der VOB/A bzw. der VOL/A oder die VOF anzuwenden oder andere Vergabebestimmungen einzuhalten, bleiben unberührt.“

Denkbar sind aber auch Formulierungen wie:

„Die Vorgaben der Europäischen Kommission zur öffentlichen Auftragsvergabe sowie die nationalen Regelungen der VOB, VOL und VOF in Verbindung mit dem Erlass des Finanzministers NRW v. 16.12.1997 – I D 1-044-3/8 – sind zu beachten.“

Welche Pflichten aus einer derartigen Auflage folgen, ist für viele Zuwendungsempfänger auch nicht im Ansatz erkennbar. Diese Auflagen haben zur Konsequenz, dass mit den zugewendeten Mitteln erteilte Aufträge nur nach Durchführung eines – je nach Schwellenwert europaweiten oder jedenfalls nationalen – Vergabeverfahrens erteilt werden dürfen. Diese Vergabeverfahren sehen verschiedene Vergabearten vor, die in einer strengen Hierarchie zueinander stehen. Im Regelfall muss offen ausgeschrieben werden (nach nationalem Recht: öffentliche Ausschreibung), und es darf nur unter Angabe besonderer Gründe das nicht offene Verfahren (national: die beschränkte Ausschreibung) gewählt werden. Das Verhandlungsverfahren (national: die freihändige Vergabe) darf regelmäßig nicht durchgeführt werden. Es ist auf Ausnahmefälle beschränkt. Das Vergaberecht enthält aber nicht nur mit der Hierarchie der Vergabearten Fallstricke, sondern verlangt von der vergebenden Stelle darüber hinaus die Einhaltung einer Vielzahl von Förmlichkeiten, die der private Projektträger im Zweifel nicht kennt. In vielen Fällen werden deshalb dritte Auftragnehmer, z.B. Anwälte, aber auch Architekten oder Projektsteuerer, von dem Projektträger damit beauftragt, das Vergabeverfahren durchzuführen. Eine derartige Beauftragung befreit den Projektträger jedoch nicht von seinen Pflichten im Zu-

wendungsverhältnis. Jeder Fehler, der dem Projektträger oder seinen Beauftragten im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren unterläuft, stellt sich deshalb zugleich als Verstoß gegen die entsprechende Auflage aus den ANBest dar. Dabei muss man sich vor Augen halten, dass es sich bei dem Vergaberecht um ein sich sehr schnell entwickelndes Rechtsgebiet handelt, das nicht nur von den nationalen Nachprüfungsinstanzen, sondern vor allem vom EuGH ständig fortentwickelt wird. Wenn der EuGH etwa feststellt, dass Eignungs- und Wertungskriterien bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Bieters nicht vermengt werden dürfen,³¹ so stellt sich dies im Nachhinein auch für alle davorliegenden Vergaben als Vergabeverstoß dar.

Zahlreiche Bundesländer haben deshalb durch Erlasse geregelt, wie die Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen und der Verdingungsordnung für Leistungen zu erfolgen hat.³²

Der nordrhein-westfälische Runderlass definiert „schwere Vergabeverstöße“, bei denen grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheides und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung angezeigt sei. Als schwere Verstöße gegen die einschlägigen Vergabeordnungen kommen danach insbesondere folgende Tatbestände in Betracht:

- Verstoß gegen die Vergabeart ohne die im Regelwerk zugelassenen Sachgründe;
- fehlende eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung;
- Bevorzugung des Angebots eines ortsansässigen Bieters gegenüber dem annehmbarsten Angebot;
- Ausscheiden des annehmbarsten Angebotes aus sonstigen vergabefremden Erwägungen oder durch nachträgliche Verhandlungen über Änderungen der Angebote oder Preise;
- Ausscheiden oder teilweises Ausscheiden des annehmbarsten Angebots durch nachträgliche Losaufteilung;
- freihändige Vergabe von Aufträgen ohne Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen;
- Vergabe von Bauleistungen an einen Generalübernehmer (der faktisch an die Stelle des Auftraggebers tritt), wenn die Wirtschaftlichkeit nicht nachweisbar ist;
- Vergabe von Leistungen an einen Generalunternehmer (Alleinunternehmer gegenüber dem Auftraggeber), wenn die Wirtschaftlichkeit der Gesamtleistung nicht nachweisbar ist.

Mit dem Widerruf des Zuwendungsbescheides fehlt es so dann an der Rechtsgrundlage für die gewährte Zuwendung und ist diese von ihrem Empfänger ganz oder teilweise zurückzuzahlen. Die Rechtsprechung ist hier außerordentlich streng und bestätigt regelmäßig die Ermessensausübung der zuständigen Bewilligungsbehörden.³³ In der

³¹ EuGH, Urt. v. 24.1.2008 – Rs. C-532/06.

³² Vgl. etwa den entsprechenden Runderlass des FinMin. NRW v. 18.12.2003 (I 1-0044-3/8), MBl. NRW 2005, 1310; geändert durch Runderlass v. 16.8.2006, MBl. NRW 2006, 432.

³³ S. VG Gelsenkirchen, Urt. v. 4.4.2011 – 11 K 4198/09 (Vergabe an einen Fremd-Generalunternehmer), ZfBR 2011, 806 oder VG Aachen, Urt. v. 5.11.2010 – 9 K 721/09 (unzulässige Nachverhandlungen bei einer öffentlichen Ausschreibung).

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

bereits erwähnten Entscheidung vom 17.11.2011 hat der BGH die Rückforderung eines auf privatrechtlicher Grundlage gewährten Investitionszuschusses wegen der fehlerhaften Wahl einer „beschränkten Ausschreibung“ anstelle einer an sich gebotenen „öffentlichen Ausschreibung“ bestätigt.³⁴

Gegen Rückforderungen ist der Zuwendungsempfänger nicht in jedem Falle schutzlos. Im Einzelfall kann er sich damit verteidigen, dass Auflagen nicht eindeutig gewesen seien,³⁵ und er kann fehlende Begründungen für einzelne Vergabeentscheidungen auch später nachholen. Hierauf sollte er es jedoch angesichts der vorhandenen Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Behörden und Gerichte, deren praktische Anwendung nur schwer prognostiziert werden kann, nicht ankommen lassen.

2. Zuwendungen auf Kostenbasis

Gefährliches Terrain stellt auch die Bewilligung von Zuwendungen auf „Kostenbasis“ dar. Bei Projektförderungen können Zuwendungen an gewerbliche Unternehmen, insbesondere für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben, anstatt zur Deckung der zuwendungsfähigen Ausgaben zur Deckung der zuwendungsfähigen Kosten des Zuwendungsempfängers bewilligt werden.³⁶ Die Zuwendungen zu den Kosten des Zuwendungsempfängers erlauben in diesem Zusammenhang die Verrechnung von Gemeinkosten einschließlich kalkulatorischer Kosten. Das heißt aber beileibe nicht, dass der Zuwendungsempfänger nunmehr sämtliche Kosten in Ansatz bringen darf. Zuwendungsfähige Kosten sind nur die nach Maßgabe der ANBest-P-Kosten dem Vorhaben zuzurechnenden Selbstkosten des Zuwendungsempfängers, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung im Bewilligungszeitraum anfallen und nachgewiesen werden.³⁷ Der Zuwendungsempfänger hat dabei die voraussichtlichen zuwendungsfähigen Kosten durch eine Vorkalkulation zu ermitteln, wobei die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP)³⁸ anzuwenden sind. Diese Vorkalkulation wird hinsichtlich der Gesamtkosten sodann als Höchstbetrag (Selbstkostenhöchstbetrag) von der Bewilligungsbehörde für verbindlich erklärt. Die Anwendung der Leitsätze für die Preisermittlung bedeutet, dass sich der Zuwendungsempfänger eine Preisprüfung nach der VO/PR 30/53 gefallen lassen muss, die ähnlich wie eine Betriebsprüfung abläuft.

3. Dokumentation

Die dem Zuwendungsempfänger aufgegebenen Auflagen haben zur Konsequenz, dass dieser die Mittelverwendung und die Erfüllung der Auflagen im Einzelnen sorgfältig zu dokumentieren hat. Hinsichtlich aller durchgeführten

Vergabeverfahren muss eine sog. „Vergabeakte“ geführt werden, aus welcher die wesentlichen Verfahrensschritte und die Begründung für die wesentlichen Entscheidungen des Auftraggebers ersichtlich sind. Ferner muss der Zuwendungsempfänger sämtliche Verträge und Belege aufbewahren, die mit der Verwendung der gewährten Zuwendung in Zusammenhang stehen. Ziff. 6.5 der Allgemeinen Nebenbestimmungen zur Projektförderung (ANBest-P) sieht vor, dass der Zuwendungsempfänger die Belege fünf Jahre nach Vorlage des Verwendungsnachweises aufbewahren muss, sofern nicht aus steuerrechtlichen oder anderen Vorschriften eine längere Aufbewahrungszeit vorgesehen ist.

IV. Prüfungsphase

1. Verwendungsnachweis

Die Verwendungsphase endet mit der Abgabe des sog. „Verwendungsnachweises“. Mit diesem belegt der Zuwendungsempfänger, dass er die Mittel wie beantragt zur Durchführung des geförderten Zweckes eingesetzt hat. Die Bewilligungsbehörde hat deshalb unverzüglich nach Eingang des Verwendungsnachweises festzustellen, ob nach den darin enthaltenen Angaben Anhaltspunkte für die Geltendmachung eines Erstattungsanspruches gegeben sind.³⁹

Selbst wenn jedoch der Verwendungsnachweis keinen Anlass für Beanstandungen gibt, ist die Zuwendung damit noch nicht aus dem Feuer. Der Zuwendungsempfänger hat die Zweckbindungsfrist zu beachten, und die Bewilligungsbehörde ihrerseits unterliegt der Prüfung durch die zuständigen Rechnungsprüfungsbehörden.

2. Zweckbindungsfrist

Projekte, die mit öffentlichen Mitteln gefördert wurden, unterliegen einer zeitlich befristeten Zweckbindung. Die Bewilligungsbehörde hat einen Zuwendungsbescheid nach § 49 Abs. 3 Satz 1 VwVfG mit Wirkung auch für die Vergangenheit ganz oder teilweise unverzüglich zu widerrufen und die Zuwendung, auch wenn sie bereits verwendet worden ist, zurückzufordern, soweit sie nicht oder nicht mehr ihrem Zweck entsprechend verwendet wird.⁴⁰ Dabei ist der Widerruf grundsätzlich gegenüber demjenigen vorzunehmen, der Adressat des Bescheides ist und durch die Zuwendung begünstigt wurde. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Dies betrifft einmal diejenigen Fälle, in denen das Zuwendungsverhältnis durch das Eigentum an einem bestimmten Objekt begründet wird, z.B. die Förderung von als steuerbegünstigt anerkannten Häusern und Wohnungen.⁴¹ Hier wirkt die Förderung „objektgebunden“ und ein Widerruf der

³⁴ BGH, Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 213/08, Rz. 23, unter Hinweis auf BGH v. 17.6.2003 – XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166 (175).

³⁵ S. etwa VG Köln, Urt. v. 25.3.2010 – 16 K 1058/08.

³⁶ Ziff. 13a.1 VV zu § 44 BHO.

³⁷ S. Ziff. 13a.3 VV zu § 44 BHO.

³⁸ Anlage zur Verordnung PR-Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, Bundesanzeiger Nr. 244 v.

18.12.1953, zuletzt geänd. durch VO PR Nr. 1/89 v. 13.6.1989 (BGBl. I, 1094).

³⁹ Ziff. 11.1 VV zu § 44 BHO.

⁴⁰ S. etwa Nr. 8.2.3 VVG zu § 44 LHO NW.

⁴¹ BVerwG v. 21.11.1986 – 8 C 71/84, NJW 1987, 2598.

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

Anerkennung kann wirksam gegen den neuen dinglichen Berechtigten gerichtet werden. Eine weitere Ausnahme hat das BVerwG in dem Fall zugelassen, in dem der Adressat des Zuwendungsbescheides und derjenige, an den die Zuwendung in tatsächlicher Hinsicht unmittelbar ausgekehrt worden war, auseinander fielen. Hier sei, so das BVerwG, der ursprüngliche Zuwendungsempfänger von vornherein als „Durchgangsstation“ anzusehen gewesen.⁴² In allen Fällen, in denen die Zuwendung eigentlich einem Dritten zugute kommen sollte und dies jedenfalls konkludent zum Inhalt des Zuwendungsbescheides geworden ist, ist das Risiko eines gerichtlich akzeptierten Durchgriffs auf den Letztempfänger groß. Hierauf muss bei share-deals und auch bei asset-deals das Augenmerk der due-diligence-Prüfung gerichtet werden.

3. Rechnungsprüfung

Unabhängig von der Pflicht der Bewilligungsbehörde, unverzüglich nach Eingang des Verwendungsnachweises festzustellen, ob nach den Angaben im Verwendungsnachweis Anhaltspunkte für die Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs gegeben sind, unterliegt die Verwendung der Zuwendung der Prüfung durch die zuständigen Rechnungsprüfungsbehörden. Dabei ist die Bewilligungsbehörde berechtigt, Bücher, Belege und sonstige Geschäftsunterlagen anzufordern sowie die Verwendung der Zuwendung durch örtliche Erhebungen zu prüfen oder durch Beauftragte prüfen zu lassen.⁴³ Der häufigste „Beauftragte“ für eine solche Prüfung ist die Bauverwaltung, die bei öffentlich geförderten Bauprojekten eine sog. „baufachliche Prüfung“ durchführt.⁴⁴ Daneben kann es zu einer Einschaltung der Preisprüfungsbehörden kommen, wenn Zuwendungen zur Projektförderung auf Kostenbasis durchgeführt wurden, da insoweit die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten⁴⁵ in der jeweils geltenden Fassung zur Anwendung kommen.

4. Konsortialverhältnisse

Im Zusammenhang mit Finanzhilfen der Europäischen Kommission werden häufig „Partnerschaftsvereinbarungen“ zwischen mehreren Empfängern und der Kommission abgeschlossen. Die Verordnung (EG) Nr. 1906/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2006 zur Festlegung der Regeln über die Beteiligung von Unternehmen, Forschungszentren und Hochschulen an Maßnahmen des 7. Rahmenprogramms sowie für die Verbreitung der Forschungsergebnisse (2007 bis 2013) spricht in diesem Zusammenhang von „Konsortialvereinbarungen“.⁴⁶ Die einzelnen Mitglieder des Konsortiums müssen einen „Koordinator“ bestimmen, der für die Entgegennahme des finanziellen Beitrags der Gemeinschaft und dessen Aufteilung gemäß der Konsortialvereinbarung und der Finanzhilfvereinbarung zuständig

ist.⁴⁷ Kommt es in der Folge zu einem Streit über die Frage, welche Kosten der einzelnen Konsorten erstattungsfähig sind, so hält sich die Kommission regelmäßig an den Koordinator. Sie kann dabei gem. Art. 299 Abs. 1 AEUV vollstreckbare Zahlungsaufforderungen erlassen. Hierauf ist sie jedoch nicht angewiesen, wenn sie mit weiteren Zahlungsansprüchen gegen das Konsortium gegenüber dessen Koordinator aufrechnen kann.

Hieraus ergeben sich im Innenverhältnis erhebliche Komplikationen. Der betroffene Konsorte kann und muss den Koordinator auffordern, sich gegen die von der Europäischen Kommission erklärte Aufrechnung zur Wehr zu setzen. Zuständig für eine derartige „Nichtigkeitsklage“ ist das Gericht erster Instanz der Europäischen Union. War die Aufrechnung berechtigt, dann setzen sich die Streitigkeiten im Innenverhältnis des Konsortiums fort. Der Koordinator ist darauf angewiesen, dass der für die Kürzung der Finanzhilfe verantwortliche Konsortialpartner seinerseits Überzahlungsbeträge erstattet. Geschieht dies nicht, muss der Koordinator Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten des jeweiligen Konsortialpartners suchen. Es ist deshalb erforderlich, dass sich die Konsortialpartner im Innenverhältnis durch Bürgschaften absichern.

V. Haftung

1. Schadenersatzansprüche gegen externe Berater

Der Fall der Rückforderung von Zuwendungen wirft beim Zuwendungsempfänger sofort die Fragen nach möglichen Regressansprüchen auf. Liegt der Grund etwa in der fehlerhaften Durchführung von Vergabeverfahren, können Ansprüche gegen die beauftragten Architekten oder Projektsteuerer oder gegen eine beratende Anwaltskanzlei bestehen.

Problematisch ist dabei wiederum die Tatsache, dass für die öffentlich-rechtlichen Rückforderungsansprüche des Zuwendungsgebers praktisch keine Verjährungsfristen laufen. Maßgeblich ist allein, wann der Zuwendungsgeber erstmals von dem Vergabeverstoß und der darin liegenden Missachtung einer Auflage aus dem Zuwendungsbescheid erfährt. Diese Kenntnis erhält er im Regelfall erst durch die Tätigkeit von Rechnungsprüfungsbehörden, welche das Projekt unter Umständen viele Jahre nach seiner Beendigung kontrollieren. Gegen Berater des Zuwendungsempfängers gerichtete Ansprüche unterliegen jedoch der Verjährung für Mängelansprüche⁴⁸ oder jedenfalls der Regelverjährung von drei Jahren mit der Folge, dass oftmals zur Verteidigung gegen Regressansprüche diese Einrede erhoben werden kann.

Vom Pflichtenumfang eines beratenden Anwalts oder auch eines Projektsteuerers dürfte der richtige Umgang mit den Fördermitteln, insbesondere die Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen, regelmäßig umfasst

⁴² NVwZ-RR 2000, 196.

⁴³ Vgl. Ziff. 7.1 ANBest-P.

⁴⁴ Vgl. die Baufachlichen Ergänzungsbestimmungen zu den vorläufigen Verwaltungsvorschriften in §§ 44, 44a BHO (ZBau).

⁴⁵ Ziff. 13a.1 VV zu § 44 BHO.

⁴⁶ ABl. EG Nr. L 391/1 v. 30.12.2006, Art. 24.

⁴⁷ ABl. EG Nr. L 391/1 v. 30.12.2006, Art. 25 Abs. 1 Buchst. c.

⁴⁸ § 634a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB.

Haftungsrisiken beim Umgang mit öffentlichen Subventionen

sein. Beim Architekten ist die „Mitwirkung bei der Vergabe“ regelmäßig ausdrücklich in seinem Leistungsbild enthalten.⁴⁹ Damit muss er auf eine ordnungsgemäße Durchführung von Vergabeverfahren achten, wenn er weiß, dass es sich um ein mit öffentlichen Mitteln gefördertes Projekt handelt. Der Abruf von Fördermitteln sowie die Kontrolle der fristgerechten Verwendung der abgerufenen Fördermittel ist jedoch ohne dahin gehende ausdrückliche Vereinbarung nicht die Aufgabe eines Architekten.⁵⁰

2. Schadenersatzansprüche gegen Leitungsorgane

Das LG Münster hat den Geschäftsführer einer kommunalen Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführerhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet, weil er entgegen den Auflagen aus dem Zuwendungsbescheid eine öffentliche Ausschreibung unterließ und die Bewilligungsbehörde deshalb Fördermittel zurückforderte.⁵¹

Ganz generell kann den Vorstand einer Aktiengesellschaft bzw. den Geschäftsführer einer GmbH der Vorwurf des „Organisationsverschuldens“ treffen, wenn er für ein mit öffentlichen Mitteln gefördertes Projekt keine Maßnahmen anordnet, die die Einhaltung des Antrags und die Beachtung der mit dem Förderbescheid mitgeteilten Auflagen sicherstellen. § 264 StGB (Subventionsbetrug) ist auch ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB und kann somit unmittelbar zum Schadenersatz führen.⁵²

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeiten

Bei der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Subventionen kommen die Straftatbestände des § 263 StGB (Betrug) und des § 264 StGB (Subventionsbetrug) in Betracht.

Zu § 263 StGB führt der BGH in ständiger Rechtsprechung aus, dass ein Vermögensschaden dann vorliege, wenn durch die Täuschungshandlung das Gesamtvermögen des Verfügenden gemindert wird.⁵³ Bei Austauschverhältnissen sei der gebotene Vermögensvergleich aufgrund einer Saldierung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen. Dieser Grundsatz findet auch bei Subventionsleistungen Beachtung, weil dort in vergleichbarer Weise ein durch gegenseitige Pflichten geprägtes Leistungsverhältnis gegeben sei. Das Austauschverhältnis bestehe bei der Subventionsgewährung darin, dass der Subventionsnehmer gegenüber dem Subventionsgeber die zweckgerichtete Verwendung der ihm zugewandten Subventionsgelder schulde. Diese Gegenseitigkeitsbeziehung werde gestört, wenn die Mittelverwendung nicht dem Subventionszweck entspreche. Deshalb füge dem Staat als Subventionsgeber einen Schaden zu, der sich solche

haushaltsrechtlich gebundenen Mittel erschleiche, obwohl er nicht zu der begünstigten Bevölkerungsgruppe zähle. Maßstab für die Schadensbestimmung sei immer der Subventionszweck, wie er durch die hierfür einschlägigen Rechtsgrundlagen beschrieben werde.⁵⁴ Wenn sich danach kein Vermögensschaden feststellen lässt, kommt eine Strafbarkeit nach § 264 StGB in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass der betreffende Subventionsempfänger die Subvention für ein von ihm geführtes „Unternehmen“ in Anspruch genommen hat. Der Begriff des Unternehmens wird dabei durchaus weit ausgelegt. Ein eingetragener (Förder-)verein kann deshalb Betrieb oder Unternehmen i.S.v. § 264 Abs. 7 StGB sein.⁵⁵

Auch Personen, die Subventionen gewähren, ohne dass die hierfür gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind, können sich unter dem Gesichtspunkt der „Haushaltsuntreue“ strafbar machen. Dabei begründet nicht jeder Verstoß gegen haushaltsrechtliche Vorschriften einen Vermögensnachteil.⁵⁶ Aber auch, wenn der Mitteleinsatz den vorgegebenen Zwecken entspricht und die durch Einsatz öffentlicher Mittel erzielte Gegenleistung gleichwertig ist, kann ein Vermögensnachteil und somit Haushaltsuntreue gegeben sein. Abgesehen von dem Fall, dass durch eine Haushaltsüberziehung eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich wird, kommt dies dann in Betracht, wenn die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird und er durch den Mittelaufwand insbesondere in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten wird. Die haushaltsrechtliche Regelung, grundsätzlich nur nicht bereits begonnene Projekte durch Subventionen zu fördern, stützt die Gestaltungsfreiheit des Subventionsgebers. Diesem Grundsatz kommt damit nicht nur formelle, sondern auch materielle Bedeutung zu.⁵⁷

VI. Konkurrentenklagen

1. Konkurrentenklage gegen die Gewährung von Zuwendungen

Aufgrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist es grundsätzlich möglich, dass sich Unternehmen gegen die staatliche Subventionierung ihrer Konkurrenten wehren. In der Praxis sind diesen Verfahren jedoch wenig Erfolgsaussichten beschieden. Problematisch ist dabei bereits die Anspruchsgrundlage, weil es regelmäßig keine einfach-rechtlichen drittschützenden Normen in diesem Bereich gibt. Die Gewährung einer Subvention erfolgt auf der Basis von Haushaltsrecht, das insoweit keine Außenwirkung entfaltet. Der Konkurrent muss mithin eine Grundrechtsverletzung vortragen. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes kommt regelmäßig nur bei einer hieraus folgenden „Existenzgefährdung“ des

⁴⁹ Vgl. § 33 Nr. 7 HOAI und dazu OLG Saarbrücken, Urt. v. 13.11.2010 – 4 U 548/09.

⁵⁰ LG Meiningen, Urt. v. 13.12.2007 – 1 O 415/07, BauR 2008, 879 (880).

⁵¹ BGH, Beschl. v. 31.5.2006 – KVR 1/05, AG 2006, 938 = NZBau 2006, 523.

⁵² BGH, Urt. v. 13.12.1988 – VI ZR 235/87.

⁵³ BGH v. 30.7.1996 – 5 StR 168/96, NStZ 1997, 32.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 26.1.2006 – 5 StR 334/05.

⁵⁵ BGH v. 8.4.2003 – 5 StR 448/02, NJW 2003, 2179 (2181).

⁵⁶ BGH v. 4.11.1997 – 1 StR 273/97, BGHSt 43, 293 (297).

⁵⁷ BGH, Urt. v. 8.4.2003 – 5 StR 448/02, NJW 2003, 2179 (2180).

Steuerstrafrecht

Klägers in Betracht.⁵⁸ Eine Verletzung des Art. 12 GG würde nur dann vorliegen, wenn die Gewährung der Subvention in ihrer Intensität einer Regelung der Berufsausübung nahe käme und sich die verwirklichte Beeinträchtigung über das systemtypische Risiko eines Unternehmens hinaus erstrecken würde, weil ein allgemeiner Schutz vor Konkurrenz nicht besteht.⁵⁹ Theoretisch denkbar wäre auch eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn der Kläger willkürliches Handeln der Verwaltung vortragen könnte,⁶⁰ wobei er aber wiederum hierdurch in eigenen Rechten aus Art. 12 oder Art. 14 GG verletzt werden müsste.

2. Konkurrentenklage gegen die Gewährung von Beihilfen

Mit seinem viel beachteten Urteil v. 10.2.2011⁶¹ hat der BGH Konkurrentenklagen gegen die Gewährung europarechtswidriger Beihilfen ausdrücklich zugelassen. Anspruchsgrundlage sind §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Das beihilferechtliche

⁵⁸ Vgl. etwa BVerwG v. 18.4.1985 – 3 C 34/84, BVerwGE 71, 183 (195) (Arzneimittel-Transparenzlisten).

⁵⁹ BVerfG NJW 1973, 499; BVerfG v. 3.12.1980 – 1 BvR 409/80, NJW 1981, 911.

Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist nach Auffassung des BGH ein unmittelbar anwendbares Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Die nationalen Gerichte müssten grundsätzlich einer Klage von Konkurrenten auf Rückzahlung von unter Verstoß gegen diese Vorschrift gezahlten Beihilfen stattgeben. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV komme eine die Wettbewerber des Beihilfempfängers individuell schützende Funktion zu.

VII. Zusammenfassung

Das Arbeiten mit öffentlichen Zuwendungen ist stark formalisiert. Ein Zuwendungsempfänger kann sich mit Erhalt des positiven Bescheides bzw. der Zusage nicht zurücklehnen, sondern muss eine Organisation aufsetzen, welche die Einhaltung der eigenen Angaben im Antrag und aller Auflagen der Bewilligungsbehörde sowie eine ordnungsgemäße Dokumentation sicherstellt. Andernfalls drohen unkalkulierbare Rückforderungs- und Haftungsansprüche, die sich erst viele Jahre nach Durchführung eines geförderten Projektes realisieren können.

⁶⁰ BVerwG, 30.8.1968 – VII C 122.66, BVerwGE 30, 191 (199).

⁶¹ BGH, BGH, Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 213/08.

RECHTSPRECHUNG

SteuerstrafRECHT

Strafzumessung bei Steuerhinterziehung „in Millionenhöhe“

AO § 370 Abs. 1 und 3; StGB § 46

Zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung „in Millionenhöhe“ (Fortführung von BGH, Urt. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53 [71]).

BGH, Urt. v. 7.2.2012 – 1 StR 525/11
(LG Augsburg)

Aus den Gründen:

[12] ... I. ... 2. Das LG hat gegen den geständigen Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen Einzelstrafen von einem Jahr und neun Monaten (Einkommensteuerhinterziehung 2002) sowie von zehn Monaten (Lohnsteuerhinterziehung Oktober 2006) verhängt und

hieraus eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren festgesetzt, die es zur Bewährung ausgesetzt hat. ...

[13] Das LG hat in beiden Fällen einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung angenommen, weil mit Verkürzungsbeträgen von 892.715 € und 240.870 € jeweils i.S.d. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO Steuern in großem Ausmaß verkürzt worden seien, und hat deshalb die Einzelstrafen jeweils dem erhöhten Strafraumen des § 370 Abs. 3 AO von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe entnommen. ...

[19] II. ... 1. Das LG bereits bei der Zumessung der Einzelstrafen unzutreffende Maßstäbe angelegt ...

[20] a) Soweit das LG hinsichtlich der Hinterziehung von Einkommensteuer für das Jahr 2002 (der ersten Tat) zugunsten des Angeklagten gewertet hat, dass er seine Vermittlungsprovision der steuerlichen Veranlagung nicht gänzlich entzogen und sie sich nicht geheim (z.B. im Ausland) hat auszahlen lassen, zeigt es keinen Strafmilderungsgrund auf. Wäre der Angeklagte so vorgegangen, wäre der Steuerschaden deutlich höher gewesen. Bei der Bemessung der Strafe, der das LG zutreffend nur den tatsächlich angerichteten Steuerschaden zugrunde gelegt hat, kann nicht strafmildernd berücksichtigt werden, dass

Steuerstrafrecht

nicht mit noch höherer krimineller Energie ein noch höherer Schaden angerichtet wurde.

[21] Die strafmildernde Wertung, der Angeklagte habe lediglich mit bedingtem Tatvorsatz gehandelt, steht ... im Widerspruch mit den Urteilsfeststellungen. ...

[22] b) Es liegt nahe, dass bereits die aufgezeigten Mängel bei der Zumessung der Einzelstrafe für die Einkommensteuerhinterziehung auch die Aufhebung der weiteren Einzelstrafe für die Tat der Lohnsteuerhinterziehung bedingen.

[23] Bei Tatmehrheit kann nach der ständigen Rechtsprechung des BGH die Aufhebung eines Einzelstrafanspruchs dann zur Aufhebung weiterer, für sich genommen sogar rechtsfehlerfreier Strafaussprüche führen, wenn nicht auszuschließen ist, dass diese durch den Rechtsfehler im Ergebnis beeinflusst sind (vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1995 – 1 StR 117/95 m.w.N.). Dies kann insbesondere dann zu bejahen sein, wenn es sich bei der rechtsfehlerhaft festgesetzten Einzelstrafe um die höchste Einzelstrafe (sog. Einsatzstrafe) handelt oder wenn die abgeurteilten Taten in einem engen inneren Zusammenhang stehen. Die rechtsfehlerhaft festgesetzte Strafe für die Einkommensteuerhinterziehung ist wesentlich höher als diejenige für die Lohnsteuerhinterziehung. Für einen inneren Zusammenhang der Taten spricht, dass sie demselben Motiv entspringen und jeweils Einkünfte betrafen, die der Angeklagte im Rahmen seiner Tätigkeit bei der P. GmbH erzielt hatte.

[24] c) Unabhängig davon ist die Strafe für die (zweite) Tat der Lohnsteuerhinterziehung aber auch für sich genommen nicht rechtsfehlerfrei zugemessen. Der Angeklagte hat nicht nur seinen Steuerberater zur „Steuerhinterziehungsberatung“ veranlasst, sondern auch seine Angehörigen als Empfänger von Zuwendungen der P. GmbH vorgeschoben. Dies deutet darauf hin, dass der Angeklagte andere – sei es auch in unterschiedlicher Form – in seine Straftat hineingezogen hat; seinen Steuerberater hat er sogar in die Tatbegehung verstrickt. Diesen gewichtigen Gesichtspunkt hat das LG nicht erkennbar erwogen ...

[25] 2. Mit der Aufhebung der Einzelstrafen entfällt auch die Grundlage für die Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren. Diese hält zudem schon deswegen revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand, weil sie sich angesichts der vom LG festgestellten Umstände nach unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. ...

[26] a) Für die Strafzumessung in Fällen der Steuerhinterziehung in großem Ausmaß gilt ... Folgendes:

[27] Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung sieht in § 370 Abs. 3 Satz 1 AO für besonders schwere Fälle einen erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vor. ...

[28] Nach der Rechtsprechung des BGH ... ist das nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Merkmal des Regelbeispiels „in großem Ausmaß“ dann erfüllt, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 € übersteigt. Beschränkt sich das Verhalten des Täters darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Un-

kenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, liegt die Wertgrenze zum „großen Ausmaß“ bei 100.000 € (BGHSt 53, 71 [85]).

[29] Der in § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung ist bei besonders hohen Hinterziehungsbeträgen dadurch Rechnung zu tragen, dass bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein kann. Bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht (BGHSt 53, 71 [86] m.w.N.).

[30] b) Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber in den Beratungen zu dem am 3.5.2011 (BGBl. I, 676) in Kraft getretenen Schwarzgeldbekämpfungsgesetz aufgegriffen.

...

[31] c) Nach diesen Maßstäben stellt die vom LG ... verhängte Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren keinen gerechten Schuldausgleich mehr dar. ...

[32] aa) Zwar trifft die Feststellung des LG zu, dass sich im Rahmen der Gesamtstrafenbildung eine „schematische Betrachtung“ verbietet. Dies bedeutet aber nicht, dass das Tatgericht die in der höchststrichterlichen Rechtsprechung in Strafzumessungsmaßstäben zusammengefassten Wertungen des Gesetzgebers übergehen dürfte, wenn sich damit nicht die vom Tatgericht für angemessen erachtete Strafe begründen lässt.

[33] Das Tatgericht hat zwar bei der Strafzumessung einen Spielraum für die Festsetzung der schuldangemessenen Strafe. Ob es dabei von zutreffenden Maßstäben ausgegangen ist, obliegt aber der uneingeschränkten Rechtsüberprüfung durch das Revisionsgericht. In Fällen der Steuerhinterziehung in Millionenhöhe, bei denen das Tatgericht – wie hier – gleichwohl keine höhere Freiheitsstrafe als zwei Jahre verhängt hat, prüft das Revisionsgericht daher auch, ob die hierfür vom Tatgericht angeführten schuld mindernden Umstände solche von besonderem Gewicht sind.

[34] bb) Milderungsgründe von besonderem Gewicht hat das LG nicht genannt; ihr Vorliegen ergibt sich auch nicht aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe.

[35] (1) Zwar durfte das LG der Unbestraftheit des Angeklagten, seiner Entschuldigung, der Verfahrensdauer und den psychischen Belastungen, denen der Angeklagte angesichts einer drohenden Haftstrafe ausgesetzt war, strafmildernde Bedeutung beimessen. Auch stellen das in der Hauptverhandlung abgelegte Geständnis sowie die vollständige Nachzahlung der von dem Angeklagten hinterzogenen Steuern bestimmende Strafmilderungsgründe dar.

[36] (2) Allerdings sind diese Umstände hier keine besonders gewichtigen Milderungsgründe. Dies gilt auch für die Nachzahlung der geschuldeten und hinterzogenen Steuern. Durch die Nachentrichtung hat der Angeklagte diejenigen Steuern abgeführt, die von ihm nach dem Gesetz geschuldet waren und zu deren Zahlung er auch als

Steuerstrafrecht

ehrlicher Steuerpflichtiger ohnehin verpflichtet gewesen wäre. Das Gewicht dieser Schadenswiedergutmachung verliert hier dadurch an Gewicht, dass der Angeklagte diese angesichts seiner komfortablen Vermögensverhältnisse ohne erkennbare Einbuße seiner Lebensführung erbringen konnte. Hinzu kommt, dass sie ... offensichtlich keinen besonderen persönlichen Verzicht darstellte.

[37] Die Gesamtverfahrensdauer von dreieinhalb Jahren bis zum erstinstanzlichen Urteil ist in einer Wirtschaftsstrafsache wie der hier vorliegenden ebenfalls regelmäßig kein besonders gewichtiger Milderungsgrund. ...

[38] cc) Den festgestellten Milderungsgründen stehen zudem gewichtige Strafschärfungsgründe gegenüber.

[39] Der Angeklagte täuschte die Finanzverwaltung in zwei Fällen durch falschen Tatsachenvortrag bewusst, ohne dass die eine Tat auf der anderen aufgebaut hätte oder deren Folge gewesen wäre. Bei der zweiten Tat verwendete er dabei ein nicht nur – worauf die Strafkammer abstellt – rückdatiertes, sondern insbesondere auch inhaltlich unrichtiges Schriftstück, das der Steuerberater eigens für die Verschleierungszwecke des Angeklagten erstellt hatte.

[40] 3. Das LG hat darüber hinaus die Zumessung der Strafhöhe unzulässig mit Erwägungen zur Strafaussetzung zur Bewährung vermengt. ...

[44] Das LG hat eine zur Bewährung aussetzungsfähige Gesamtstrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe gerade deshalb verhängt, weil „eine höhere als die erkannte Gesamtfreiheitsstrafe bei positiver Aussetzungsprognose nicht mehr zur Bewährung hätte ausgesetzt werden können“.

[45] Das LG hat damit Gesichtspunkte im Sinne der Findung einer schuldangemessenen Strafe mit solchen der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 1 und Abs. 2 StGB) unzulässig vermengt Es ist dabei auch zu besorgen, dass das LG nicht nur die Bemessung der Gesamtstrafe, sondern auch bereits der Einzelstrafen so vorgenommen hat, dass die Vollstreckung noch zur Bewährung ausgesetzt werden konnte. Bei der für die zweite Tat verhängten Einzelstrafe wird dies schon daraus deutlich, dass das LG für diese Wiederholungstat, eine Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall, für die ein Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren eröffnet war (§ 370 Abs. 3 Satz 1 AO), lediglich eine Freiheitsstrafe von zehn Monaten verhängt hat, obwohl es selbst die bei dieser Tat mittels der Verzichtserklärung begangene Vertuschung strafschärfend berücksichtigt hat.

[46] 4. Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall die Aussetzung der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe zur Bewährung schon deshalb nicht mehr in Betracht gekommen wäre, weil die Verteidigung der Rechtsordnung deren Vollstreckung geboten hätte (vgl. § 56 Abs. 3 StGB). Der Senat sieht jedoch Anlass, nochmals darauf hinzuweisen, dass es bei Steuerhinterziehungen beträchtlichen Umfangs von Gewicht ist, die Rechtstreue der Bevölkerung auch auf dem Gebiet des Steuerrechts zu erhalten. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe kann

sich daher zur Verteidigung der Rechtsordnung als notwendig erweisen, wenn die Tat Ausdruck einer verbreiteten Einstellung ist, die eine durch einen erheblichen Unrechtsgehalt gekennzeichnete Norm nicht ernst nimmt und von vornherein auf die Strafaussetzung vertraut (BGH, Urt. v. 30.4.2009 – 1 StR 342/08, BGHSt 53, 311 [320] m.w.N.). ...

Volltext unter www.zwh-online.de

Strafzumessung bei Steuerhinterziehung in beträchtlichem Umfang

AO § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1

1. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 € übersteigt. Die Betragsgrenze von 50.000 € kommt namentlich dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerichtfertige Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat.

2. Bei einer Gefährdung des Steueranspruchs liegt die Wertgrenze zum „großen Ausmaß“ bei 100.000 €. Eine solche Gefährdung des Steueranspruchs liegt vor, wenn steuerpflichtige Einkünfte oder Umsätze nicht erklärt werden. ●

BGH, Urt. v. 15.12.2011 – 1 StR 579/11 (LG Essen)

Aus den Gründen:

... 2. Die Sachrüge hat aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Dies gilt auch für die Strafzumessung.

Der Erörterung bedarf allerdings die Annahme des LG, es sehe die Grenze für die Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ gem. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO „entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BGH bei 100.000 €“. Dies lässt besorgen, das LG sei der Auffassung, die Schwelle zur Hinterziehung „in großem Ausmaß“ sei stets erst bei einer Verkürzung von 100.000 € überschritten. Dies ist indes nicht zutreffend.

Im Fall 1 der Urteilsgründe stellt das LG zudem darauf ab, dass das aufgrund der unrichtigen Angaben des Angeklagten in der Umsatzsteuerjahreserklärung 2009 errechnete Umsatzsteuerguthaben nur teilweise ausgezahlt, überwiegend aber mit anderen „Steuerschulden der Ka. GmbH, insbesondere Lohnsteuer, verrechnet“ wurde. Das LG war offenbar der – unzutreffenden – Auffassung, es mache für die Frage, ob eine Hinterziehung „in großem Ausmaß“ vorliege, einen Unterschied, ob ein durch die Tat erlangtes (scheinbares) Steuerguthaben ausgezahlt oder aber mit anderweitigen Steuerschulden verrechnet werde.

Bei der Bestimmung des gesetzlichen Merkmals „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2

Steuerstrafrecht

Nr. 1 AO für einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung gilt Folgendes:

a) ... Das Merkmal „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO bestimmt sich nach objektiven Maßstäben. Es liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Hinterziehungsetrag 50.000 € übersteigt. Die Betragsgrenze von 50.000 € kommt namentlich dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte oder durch Einschaltung von sog. Serviceunternehmen („Griff in die Kasse“). Ist diese Wertgrenze überschritten, dann ist das Merkmal erfüllt (BGHSt 53, 71 [85]; vgl. auch BGH v. 5.5.2011 – 1 StR 116/11, ZWH 2012, 69 m. Anm. Spatscheck/Beckschäfer = NSTZ 2011, 643 [644]; BGH v. 12.7.2011 – StR 81/11, wistra 2011, 396).

b) Beschränkt sich das Verhalten des Täters indes darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, liegt die Wertgrenze zum „großen Ausmaß“ demgegenüber bei 100.000 € (BGHSt 53, 71 [85]). Dasselbe gilt auch dann, wenn der Steuerpflichtige zwar eine Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) begeht, indem er eine unvollständige Steuererklärung abgibt, er dabei aber lediglich steuerpflichtige Einkünfte oder Umsätze verschweigt (vgl. BGH v. 12.7.2011 – 1 StR 81/11, wistra 2011, 396) und allein dadurch eine Gefährdung des Steueranspruchs herbeiführt.

c) Anders ist die Sachlage, wenn der Täter steuermindernde Umstände vortäuscht, indem er etwa tatsächlich nicht vorhandene Betriebsausgaben vortäuscht oder nicht bestehende Vorsteuerbeträge geltend macht. Denn in einem solchen Fall beschränkt sich das Verhalten des Täters nicht darauf, den bestehenden Steueranspruch durch bloßes Verschweigen von Einkünften oder Umsätzen zu gefährden. Vielmehr unternimmt er einen „Griff in die Kasse“ des Staates, weil die Tat zu einer Erstattung eines (tatsächlich nicht bestehenden) Steuerguthabens oder zum (scheinbaren) Erlöschen einer bestehenden Steuerforderung führen soll. Es bleibt dann deshalb für das gesetzliche Merkmal „in großem Ausmaß“ bei der Wertgrenze von 50.000 €.

d) Trifft beides zusammen, das Verheimlichen von Einkünften bzw. Umsätzen einerseits und die Vortäuschung von Abzugsposten andererseits ist das Merkmal „in großem Ausmaß“ i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO jedenfalls dann erfüllt, wenn der Täter vom Finanzamt ungerechtfertigte Zahlungen i.H.v. mindestens 50.000 € erlangt hat (vgl. BGH NSTZ 2011, 643 [644] Rz. 13). Dasselbe gilt aber auch, wenn ein aufgrund falscher Angaben scheinbar in dieser Höhe (50.000 €) bestehender Auszahlungsanspruch ganz oder teilweise mit anderweitigen Steuerverbindlichkeiten verrechnet worden ist. Die Verrechnung steht dann nämlich insoweit einer Auszahlung gleich. Hat dagegen die Vortäuschung von steuermindernden Umständen für sich allein noch nicht zu einer Steuerverkürzung von mindestens 50.000 € geführt, verbleibt es

für die Tat insgesamt beim Schwellenwert von 100.000 € (vgl. BGH v. 5.5.2011 – 1 StR 116/11, ZWH 2012, 69 m. Anm. Spatscheck/Beckschäfer = NSTZ 2011, 643 [644]).

e) Ob die Schwelle des „großen Ausmaßes“ überschritten ist, ist für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen. Dabei genügt derjenige Erfolg, der für die Vollendung der Steuerhinterziehung ausreicht. Bei mehrfacher tateinheitlicher Verwirklichung des Tatbestandes der Steuerhinterziehung ist – nichts anderes gilt für § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO – das „Ausmaß“ des jeweiligen Taterfolges zu addieren, da in solchen Fällen eine einheitliche Handlung i.S.d. § 52 StGB vorliegt (BGHSt 53, 71 [85]).

f) Eine nachträgliche „Schadenswiedergutmachung“ hat für die Frage, ob eine Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ vorliegt oder nicht, keine Bedeutung. Die Höhe des auf Dauer beim Fiskus verbleibenden „Steuerschadens“ ist ein Umstand, der erst bei der Prüfung, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels im Einzelfall widerlegt ist, und im Übrigen als bloße Zumessungserwägung in die Strafzumessung einbezogen werden kann (vgl. im Übrigen zur Schadensverringerung mit Geldmitteln unklarer Herkunft BGH v. 5.5.2011 – 1 StR 116/11, ZWH 2012, 69 m. Anm. Spatscheck/Beckschäfer = NSTZ 2011, 643 [645] Rz. 17, und einer solchen aufgrund von Pfändungen BGH v. 11.10.2010 – 1 StR 359/10, insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2011, 170).

Zutreffend hat das LG daher den Umstand, dass „der Steuerschaden aufgrund der Beschlagnahme erheblicher Vermögenswerte der Ka. GmbH nachträglich vollständig kompensiert“ wurde, bei der Frage, ob das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO erfüllt ist, außer Betracht gelassen, in die Gesamtwürdigung, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels widerlegt sein könnte, aber einbezogen.

Volltext unter www.zwh-online.de

Anmerkung:

Beide Entscheidungen liegen auf den ersten Blick auf der Linie der vom 1. Senat mit dem Urteil vom 2.12.2008 eingeschlagenen Linie der strengeren Bestrafung der Steuerhinterziehung durch betragsmäßige Vorgaben (BGHSt 53, 71). Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass der Senat zum Teil über die Anwendung seiner eigenen Vorgaben hinausgeht.

Bislang sind die betragsmäßigen Vorgaben des BGH zur Strafzumessung überwiegend in der Weise aufgefasst worden, dass diese für die Strafzumessung bei einer materiell-rechtlichen Tat gelten. Eine Zusammenrechnung von Hinterziehungsbeträgen sollte nur bei Tateinheit möglich sein (*Schauf* in Kohlmann, Steuerstrafrecht, § 370 AO Rz. 1029.3; *Schmitz/Wulf*, MünchKomm/StGB, § 370 AO Rz. 457). Der BGH behandelt in der Entscheidung aus Februar 2012 jedoch auch die tateinheitliche Hinterziehung von rund 890.000 € und 240.000 € als eine „Steuerhinterziehung in Millionenhöhe“, bei der eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur

Steuerstrafrecht

bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe in Betracht kommt. Die Vorgaben des BGH zur „Steuerhinterziehung in Millionenhöhe“ sind damit als Anleitung des Tatrichters bei der Bildung der Gesamtstrafe i.S.d. § 54 Abs. 1 Satz 2 u. 3 StGB zu verstehen (in diese Richtung bereits *Spatscheck/Engler*, SAM 2009, 122 [125]). Dies bedeutet allerdings nicht, dass nunmehr sämtliche Hinterziehungsbeträge bei der Strafzumessung zusammenzufassen sind. Vielmehr ist zu unterscheiden: Bei der Strafraumwahl und der konkreten Bestimmung von Einzelstrafen findet zur Ermittlung des maßgeblichen Betrages eine Addition tateinheitlich begangener Steuerhinterziehungen statt. Bei der Gesamtstrafenbildung und der Entscheidung über die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ist zusätzlich die „Millionengrenze“ heranzuziehen, die sich auf sämtliche abzuurteilende Taten bezieht.

Hinsichtlich der Addition von tateinheitlich herbeigeführten Steuerverkürzungen bestätigt der BGH in der Entscheidung von Dezember 2011 seine bisherige Auffassung. Dabei besteht an dieser Stelle durchaus Diskussionsbedarf. In der Literatur ist die Addition von tateinheitlich herbeigeführten Steuerverkürzungen durchaus kritisch aufgenommen worden. Es wird u.a. vorgebracht, dass der Unterlassungstäter mit dieser Rechtsprechung ungerechtfertigt besser gestellt wird, da dessen Hinterziehungstaten stets in Tatmehrheit zueinander stehen und eine Addition daher unterbleibt. Zudem ergäben sich aus den Zufälligkeiten der steuerstrafrechtlichen Konkurrenzlehre Ungereimtheiten (*Joecks* in Franzen/Gast/Joecks, *Steuerstrafrecht*, 7. Aufl. 2009, § 370 AO Rz. 271d; *Rolletschke* in Graf/Jäger/Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, § 370 AO Rz. 585 f.). Die Neuregelung der Selbstanzeige durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz vom 28.4.2011 hätte Anlass gegeben, diese Rechtsprechung zu überdenken. Der Gesetzgeber hat sich bei der Regelung des neu geschaffenen § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO an der vom BGH aufgestellten Grenze von € 50.000 für das Regelbeispiel der Steuerverkürzung im großen Ausmaß orientiert. Der Betrag von 50.000 € bezieht sich dabei ausweislich der Gesetzesbegründung auf die einzelne hinterzogene Steuer. Jede Steuerart und jeder Veranlagungszeitraum sind getrennt zu betrachten (BT-Drucks. 17/5067 [neu], S. 21). Eine Addition verschiedener Verkürzungsbeträge scheidet demnach aus. Die Regelung des § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO knüpft implizit an das Vorliegen des Regelbeispiels der Steuerverkürzung im großem Ausmaß an. Eine Verwendung unterschiedlicher Berechnungsmethoden in § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO und § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO ist daher wenig stimmig. Die systematische Auslegung spricht daher dafür, auch bei der Auslegung des Regelbeispiels erst dann von einer Steuerverkürzung im großem Ausmaß auszugehen, wenn die maßgebliche Betragsgrenze bei einer einzelnen Steuerart in einem Veranlagungszeitraum überschritten ist.

Bezüglich des Regelbeispiels der Steuerverkürzung im großem Ausmaß wiederholt der BGH in der Entscheidung von Dezember 2011 die von ihm entwickelten Be-

tragsgrenzen (vgl. bereits BGH v. 5.5.2011 – 1 StR 168/11; BGH v. 12.7.2011 – 1 StR 81/11). Bei einem „Griff in die Kasse“ sei der Betrag von 50.000,- € als großes Ausmaß zu bewerten, ansonsten ist der Betrag von 100.000 € maßgeblich. Die Grenze von 100.000 € gelte insbesondere beim Verschweigen von Umsätzen oder Einkünften in Steuererklärungen, da es dabei nur zu einer Gefährdung des Steueranspruchs komme. Der BGH stellt klar, dass der Unterscheidung der Tathandlungen Tun oder Unterlassen für die Heranziehung der unterschiedlichen Beträge keine Bedeutung zukommt. Neu ist, dass der BGH bei den Betragsgrenzen das Vortäuschen von Werbungskosten und Betriebsausgaben mit dem Vortäuschen von unberechtigten Vorsteueransprüchen gleichsetzt. In beiden Fällen sei die Grenze von 50.000 € heranzuziehen. Beim Vortäuschen von Abzugsposten handle es sich ebenfalls um einen „Griff in die Kasse“, da es zu einem „scheinbaren Erlöschen des Steueranspruchs“ kommt. Diese Argumentation überzeugt nicht. Steueransprüche entstehen mit Tatbestandsverwirklichung qua Gesetz, § 38 AO. Vor der Abgabe einer Steuererklärung hat der Fiskus weder Kenntnis von den Einnahmen noch von den Abzugsposten. Das Vortäuschen von Abzugsposten in einer Erklärung führt ebenso wie das Verschweigen von Einkünften dazu, dass der Steueranspruch nicht in zutreffender Höhe festgesetzt wird. Beide Verhaltensweisen führen zum selben Gefährdungserfolg. In beiden Fällen müsste der BGH daher die Betragsgrenze von 100.000 € heranziehen.

Hinsichtlich der Bewertung einzelner Strafzumessungsumstände geht der BGH in der Entscheidung aus Februar 2012 über die von ihm selbst gemachten Vorgaben aus der Grundsatzentscheidung BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71 hinaus. Bei der Versteuerung der Provisionszahlung ist es nicht als strafmildernd berücksichtigt worden, dass nicht durch ein vollständiges Entziehen der Einkünfte der Besteuerung ein noch höherer Verkürzungsbetrag herbeigeführt wurde. Diese Bewertung liegt auf den ersten Blick auf der Linie der ständigen Rechtsprechung, dass das Ausbleiben eines strafschärfenden Umstandes keine Strafmilderung trägt. Tatsächlich handelt es sich bei der vom Täter gewählten Vorgehensweise nicht nur um das Vermeiden einer größeren Steuerverkürzung, sondern um ein teilweise steuerrechliches Verhalten. Das Verhältnis der verkürzten zu den tatsächlich gezahlten Steuern ist bei der Strafzumessung ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71 [86]). Es hätte daher nahe gelegen, das Verhalten des Täters auch unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen.

Die Überlegungen des BGH zur strafschärfenden Berücksichtigung des Hineinziehens weiterer Personen überzeugen nicht. Zwar ist die Verstrickung anderer Personen in die Tat grundsätzlich ein Strafschärfungsgrund. Das Hineinziehen der Familienangehörigen hat bezüglich der Lohnsteuerhinterziehung jedoch dazu geführt, dass die erhaltenen Beträge – wie vom Angeklagten beabsichtigt – als Schenkungen erklärt wurden. Ein solches Vorgehen ist für das staatliche Steueraufkommen

Steuerstrafrecht

eine Risikoverringering. Ein solches „Hineinziehen“ der Angehörigen strafscharfend zu berücksichtigen, ist daher wertungsmäßig nicht konsistent. Hinsichtlich des Hineinziehens des Steuerberaters gilt, dass dessen Beihilfe dem Mandanten sowohl tatsächlich als auch psychisch die Tatbegehung erleichtert hat. Der strafscharfenden Bewertung dieses Vorgehens steht daher entgegen, dass der „bei der Tatbegehung aufgewendete Wille“ i.S.d. § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB geringer ist. Mit dieser gegenläufigen Bewertungsmöglichkeit hat der BGH sich nicht auseinandergesetzt.

Interessant sind die Ausführungen des BGH zu den Milderungsgründen, insbesondere der Schadenswiedergutmachung. Der BGH hält die Nachzahlung der hinterzogenen Steuern zwar für einen Strafmilderungsgrund, dem jedoch nicht das besondere Gewicht zukomme, trotz einer Steuerhinterziehung „in Millionenhöhe“ noch eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe verhängen zu können. Ob ein strafmildernder Umstand nur einfaches oder besonderes Gewicht hat, muss sich an gesetzgeberischen Wertungen orientieren. Der Gesetzgeber bewertet die Schadenswiedergutmachung als so bedeutsam, dass dieser Umstand das Absehen von Strafe ermöglicht, vgl. § 46a StGB. Die unmittelbare Anwendung des § 46a Nr. 1 StGB im Steuerstrafrecht wird von der Rechtsprechung zwar abgelehnt und § 46a Nr. 2 StGB nur in besonderen Ausnahmefällen für anwendbar gehalten (vgl. BGH v. 25.10.2000 – 5 StR 399/00, NStZ 2001, 200; BGH v. 20.1.2010 – 1 StR 634/09, NStZ-RR 2010, 147). Gleichwohl zeigt die Regelung, dass der Wiedergutmachung ein besonderes Gewicht zukommt. Die bestätigt auch die Vorschrift des § 56 Abs. 2 Satz 2 StGB. Dass der BGH sich über diese Wertung hinwegsetzt und der Wiedergutmachung in Form der Steuernachzahlung ein besonderes Gewicht abspricht, überzeugt daher nicht.

RA Dr. Sebastian Beckschäfer, VBB Rechtsanwälte, Düsseldorf/Essen

Vorsatz zur Steuerhinterziehung und Fehlvorstellungen über den Steueranspruch

AO § 370; StGB § 16

Nimmt der Täter irrtümlich an, dass ein Steueranspruch nicht entstanden ist, liegt ein Tatumstandsirrtum vor, den Vorsatz ausschließt (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB).

Informiert sich ein Kaufmann über die in seinem Gewerbe bestehenden steuerlichen Pflichten nicht, kann dies auf seine Gleichgültigkeit hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflichten hindeuten.

Dasselbe gilt, wenn es ein Steuerpflichtiger unterlässt, in Zweifelsfällen Rechtsrat einzuholen. ●

BGH, Beschl. v. 8.9.2011 – 1 StR 38/11 (LG Koblenz)

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des LG lieferte der Angeklagte in den Jahren 2002 bis 2005 als alleinverantwortlich Handelnder mehrerer Gesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten der EU als Deutschland ihren Sitz hatten und lediglich in Luxemburg, Frankreich und Belgien Lagermöglichkeiten unterhielten, Pflanzenschutzmittel an deutsche Landwirte und *Winzer*. Die Empfänger wurden als Betreiber landwirtschaftlicher Betriebe umsatzsteuerlich nach § 24 UStG besteuert. Das LG ist der Ansicht, die Lieferungen hätten der deutschen Umsatzbesteuerung unterliegen, weil es sich um Versandgeschäfte gehandelt habe und deshalb der Ort der Lieferung gem. § 3c UStG jeweils in Deutschland gelegen habe. Der Angeklagte sei deshalb verpflichtet gewesen, für die von ihm geleiteten Firmen in der Bundesrepublik Deutschland Umsatzsteuererklärungen abzugeben, was er pflichtwidrig unterlassen habe. Das LG hat sich die Überzeugung gebildet, dass der Angeklagte bis zu einer Befragung durch die luxemburgische Steuerfahndung im Oktober oder November 2005 davon ausgegangen ist, die von ihm getätigten Geschäfte unterlägen nicht der Umsatzsteuer. Es hat den Angeklagten daher – nach einer Teileinstellung des Verfahrens gem. § 154 Abs. 2 StPO hinsichtlich zweier Fälle – nur wegen dreier im Jahr 2006 begangener Taten der pflichtwidrigen Nichtabgabe von Umsatzsteuerjahreserklärungen für das Jahr 2005 wegen Steuerhinterziehung verurteilt. Vom Vorwurf der Steuerhinterziehung in weiteren zwölf Fällen hat das LG den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, es konnte sich insoweit von einem Hinterziehungsvorsatz des Angeklagten nicht überzeugen. Dem Angeklagten sei für die Zeit vor dem Erscheinen der luxemburgischen Steuerfahnder bei ihm im Jahr 2005 nicht nachzuweisen gewesen, gewusst zu haben, dass bei dem von ihm gewählten Geschäftsmodell eine Steuerpflicht nach deutschem Umsatzsteuerrecht eintritt. Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit kenne § 370 AO nicht.

Der BGH hat das Urteil, soweit der Angeklagte freigesprochen worden war, aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

[6] ... II. Der Teilfreispruch wegen Annahme eines Tatumstandsirrtums hält revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand. ...

[7] a) Die Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. ...

[16] b) Der Teilfreispruch kann auch deshalb keinen Bestand haben, weil das LG nicht geprüft hat, ob das Verhalten des Angeklagten nicht zumindest den Bußgeldtatbestand der leichtfertigen Steuerverkürzung (§ 378 AO) verwirklicht hat. § 378 AO wirkt in solchen Fällen wie ein Auffangtatbestand

[17] Leichtfertig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kennt-

Steuerstrafrecht

nissen verpflichtet und imstande ist, obwohl sich ihm aufdrängen musste, dass dadurch eine Steuerverkürzung eintreten wird (BGH v. 16.12.2009 – 1 StR 491/09, Rz. 40, HFR 2010, 866).

[18] Jeder Steuerpflichtige muss sich über diejenigen steuerlichen Pflichten unterrichten, die ihn im Rahmen seines Lebenskreises treffen. Dies gilt in besonderem Maße in Bezug auf solche steuerrechtlichen Pflichten, die aus der Ausübung eines Gewerbes oder einer freiberuflichen Tätigkeit erwachsen. Bei einem Kaufmann sind deshalb jedenfalls bei Rechtsgeschäften, die zu seiner kaufmännischen Tätigkeit gehören, höhere Anforderungen an die Erkundigungspflichten zu stellen als bei anderen Steuerpflichtigen (vgl. BFH v. 19.2.2009 – II R 49/07 m.w.N., BFHE 225, 1). In Zweifelsfällen hat er von sachkundiger Seite Rat einzuholen (vgl. dazu auch Joecks in Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl., § 378 AO Rz. 39 m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn er die erkannte Steuerpflichtigkeit eines Geschäfts durch eine modifizierte Gestaltung des Geschäfts zu vermeiden sucht ... Zudem ist es Steuerpflichtigen regelmäßig möglich und zumutbar, offene Rechtsfragen nach Aufdeckung des vollständigen und wahren Sachverhalts im Besteuerungsverfahren zu klären ...

[19] Im vorliegenden Fall war deshalb in den Blick zu nehmen, dass der Angeklagte für sechs Unternehmen als alleinverantwortlich Handelnder tätig war, die jeweils in großem Umfang grenzüberschreitenden Handel mit Pflanzenschutzmitteln an Landwirte und Winzer durchführten. Er hatte erkannt, dass die Durchführung der von ihm geplanten Lieferungen als „Versandgeschäfte“ zu einer Steuerpflicht in Deutschland führen würde und wählte deswegen eine Geschäftsabwicklung, die nach seiner Wertung als „Abholgeschäfte“ im Empfängerstaat Deutschland nicht steuerbar waren. Ob er hierbei Rechtsrat eingeholt hatte, hat das LG nicht festgestellt.

[20] III. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat im Hinblick auf die subjektive Tatseite auf Folgendes hin:

[21] 1. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gehört zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will ... Für eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bedarf es dabei keiner Absicht oder eines direkten Hinterziehungsvorsatzes; es genügt, dass der Täter die Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestands für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (Eventualvorsatz). Der Hinterziehungsvorsatz setzt deshalb weder dem Grunde noch der Höhe nach eine sichere Kenntnis des Steueranspruchs voraus (vgl. BGH v. 16.12.2009 – 1 StR 491/09 Rz. 37, HFR 2010, 866; zu strenge Anforderungen OLG München v. 15.2.2011 – 4 St RR 167/10 mit Anm. Roth, StRR 2011, 235).

[22] 2. Hat der Steuerpflichtige irrtümlich angenommen, dass ein Steueranspruch nicht entstanden ist, liegt nach dieser Rechtsprechung ein Tatumstandsirrtum vor, der den Vorsatz ausschließt (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB).

[23] 3. Ob dies auch dann gilt, wenn der Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs allein auf einer Fehlvorstellung über die Reichweite steuerlicher Normen – hier etwa des § 3c UStG über den Ort der Lieferung in besonderen Fällen – beruht, oder ob dann vielmehr ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) gegeben ist, wird in der neueren Literatur teilweise in Frage gestellt ...

[24] 4. Der Senat braucht diese Frage hier nicht zu entscheiden, denn sie stellt sich erst dann, wenn ein erheblicher Irrtum über das Bestehen eines Steueranspruchs festgestellt ist. Ein solcher Irrtum liegt aber dann nicht vor, wenn der Erklärungspflichtige hinsichtlich der Verkürzung eines Steueranspruchs mit Eventualvorsatz handelt. Bei der Klärung der Frage, ob ein solcher Irrtum bestanden hat, ist Folgendes zu beachten:

[25] a) Die bloße Berufung eines Angeklagten auf einen derartigen Irrtum nötigt das Tatgericht nicht, einen solchen Irrtum als gegeben anzunehmen. Es bedarf vielmehr einer Gesamtwürdigung aller Umstände, die für das Vorstellungsbild des Angeklagten von Bedeutung waren. Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Umstände oder Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen – außer der bloßen Behauptung des Angeklagten – keine Anhaltspunkte bestehen (vgl. BGH v. 18.8.2009 – 1 StR 107/09, NStZ-RR 2010, 85).

[26] b) Ein Tatumstandsirrtum scheidet bei Steuerhinterziehung durch Unterlassen im Übrigen dann aus, wenn der Täter es für möglich hält, dass er die Finanzbehörde über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dass durch sein Verhalten Steuern verkürzt werden oder dass er oder ein anderer nicht gerechtfertigte Vorteile erlangt. Weitergehende Einschränkungen der Annahme eines Eventualvorsatzes ergeben sich auch nicht aus der voluntativen Seite des Vorsatzes. Ob der Täter will, dass ein Steueranspruch besteht, ist für den Hinterziehungsvorsatz bedeutungslos. Es kommt insoweit allein auf die Vorstellung des Täters an, ob ein solcher Steueranspruch besteht oder nicht. Hält er die Existenz eines Steueranspruchs für möglich und lässt er die Finanzbehörden über die Besteuerungsgrundlagen gleichwohl in Unkenntnis, findet er sich also mit der Möglichkeit der Steuerverkürzung ab, handelt er mit bedingtem Tatvorsatz.

[27] Ob ein Angeklagter das Bestehen eines Steueranspruchs für möglich gehalten hat, muss vom Tatgericht im Rahmen der Beweiswürdigung geklärt werden. Dabei hat das Gericht bei Kaufleuten deren Umgang mit den in ihrem Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten in die Würdigung einzubeziehen. Informiert sich ein Kaufmann über die in seinem Gewerbe bestehenden steuerrechtlichen Pflichten nicht, kann dies auf seine Gleichgültigkeit hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflichten hindeuten. Dasselbe gilt, wenn es ein Steuerpflichtiger unterlässt, in Zweifelsfällen Rechtsrat einzuholen. Auch in Fällen, in denen ein nicht steuerlich sachkundiger Steuerpflichtiger eine von ihm für möglich gehaltene Steuerpflicht dadurch vermeiden will, dass er von der üblichen Geschäftsabwicklung abweichende Vertragskonstruktionen

Steuerstrafrecht

nen oder Geschäftsabläufe wählt, kann es für die Inkaufnahme einer Steuerverkürzung sprechen, wenn er keinen zuverlässigen Rechtsrat einholt, sondern allein von seinem laienhaften Rechtsverständnis ausgeht. Dies gilt nicht nur bei rechtlich schwierigen oder ungewöhnlichen Inlandsgeschäften, sondern gerade auch bei grenzüberschreitenden Lieferungen oder Leistungen.

[28] 5. Im vorliegenden Fall wird es daher für die Frage des Tatvorsatzes darauf ankommen, ob der Angeklagte eine Steuerentstehung in Deutschland für möglich erachtet hat. Im Hinblick darauf, dass er – jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen – gerade zur Vermeidung einer Besteuerung in Deutschland zugunsten der Anwendung niedrigerer ausländischer Steuersätze die bei Versandgeschäften übliche Geschäftsabwicklung verändert hat, wird dabei der Frage, ob er sachkundigen Rechtsrat eingeholt hat, besondere Bedeutung zukommen. Dasselbe gilt, wenn das neue Tatgericht wieder zu entsprechenden Feststellungen gelangen sollte, für den Umstand, dass der Angeklagte die luxemburgischen Steuerfahndungsbeamten gebeten hat, die deutschen Finanzbehörden nicht zu informieren.

6. Sollte das neue Tatgericht aufgrund seiner Beweisaufnahme und Beweiswürdigung bezogen auf die Fälligkeitzeitpunkte für die Abgabe von Umsatzsteuererklärungen wieder zur Annahme eines vorsatzausschließenden Tatumsstandsirrtums des Angeklagten gelangen, wird es die Prüfung einer Unterlassenstrafbarkeit auch darauf zu erstrecken haben, ob der Irrtum noch vor Wegfall der Erklärungspflicht, insbesondere vor Eintritt der steuerlichen Festsetzungsverjährung wieder entfallen ist. Bedeutung könnte insoweit dem Umstand zukommen, dass der Angeklagte – jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen – von der luxemburgischen Steuerfahndung auf die Bedenken gegen seine steuerliche Behandlung der Lieferungen nach Deutschland hingewiesen wurde. ...

Volltext unter www.zwh-online.de

Anmerkung:

Der Beschluss lenkt den Blick auf die in Rechtsprechung (vgl. FG München v. 20.4.2011 – 13 V 446/11) und Literatur (vgl. *Ransiek/Hüls*, NStZ 2011, 678 ff.) zuletzt vermehrt thematisierte innere Tatseite der Steuerhinterziehung. Dabei ist seine Reichweite nicht auf die Behandlung von – regelmäßig erhöht risikobehafteten – umsatzsteuerlichen Sachverhalten beschränkt. Vielmehr veranschaulicht er die allgemeinen Voraussetzungen des Eventualvorsatzes bei § 370 Abs. 1 AO und deren Anwendung durch die Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf das Wissenselement. Wie im Folgenden gezeigt, trägt die vorliegende Entscheidung indes teilweise auch neue Unsicherheiten in die Diskussion und ist sie insbesondere auch für Compliance-Verantwortliche im Unternehmen, die für die Einhaltung steuerlicher Pflichten verantwortlich sind, von Bedeutung.

Weil § 370 Abs. 1 AO mit Eventualvorsatz begangen werden kann, genügt es zur Tatbestandsverwirklichung,

wenn der Steuerpflichtige es für möglich hält, dass seine der Finanzbehörde gemachten Angaben falsch sind und es deshalb zu einer unrichtigen Steuerfestsetzung kommt. Allerdings enthält § 370 Abs. 1 AO objektive Merkmale, deren Inhalt sich erst erschließt, wenn man die Vorschriften des materiellen Steuerrechts heranzieht. Dies gilt etwa für die Tatbestandsmerkmale „steuerlich erhebliche Tatsachen“ und „Steuern verkürzt“. Ob Tatsachen steuerlich erheblich sind oder ob ein Steueranspruch des Staates beeinträchtigt wird, setzt eine Vorstellung des Täters von der steuerlichen Rechtslage voraus (kognitives Vorsatzelement). Nach dem BGH erfordert ein Eventualvorsatz zur Steuerhinterziehung, dass der Täter „den angegriffenen Steueranspruch kennt“ und dass er ihn „trotz dieser Kenntnis gegenüber der Steuerbehörde verkürzen“ will. Nimmt er hingegen an, die steuerliche Behandlung sei korrekt, liegt nach zutreffender Ansicht der Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Literatur ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB vor. Soweit der BGH in der vorliegenden Entscheidung betont, dass der Eventualvorsatz bei § 370 AO keine sichere Kenntnis des Täters sondern nur ein Für-Möglich-Halten des Steueranspruchs und seiner Beeinträchtigung voraussetzt, entspricht dies der allgemeinen Vorsatzlehre (vgl. *Ransiek/Hüls*, NStZ 2011, 678 [679]). Gleichwohl muss bei der Steuerhinterziehung zur Tatsachenkenntnis ein gewisses Maß an Rechtskenntnis hinzutreten. Kennt demnach der Steuerpflichtige den zu verkürzenden Steueranspruch nicht, kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Steuerhinterziehung nicht in Betracht. Hält der Steuerpflichtige es für möglich, dass er durch sein Erklärungsverhalten einen Steueranspruch beeinträchtigt, kann Eventualvorsatz gegeben sein, wenn und soweit der Täter diesen Erfolg auch billigt (voluntatives Element). Problematisch ist regelmäßig schon die Feststellung des kognitiven Vorsatzelementes, also der Frage, ob der Täter subjektiv das Bestehen des verletzten Steueranspruchs für möglich gehalten hat. Während die Strafermittlungsbehörden dieses Element in der Praxis zuweilen einfach unterstellen oder Tatsachenkenntnis mit Rechtskenntnis gleichsetzen, sind die Anforderungen für das Gericht im Fall einer Verurteilung höher. Im Strafurteil muss nachvollziehbar ausgeführt und dargelegt werden, auf welche äußeren Umstände das Gericht seine Überzeugung vom inneren Vorstellungsbild des Täters gestützt hat. Hierbei zeigt sich regelmäßig, dass Vorgehensweisen, die den Anschein einer bewussten Verschleierung steuerlicher Sachverhalte erzeugen können, zur Begründung des Eventualvorsatzes herangezogen werden. Im vorliegenden Fall stellte der BGH auf die in der Hauptverhandlung vor dem LG festgestellten falschen Rechnungen sowie auf „abweichende Geschäftsabläufe“ ab. Insoweit fügt sich die vorliegende Entscheidung in die jüngere Rechtsprechung des BGH in Strafsachen insbesondere zur Umsatzsteuerhinterziehung ein. So hat er im Zusammenhang mit innergemeinschaftlichen Lieferungen kürzlich z.B. Verschleierungen innerhalb der Lieferkette im Buch- und Belegwesen als Anhaltspunkt für den Vorsatz gewertet (BGH v.

Zivilrecht

20.10.2011 – 1 StR 41/09). Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass eine Verschleierung nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch „Züge ... einer Mehrwersteuerhinterziehung“ haben muss, um steuerlich nachteilige Rechtsfolgen zu tragen (vgl. EuGH v. 7.12.2010 – Rs. C-285/09). Dieses Bemühen um Restriktion muss erst Recht für die strafrechtliche Bewertung gelten.

Nicht allein „abweichende Geschäftsabläufe“ begründen das Risiko strafrechtlicher Vorwürfe. Vielmehr soll nach dem BGH bei Kaufleuten auch der Umgang mit Erkundigungspflichten für den Eventualvorsatz relevant sein. Informiert sich ein Kaufmann nicht über die in seinem Gewerbe bestehenden steuerrechtlichen Pflichten, soll dies auf seine Gleichgültigkeit hinsichtlich der Erfüllung dieser Pflichten hindeuten können. Der BGH weist sodann darauf hin, dass der Steuerpflichtige „in Zweifelsfällen“ zuverlässigen Rechtsrat einholen muss. Das Erfordernis nach Information und ggf. externer Beratung durch einen Spezialisten ist zwar etwa aus Handlungsempfehlungen für Compliance-Beauftragte nicht unbekannt (vgl. z.B. *Dann/Mengel*, NJW 2010, 3265 [3268]), birgt aber erhebliche Unsicherheiten. Denn unter welchen Voraussetzungen ein zur Einholung von Rechtsrat verpflichtender Zweifelsfall vorliegt, ist bisher nicht geklärt; rechtliche Zweifelsfälle dürften zudem gerade im Steuerrecht keine Ausnahme sein. Ebenso wenig ist geklärt, auf welche Weise der Kaufmann dokumentieren kann, dass er sich über die ihn betreffenden steuerrechtlichen Pflichten informiert hat oder unter welchen Voraussetzungen ein dem Kaufmann ggf. erteilter Rechtsrat „zuverlässig“ ist. Die Abgrenzung des Eventualvorsatzes zur straflosen Fahrlässigkeit und zur ordnungswidrigen Leichtfertigkeit (§ 378 AO) bleibt also weiterhin fließend, wobei sich diese Rechtsunsicherheit in der Praxis als Nachteil für den Steuerpflichtigen erweisen wird. Denn während man im Zweifel zugunsten des Steuerpflichtigen davon ausgehen muss, dass er jedenfalls dann nicht vorsätzlich handelt, wenn er auf den Rat eines Steuerberaters vertraut, erheben Strafverfolgungsbehörden den Vorwurf des bedingten Vorsatzes alleine schon deshalb gerne, um den Anwendungsbereich der verlängerten Festsetzungsfrist von § 169 Abs. 2 AO zu eröffnen.

RA Dr. Markus Adick, Flick Gocke Schaumburg, Bonn

ZIVILRECHT

Pflicht jedes Aufsichtsratsmitglieds zu eigener Risikoanalyse bei risikohaften, strategisch bedeutsamen Geschäften (Piëch)

AktG §§ 111, 116, 120, 246, 248

1. Bei Geschäften, die wegen ihres Umfangs, der mit ihnen verbundenen Risiken oder ihrer strategischen Funktion für die Gesellschaft für die Gesellschaft besonders bedeutsam sind, muss jedes Aufsichtsratsmitglied den relevanten Sachverhalt erfassen und sich ein

eigenes Urteil bilden; dies umfasst regelmäßig auch eine eigene Risikoanalyse.

2. Mitglieder des Aufsichtsrats, die durch öffentliche „pointierte Meinungsäußerungen“ im Rahmen eines unternehmensinternen Konflikts die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gefährden, verletzen grundsätzlich ihre Treuepflicht dieser gegenüber.

3. Lässt sich ein Sachverhalt zwar unterschiedlich interpretieren, ergibt sich aber in jedem Fall eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Entlasteten, fehlt es nicht an der für die Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses nötigen Eindeutigkeit einer Pflichtverletzung des Entlasteten.

4. Zwar setzt die Anfechtbarkeit eines Entlastungsbeschlusses voraus, dass die eindeutige und schwerwiegende Pflichtverletzung des Entlasteten dem objektiven Durchschnittsaktionär in der über die Entlastung beschließenden Hauptversammlung erkennbar war. Sind die tatsächlichen Umstände, aus denen die Pflichtverletzung abzuleiten ist, unstrittig, genügt dazu aber, dass sie den Hauptversammlungsteilnehmern durch den Redebeitrag eines Aktionärs vor Augen geführt werden.

5. Folgt eine die Entlastung hindernde Pflichtverletzung aus bestimmten Äußerungen des Entlasteten, schiebt der Anfechtungskläger jedenfalls dann nicht in unzulässiger Weise Anfechtungsgründe nach, wenn er zwar nach Ablauf der Anfechtungsfrist vorträgt, dass dem objektiven Durchschnittsaktionär diese Äußerungen in der Hauptversammlung vor Augen geführt wurden, aber bereits vor Ablauf der Anfechtungsfrist die Äußerungen und die Interpretationsmöglichkeiten, an die er den Vorwurf der Pflichtverletzung knüpft, vorgetragen hatte.

6. Werden alle Mitglieder des Aufsichtsrats durch einen Beschluss entlastet, obwohl Einzelentlastung beantragt worden war, ist der angefochtene Entlastungsbeschluss regelmäßig insgesamt für nichtig zu erklären, wenn in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds eine die Entlastung hindernde eindeutige und schwerwiegende Pflichtverletzung festzustellen ist.

OLG Stuttgart, Urt. v. 29.1.2012 – 20 U 3/11 (LG Stuttgart)

Volltext unter www-zwh-online.de.

Schadensersatz bei Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis

KWG § 32; GmbHG §§ 43, 64

1. Das Geschäftsmodell des „Stehenlassens der Verkaufserlöse“ bei einer Weinkellerei stellt ein Bankgeschäft dar, für welches der Weinkellerei nach § 32 Abs. 1 Kreditwesengesetz eine erforderliche Erlaubnis benötigt.

2. Gerät die Weinkellerei in Insolvenz und kann die Winzegelder nicht zurückzahlen, haften die Geschäftsführer der Weinkellerei persönlich für die

Zivilrecht

durch unerlaubte Geschäfte entstandenen Schäden der Winzer. ●

OLG Zweibrücken, Urt. v. 12.1.2012 – 4 U 75/11 (LG Landau in der Pfalz)

Sachverhalt:

Der Kläger, Mitglied der Winzergemeinschaft „S. P. e.V.“, nimmt die Beklagten als ehemalige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der zwischenzeitlich insolventen H. L. GmbH & Co. KG (im Weiteren: L. KG oder KG) wegen des Verlustes von ihm in dieses Unternehmen eingezahlten „Winzergeldes“ persönlich auf Schadensersatz in Anspruch. Noch im Jahr 2007 hatten bei der L. KG in der vorbeschriebenen Weise mindestens 50 Erzeuger „Winzergelder“ i.H.v. insgesamt etwa 2,5 Mio. Euro ohne bankübliche Sicherheiten einbezahlt. Die Einlage des Klägers betrug zuletzt 81.447,67 € („Winzergeldbestätigung“ vom 28.11. 2008). Eine Erlaubnis i.S.v. § 32 KWG zum Betreiben von Bankgeschäften besaßen die L. KG bzw. deren Komplementär-GmbH nicht. Sie hatten eine solche auch zu keinem Zeitpunkt beantragt.

Das LG hat der Klage i.H.v. 51.085,75 € entsprochen. Dem Kläger stehe wegen des Verhaltens der Beklagten in der Krise der L. KG ein Anspruch aus § 826 BGB zu. Abgewiesen wurde die Klage i.H.v. 10.000 €, weil auch die zweite Zahlung der Z. KG im Wege der Vorteilsausgleichung auf den Schaden des Klägers anzurechnen sei. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das LG meint, die Beklagten den Kläger i.S.v. § 826 BGB in sittenwidriger Weise vorsätzlich geschädigt haben.

Denn der Kläger hat gegen die gesamtverbindlich haftenden Beklagten wegen des Verlustes seiner bei der L. KG zu Anlagezwecken eingezahlten Gelder jedenfalls einen deliktischen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 32 Abs. 1 Satz 1, 54 Abs. 1 Nr. 2 Alternative 1, Abs. 2 KWG i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. §§ 840 Abs. 1, 421 BGB. ...

Das Geldanlageangebot der KG an „ihre“ Winzer mit einem Umfang noch im Jahr 2007 von rund 2,5 Mio. Euro eingesammelten Kapitals von mindestens 50 Personen ist auch als Bankgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG einzuordnen.

Es liegt bereits ein Einlagengeschäft im Sinne der ersten Alternative dieser Bestimmung vor. Ein Einlagengeschäft ist regelmäßig gegeben, wenn die fremden Gelder in der Absicht entgegengenommen werden, sie für eigene Zwecke zu nutzen (BGH v. 11.7.2006 – VI ZR 340/04 – Rz. 21 m.w.N., veröff. ua. in juris). Das ist bei der L. KG geschehen, weil diese das – von ihr gegenüber den Anlegern selbst als „Einlagen“ bezeichnete – Kapital der Winzer angenommen hat, um damit in ihrem Aktivgeschäft zu wirtschaften.

Jedenfalls aber ist die zweite Alternative des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG in Form des Auffangtatbestandes der

„Annahme anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums“ erfüllt, weil die L. KG von einer Vielzahl von Geldgebern auf der Grundlage typisierter Verträge Kapitalbeträge mit der Verpflichtung zur unbedingten Rückzahlung entgegengenommen hat, die nicht banküblich besichert waren. Solches ist nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten seit den 1970er Jahren massenweise geschehen. Bei dem eingesammelten Kapital handelte es sich jeweils auch um „Gelder des Publikums“. Das wäre nur dann nicht der Fall, wenn es sich bei dem eingelegten „Winzergeld“ um Kapital gehandelt hätte, das innerhalb eines Unternehmensverbundes (§§ 15 bis 19 AktG) geflossen oder von institutionellen Anlegern wie lizenzierten Kreditinstituten, Versicherungen, Kapitalanlagegesellschaften oder Unternehmensbeteiligungsgesellschaften eingezahlt worden wäre (*Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, a.a.O., § 1 Rz. 42; *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, Band I, 4. Aufl., § 69 Rz. 6 c, jeweils m.w.N.).

Die von den Beklagten ins Feld geführte Verflechtung zwischen der L. KG und der (von ihr rechtlich unabhängigen) Winzergemeinschaft „S. P. e.V.“ sowie deren Mitgliedern, mögen die geschäftlichen Beziehungen auch langjährig und eng gewesen sein, ist damit nicht vergleichbar.

Mit seiner Bewertung des hier streitgegenständlichen Anlageangebotes der L. KG als Einlagengeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG sieht sich der Senat in Übereinstimmung mit der allgemeinen rechtlichen Einschätzung seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für die Fallgestaltungen, in denen bei Warengenossenschaften, die im Landhandel tätig sind, Kundenkonten für die Anlage von Geldern geführt werden (vgl. hierzu näher BaFin-Merkblatt v. 4.8.2011, dort unter 1. b) bb), Stichwort: Warengenossenschaften; abrufbar über den Internet-Auftritt der BaFin).

2. War die insolvent gewordene L. KG sonach in Ansehung der angenommenen „Winzergelder“ ein erlaubnisbedürftiges Kreditinstitut, verstießen die Beklagten als Organe ihrer Komplementär-GmbH, indem sie ohne behördliche Erlaubnis Bankgeschäfte führten, gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG; zugleich erfüllten sie den Straftatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 2 Alternative 1, Abs. 2 KWG i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie handelten dabei auch fahrlässig, weil sie sich vor der Entgegennahme von „Winzergeld“ als „Einlagen“ über etwaige Erlaubnisfordernisse hätten unterrichten müssen (BGH v. 11.7.2006 – VI ZR 340/04, Rz. 24; v. 21.4.2005 – III ZR 238/03, Rz. 23, MDR 2005, 1002); diese Informationspflicht traf die Beklagten erst recht seit der weiteren gesetzgeberischen Konkretisierung und Ausdehnung des Begriffs der „Einlagen“ durch die 6. KWG-Novelle im Jahr 1998.

3. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG als Schutzgesetz zugunsten der Kunden von Betreibern von Bankgeschäften anzusehen (vgl. nur BGH v. 11.7.2006 – VI ZR 340/04, Rz. 12 m.w.N.).

4. Der Verstoß der Beklagten gegen das Schutzgesetz war auch ursächlich für den Schaden des Klägers in Gestalt des Verlustes seiner ungesicherten Kapitalanlage in der

Zivilrecht

Insolvenz der KG. Hätten die Beklagten § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG beachtet und von den mangels Erlaubnis verbotenen Bankgeschäften abgesehen, wäre es nicht zur Einlage des „Winzergeldes“ durch den Kläger in die KG gekommen. Hätte der Kläger sein Kapital stattdessen bei einem Kreditinstitut eingezahlt, das über die erforderliche Erlaubnis verfügte, hätte dieses gem. § 11 Abs. 1 KWG jederzeit ausreichende Zahlungsbereitschaft gewährleisten müssen und wäre bezüglich der Einhaltung dieser Bedingungen von der Aufsichtsbehörde überwacht worden.

5. Die Beklagten haften für den von ihnen als Geschäftsführern der Komplementärin der KG begangenen Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG persönlich und solidarisch nach §§ 823 Abs. 2, 840 Abs. 1 BGB (BGH v. 12.3.1996 – VI ZR 90/95, GmbHR 1996, 453 = MDR 1996, 591 = NJW 1996, 1535 [1536]; v. 21.4.2005 – III ZR 238/03, Rz. 25, MDR 2005, 1002; v. 11.7.2006 – VI ZR 340/04, Rz. 26). ...

Volltext unter www.zwh-online.de

Keine Pflicht des Anlageberaters, ohne besondere Anhaltspunkte infolge einer Gesetzesänderung auftretende schwierige und ungeklärte Rechtsfragen zu prüfen

BGB § 675

Zur Pflicht des Anlageberaters, den Anlageinteressenten über für die Kapitalanlage bedeutsame Gesetzesänderungen zu informieren und hierzu Erkundigungen einzuziehen.

BGH, Urt. v. 1.12.2011 – III ZR 56/11
(OLG Dresden; LG Zwickau)

Sachverhalt:

Die Kläger nehmen den Beklagten unter dem Vorwurf fehlerhafter Kapitalanlageberatung auf Schadensersatz in Anspruch. Auf Empfehlung des Beklagten zeichneten die Kläger am 4.11.1997 Beteiligungen als atypisch stille Gesellschafter bei der G. B-AG. Die Einlagen waren durch Einmalzahlungen sowie nachfolgende monatliche Ratenzahlungen zu erbringen. Die Klägerin zu 1 zahlte auf ihre Beteiligung insgesamt 5.615,41 € und der Kläger zu 2 auf die seinige 5.508,03 €. Das jeweilige Guthaben der Anleger sollte in Raten zurückgezahlt werden. Die G. B-AG gehörte zum Konzernverbund der G. Gruppe. Die Kläger verlangen von dem Beklagten die Erstattung ihrer für die Kapitalanlage geleisteten Aufwendungen, den Ersatz entgangenen Gewinns sowie die Freistellung von Rechtsanwaltskosten.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen sowie vor dem BGH ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision der Kläger ist unbegründet. ...

[7] II. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten nicht den Nachweis erbracht, dass der Beklagte die ihm aus dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Anlageberatungsvertrag obliegenden Pflichten verletzt habe, hält der revisionsgerichtlichen Überprüfung stand.

[8] 1. Wie das Berufungsgericht zutreffend zugrunde gelegt hat, reichen die Pflichten des Anlageberaters weiter als die Pflichten des Anlagevermittlers.

[9] Der Anlagevermittler schuldet dem Interessenten eine richtige und vollständige Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für dessen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung sind (st. Rspr.; z.B. BGH v. 12.2.2004 – III ZR 359/02, BGHZ 158, 110 [116]; v. 12.7.2007 – III ZR 145/06, Rz. 8, MDR 2007, 1268 = WM 2007, 1608; v. 5.3.2009 – III ZR 17/08, Rz. 11, MDR 2009, 562 = NZG 2009, 471 [472]; v. 16.6.2011 – III ZR 200/09, Rz. 14, BeckRS 2011, 17987). Der Anlagevermittler muss das Anlagekonzept, bezüglich dessen er Auskunft erteilt, wenigstens auf Plausibilität, insbesondere wirtschaftliche Tragfähigkeit hin überprüfen. Ansonsten kann er keine sachgerechten Auskünfte erteilen ... Vertreibt er die Anlage anhand eines Prospekts, muss er, um seiner Auskunftspflicht nachzukommen, im Rahmen der geschuldeten Plausibilitätsprüfung den Prospekt jedenfalls darauf überprüfen, ob er ein in sich schlüssiges Gesamtbild über das Beteiligungsobjekt gibt und ob die darin enthaltenen Informationen, soweit er das mit zumutbarem Aufwand festzustellen in der Lage ist, sachlich vollständig und richtig sind ...

[10] Demgegenüber ist ein Anlageberater zu mehr als nur zu einer Plausibilitätsprüfung verpflichtet. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich seine Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Entscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Er muss deshalb eine Anlage, die er empfehlen will, mit üblichem kritischem Sachverstand prüfen oder den Anlageinteressenten auf ein diesbezügliches Unterlassen hinweisen. Ein Berater, der sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriert, hat sich dabei aktuelle Informationen über das Objekt, das er empfehlen will, zu verschaffen. Dazu gehört die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse (vgl. z.B., BGH v. 5.3.2009 – III ZR 302/07, Rz. 13 ff., MDR 2009, 564 = WM 2009, 688 [690]; BGH v. 5.11.2009 – III ZR 302/08, Rz. 16, 18, MDR 2010, 148 = WM 2009, 2360 [2362] und BGH v. 16.9.2010 – III ZR 14/10, Rz. 10, MDR 2010, 1319 = NZG 2010, 1272 [1273]).

[11] 2. Diese Maßgaben hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung beachtet. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. ...

[14] c) Letztlich begegnet auch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, über die Auswirkungen der 6. KWG-Novelle, insbesondere die damit verbundenen rechtlichen Risiken für die Kapitalanlage, zu informieren, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Zivilrecht

[15] aa) Nach der Neufassung von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG (Einlagengeschäft) durch das Sechste Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen v. 22.10.1997 (BGBl. I, 2518) mit Wirkung ab dem 1.1.1998 bestand allerdings die nahe liegende Möglichkeit, dass die Aufsichtsbehörde die ratierliche Auszahlung des späteren Auseinandersetzungsguthabens der Anleger als ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft ansehen und gegen die Anlagegesellschaft eine entsprechende Verbotsverfügung erlassen würde. Jedenfalls war die Rechtslage mit Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle insoweit unsicher geworden (s. dazu BGH v. 21.3.2005 – II ZR 149/03, AG 2005, 395 = NZG 2005, 476 [478]). Der II. Zivilsenat des BGH hat die Anlagegesellschaft (Emittentin) daher für verpflichtet gehalten, die Anlageinteressenten darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Gesetzesänderung rechtliche Bedenken gegen die ratierliche Auszahlung der Auseinandersetzungsguthaben bestehen könnten (BGH v. 21.3.2005, aaO.; BGH v. 18.4.2005 – II ZR 21/04, BeckRS 2005, 07047; BGH v. 26.9.2005 – II ZR 314/03, NJW-RR 2006, 178 [181]). Angesichts der Bedeutung dieses Gesichtspunkts für die Kapitalanlageentscheidung mussten die Interessenten darüber informiert werden, ob das Anlagemodell rechtlich abgesichert oder aber mit bankaufsichtsrechtlichen Maßnahmen und damit verbundenen Prozessrisiken zu rechnen war. Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht kann, wenn der Gesellschaftsvertrag nach dem Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle geschlossen worden ist, eine Schadensersatzpflicht der Anlagegesellschaft (Emittentin) nach sich ziehen (BGH v. 21.3.2005, a.a.O.; BGH v. 18.4.2005, a.a.O., und BGH v. 26.9.2005, a.a.O.).

[16] bb) Aus den genannten Entscheidungen ergibt sich, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht zugleich und ohne weiteres eine entsprechende Aufklärungs- und Haftungspflicht des Anlageberaters (so auch OLG Frankfurt v. 20.12.2007 – 24 U 98/07 – Rz. 42, juris – die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde ist vom Senat (BGH v. 26.6.2008 – III ZR 22/08) zurückgewiesen worden ...

[17] Für den Anlageberater gelten nicht dieselben Maßstäbe wie für die Anlagegesellschaft (Emittentin), die in eigener Verantwortung die rechtliche Einstufung ihrer Geschäftstätigkeit umfassend und unter Inanspruchnahme aller zu Gebote stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu prüfen und um die Erteilung etwaiger erforderlicher Genehmigungen oder Erlaubnisse nachzusuchen hat beziehungsweise die rechtliche Bewertung der zuständigen Genehmigungs- oder Aufsichtsbehörde abfragen kann („Negativattest“). Umfang und Art der Hinweis- und Ermittlungspflichten des Anlageberaters bestimmen sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls. Dabei kommt es insbesondere darauf an, wie der Anlageberater gegenüber dem Anlageinteressenten auftritt und ob und inwieweit dieser die berechnete Erwartung hegt, über bestimmte Umstände informiert zu werden. Zu solchen Umständen zählen grundsätzlich zwar auch Gesetzesänderungen, sofern sie für die empfohlene Kapitalanlage erhebliche

Auswirkungen haben können. Anders als die Anlagegesellschaft muss der Anlageberater aber nicht ohne besondere Anhaltspunkte infolge einer Gesetzesänderung auftretenden schwierigen und ungeklärten Rechtsfragen nachgehen, die er regelmäßig nur unter Inanspruchnahme sachkundiger Hilfe (Rechtsgutachten) abklären könnte.

[18] Nach diesen Grundsätzen war der Beklagte im Streitfall nicht gehalten, Erkundigungen über die damals bevorstehende Änderung der Gesetzeslage einzuziehen und die Kläger hiervon in Kenntnis zu setzen.

[19] Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die 6. KWG-Novelle zum Zeitpunkt der Zeichnung (4.11.1997) noch nicht in Kraft getreten war. Die Kläger haben auch nicht aufgezeigt, dass der Beklagte von der damit verbundenen Problematik für die hier in Rede stehende Kapitalanlage aus der Wirtschaftspresse erfahren hätte oder jedenfalls hätte erfahren müssen. Gleiches gilt für etwaige sonstige Anhaltspunkte. Der Umstand allein, dass der Beklagte seit 1991 Beteiligungen bei der „G.G.“ seiner „Angebotspalette“ hatte, ist insoweit ohne Aussagekraft.

[20] Musste dem Beklagten die mit der 6. KWG-Novelle verknüpfte Rechtsunsicherheit demnach nicht bekannt sein und durften die Kläger diesbezügliche Nachforschungen und Informationen nach Lage des Falles von dem Beklagten auch nicht erwarten, so musste der Beklagte die Kläger auch nicht darüber aufklären, dass er eine dahingehende Überprüfung unterlassen habe.

Volltext unter www.zwh-online.de

Anmerkung:

Der vorliegenden Entscheidung des BGH liegt ein weiterer Sachverhalt in Zusammenhang mit Investitionen von Anlegern in Anlageobjekte der „Göttinger Gruppe“ zugrunde. In früheren Entscheidungen zu Anlageobjekten dieser Gruppe hatte der BGH entschieden, dass Anlagegesellschaften den Anlegern aufgrund der Unvereinbarkeit des Anlagemodells mit den Normen des KWG auf Schadensersatz haften (s. hierzu die Nachweise in Rz. 15 sowie bei *Wertenbruch*, NJW 2005, 2823 ff.). Die vorliegende Klage richtete sich gegen den Anlageberater, der Anlegern solche Anlageobjekte empfohlen hatte.

Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, dass Anlagevermittler, Anlageberater und die Anlagegesellschaft unterschiedlichen Aufklärungspflichten gegenüber dem Anleger unterliegen. Während der Anlagevermittler den geringsten Pflichten unterliegt und grundsätzlich nur den Prospekt zum Anlageobjekt auf ein schlüssiges Gesamtbild und sachliche Vollständigkeit überprüfen muss, hat der Anlageberater weitergehende Pflichten und muss zumindest die Wirtschaftspresse zu Eigenschaften und Risiken des betreffenden Anlageobjekts auswerten, die für die Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben (Rz. 10). Die Anlagegesellschaft schließlich schuldet die weitest gehenden Pflichten. Sie muss die rechtliche Einstufung ihrer Geschäfts-

Zivilrecht

tätigkeit in eigener Verantwortung unter Inanspruchnahme aller zu Gebote stehenden Erkenntnismöglichkeiten prüfen. Zur Erfüllung dieser Pflicht ist die Einholung auch mehrerer Rechtsgutachten nicht ausreichend (BGH v. 21.3.2005 – II ZR 149/03, AG 2005, 395 = Rz. 17). Vielmehr muss die Anlagegesellschaft ein Negativattest von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) einholen (Rz. 17).

Nachdem OLG die Frage, ob der Anlageberater eine Aufklärungspflicht über Gesetzesänderungen hat, die für das Anlageobjekt relevant sind, unterschiedlich beantwortet haben (Rz. 16), hat der BGH diese Frage in der vorliegenden Entscheidung geklärt. Der Anlageberater muss zwar regelmäßig die Wirtschaftspresse auf Informationen über Risiken auswerten, die für die Anlageentscheidung des Interessenten relevant sind. Er muss darüber hinaus aber nicht ohne Anhaltspunkte Rechtsfragen infolge von Gesetzesänderungen nachgehen.

Die Entscheidung des BGH fügt sich in die bisherige Rechtsprechung ein und bestätigt die abgestuften Prüfungs- und Aufklärungspflichten von Anlagegesellschaft, Anlageberater und Anlagevermittler. Ihr ist zuzustimmen. Die Entscheidung befreit den Anlageberater nicht unangemessen von Sorgfaltspflichten gegenüber dem Anleger. Soweit in der Wirtschaftspresse Hinweise auf rechtliche Risiken zum Anlageobjekt veröffentlicht werden, ist er nach der Entscheidung des BGH wohl verpflichtet, ein Rechtsgutachten über die Rechtsfrage einzuholen, wenn er das Anlageobjekt weiter empfehlen möchte. Der BGH scheint davon auszugehen, dass sich der Anlageberater – im Gegensatz zur Anlagegesellschaft – im Falle einer ungeklärten Rechtsfrage durch Einholung eines juristischen Gutachtens von der Haftung befreien kann (Rz. 17). Auch diese Wertung wäre zumindest bei Zuständigkeit der BaFin sachgerecht, da zweifelhaft ist, ob ein Anlageberater das für die Einholung eines Negativtests erforderliche berechtigte Interesse hat.

RA Dr. Daniel Walter, Osborne Clarke, Köln

Prospekthaftung eines prominenten Politikers wegen Werbens für eine Kapitalanlage

BGB §§ 276, 311 Abs. 3

1. Auch ein körperlich von dem ausdrücklich als Emissionsprospekt bezeichneten Druckwerk getrenntes Schriftstück, das zusammen mit diesem vertrieben wird, kann bei der gebotenen Gesamtbetrachtung Bestandteil eines Anlageprospekts im Rechtssinn sein.

2. Zur Verantwortlichkeit eines früheren Spitzenpolitikers und Inhabers eines Lehrstuhls u.a. für Finanzrecht nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn, wenn er sich in einem Prospektbestandteil über die Eigenschaften einer Anlage äußert.

BGH, Urt. v. 17.11.2011 – III ZR 103/10 (OLG Karlsruhe)

Sachverhalt:

Die Kläger machen Ersatzansprüche wegen fehlgeschlagener Beteiligungen an einer Publikums-KG geltend. Der Beklagte ist ein ehemaliger Bundesminister und emeritierter Inhaber eines Lehrstuhls für öffentliches Recht. Er war zudem Vorsitzender des Beirats der Muttergesellschaft der Komplementärin der Publikums-KG. Zur Werbung der Anleger gab die Komplementärin einen Emissionsprospekt heraus. Des Weiteren vertrieb sie eine 80 Seiten umfassende sog. Produktinformation sowie zwei Zeitschriftenartikel. Während der Beklagte in dem Emissionsprospekt nicht benannt wird, wird er in der Produktinformation und den Zeitschriftenartikeln unter Beschreibung seines Werdeganges vorgestellt. Zudem wird er u.a. mit Aussagen zitiert, in denen er das Bedürfnis der Verbraucher nach Sicherheit und Verlässlichkeit einer Anlage hervorhebt und verkündet, eine durchgehende Qualitätssicherung durchgesetzt und die Anlagestruktur sowie die involvierten Personen genau geprüft zu haben. Nachdem sich die klagenden Eheleute an der Publikums-KG beteiligt hatten, untersagte die BaFin ihre geschäftliche Tätigkeit. Die Gesellschaft ist inzwischen insolvent.

Das OLG hat eine Haftung nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne verneint, da der Beklagte nicht prospektverantwortlich sei. Der BGH hat die klageabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

[16] ... II. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ist nicht auszuschließen, dass der Beklagte den Klägern nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne zum Schadensersatz verpflichtet ist.

[17] 1. a) Nach ständiger Rspr. des BGH haften für fehlerhafte oder unvollständige Angaben in dem Emissionsprospekt einer Kapitalanlage neben dem Herausgeber des Prospekts die Gründer, Initiatoren und Gestalter der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden oder beherrschen. Darüber hinaus haften als sog. Hintermänner alle Personen, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Anlagemodells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen Maßgeblich für die Haftung des Hintermannes ist sein Einfluss auf die Gesellschaft bei der Initiierung des Projekts ... Er muss eine Schlüsselposition besitzen, die mit derjenigen der Geschäftsleitung vergleichbar ist (z.B. BGH v. 19.11.2009 – III ZR 109/08, MDR 2010, 145 = NJW 2010, 1279 Rz. 13). Ohne Hinzutreten weiterer Umstände lässt allein die Position eines Beiratsmitglieds oder -vorsitzenden regelmäßig nicht den Schluss auf einen solchen maßgeblichen Einfluss zu

[19] b) Der Prospekthaftung im engeren Sinne unterliegen darüber hinaus auch diejenigen, die mit Rücksicht auf ihre allgemein anerkannte und hervorgehobene berufliche und wirtschaftliche Stellung oder ihre Eigenschaft als berufsmäßige Sachkenner eine Garantenstellung einneh-

Zivilrecht

men, sofern sie durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Emissionsprospekt einen besonderen, zusätzlichen Vertrauenstatbestand schaffen und Erklärungen abgeben. ... Der Vertrauenstatbestand muss sich aus dem Prospekt ergeben, sofern nicht die Mitwirkung an der Prospektgestaltung auf andere Weise nach außen hervorgetreten ist. ... Eine Haftung ist auf die den Garanten selbst zuzurechnenden Prospektaussagen beschränkt. ...

[20] Zu den berufsmäßigen Sachkennern, denen eine Garantenstellung zukommen kann, gehören z.B. Rechtsanwälte, die gutachtliche Stellungnahmen abgeben ..., Wirtschaftsprüfer, die den Prospekt geprüft haben ..., und Steuerberater.

[21] c) Prospekt in diesem Sinne ist eine marktbezogene schriftliche Erklärung, die für die Beurteilung der angebotenen Anlage erhebliche Angaben enthält oder den Anschein eines solchen Inhalts erweckt (*Assmann* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 6 Rz. 67; *Ehricke* in *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, S. 195 f.; *Lenenbach*, Kapitalmarkt- und Börsenrecht, Rz. 9.27; zu § 264a StGB: Regierungsbegründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BT-Drucks. 10/318, 23). Sie muss dabei tatsächlich oder zumindest dem von ihr vermittelten Eindruck nach den Ansprüchen erheben, eine das Publikum umfassend informierende Beschreibung der Anlage zu sein. ...

[22] 2. Unter Anwendung dieser Maßstäbe, der ihnen zugrunde liegenden Wertungen und der erforderlichen Gesamtbetrachtung hat der Beklagte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wegen seiner Äußerungen in den Zeitschriften die Stellung eines Verantwortlichen nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne.

[23] a) Die ... gemeinsam mit dem ausdrücklich als solchen bezeichneten Emissionsprospekt herausgegebene „Produktinformation“ und die als Sonderdrucke ebenfalls gezielt zusammen mit dem Prospekt vertriebenen Presseartikel ... sind bei der gebotenen Gesamtbetrachtung sämtlich Bestandteile eines Anlageprospekts in dem vorgenannten Sinn. Dabei kommt es weder darauf an, dass diese Schriftstücke nicht körperlich mit dem als Emissionsprospekt titulierten Druckwerk verbunden waren, noch ist es von Belang, dass sich auf der letzten Seite der „Produktinformation“ der Hinweis befindet, diese stelle nicht den Emissionsprospekt dar, und dass die Presseartikel redaktionell erkennbar von Dritten verfasst worden waren.

[24] Alle vier Drucksachen wurden nach den Feststellungen des Berufungsgerichts miteinander vertrieben und gemeinsam zur Gewinnung von Anlegern eingesetzt.

[25] ... Als leichter lesbares Werk vervollständigte die „Produktinformation“ damit diesen Prospekt. Im Übrigen vermittelt die „Produktinformation“, anders als etwa ein Flyer oder Info-Brief, bereits für sich genommen den Eindruck einer umfassenden, informierenden Beschreibung der Anlage und genügt damit schon allein der Definition

eines Prospekts im Rechtssinn. ... Die in der „Produktinformation“ wiedergegebenen Äußerungen des Beklagten ... werden wiederum durch die beiden gemeinsam mit dem „Emissionsprospekt“ und der „Produktinformation“ als Sonderdrucke vertriebenen Zeitschriftenartikel ergänzt. ... Da die Zeitschriftenartikel auf diese Weise inhaltlich mit dem als „Produktinformation“ bezeichneten Druckwerk verknüpft waren und gemeinsam mit diesem sowie dem „Emissionsprospekt“ vertrieben wurden, wurden sie ebenfalls Bestandteil des Anlageprospekts. ...

[27] Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung stellen damit der „Emissionsprospekt“, die „Produktinformation“ und die Sonderdrucke mit den Zeitschrifteninterviews ungeachtet ihrer körperlichen Trennung einen einheitlichen Anlageprospekt im Rechtsinne dar. ...

[28] b) Dem Beklagten kam aufgrund seines beruflichen Hintergrunds und seiner Fachkunde sowie infolge seiner – zum Prospektbestandteil gewordenen – Zeitschrifteninterviews die Stellung eines Prospektverantwortlichen zu. Soweit neben Gründern, Initiatoren und Gestaltern der Gesellschaft sowie den Hintermännern auch weitere Personen aufgrund ihres nach außen in Erscheinung tretenden Mitwirkens am Emissionsprospekt für diesen haftungsmäßig Verantwortung tragen, handelt es sich zwar – wie ausgeführt – regelmäßig um Sachkenner, die in Ausübung ihres Berufs an der Gestaltung des Prospekts mitwirken, wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater. In einer solchen Eigenschaft war der Beklagte ... nicht tätig. Er nahm jedoch mit seinen veröffentlichten Äußerungen, in denen er sich u.a. sogar – über die üblichen Kompetenzen eines Sonderfachmanns deutlich hinausgehend – eines Einflusses auf die Gestaltung des Anlagekonzepts berühmte, in mindestens gleicher Weise wie dieser Personenkreis das durch seinen Werdegang und Beruf begründete Vertrauen in seine Integrität, Objektivität und Fachkompetenz in Anspruch und setzte es ein, um Einfluss auf die Investitionsentscheidung von potentiellen Anlageinteressenten zu nehmen. ...

[32] aa) ... In der Gesamtschau seiner Aussagen in den Presseveröffentlichungen erweckte der Beklagte zudem den Anschein, er setze sich besonders für die Belange der einzelnen Anleger ein. Seine Aussagen können von einem durchschnittlichen Anlageinteressenten dahingehend verstanden werden, er biete eine zusätzliche, von ihm ausgehende Gewähr für die Sicherheit der Investition und das Gelingen des Anlagegeschäfts. ...

[34] bb) Der durchschnittliche Anleger konnte davon ausgehen, dass der Beklagte über die erforderliche Seriosität, die Fachkompetenz zur Beurteilung der Anlage und das notwendige Durchsetzungsvermögen zur Erfüllung der seinen Angaben zufolge gestellten Forderungen verfügte.

[35] Die Präsentation des Beklagten mit den ausgewählten Stationen seines Lebenslaufs war geeignet, Zutrauen in seine besondere persönliche Zuverlässigkeit hervorzurufen. ... Dass die tatsächliche Funktion des Beiratsvorsitzenden schwach ausgeprägt und der Beklagte zudem nur Vorsitzender des Beirats der Konzernmutter ... sein sollte, ist in der Produktinformation für sich genom-

Zivilrecht

men zwar noch erkennbar, tritt in der Gesamtschau sämtlicher Veröffentlichungen jedoch derart in den Hintergrund, dass es das Entstehen eines objektiven Vertrauensstatbestandes nicht hindert. ...

[38] d) Die in den Prospektbestandteilen enthaltenen Angaben des Beklagten dürften nach dem bisherigen Sach- und Streitstand einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage entbehren. Es bestehen schon Zweifel daran, ob der Beklagte die in der Werbung für sich reklamierte Kompetenz und Seriosität angesichts seines beschränkten Aufgabenbereichs im Beirat der Konzernmutter im Zusammenhang mit der Anlage tatsächlich hätte einbringen können. Es spricht einiges dafür, dass dies nicht der Fall war. Offen ist auch, ob der Beklagte die – nicht näher bezeichneten – Aspekte der Qualitätssicherung und der Sicherheit der Anlage tatsächlich geprüft hat.

[39] Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich der Beklagte gegenüber geschädigten Anlegern an seinen „vertrauensbildenden“ Erklärungen festhalten lassen muss. Wenn er – wie er geltend macht – keinerlei Einfluss ausgeübt und keinerlei Prüfungen vorgenommen haben sollte, so hätte er seine Aussagen nicht so wie geschehen treffen dürfen.

[40] Für die Haftung des Beklagten spielt es auch keine Rolle, ob er im August 2004 – also noch bevor die Kläger ihre Anlageentscheidung getroffen haben – seine Beiratstätigkeit beendet hat. Die Aussagen des Beklagten beschränkten sich nicht auf eine retrospektive Prüfung des Anlagekonzepts, sondern begründeten auch die in die Zukunft gerichtete Erwartung, er werde weiterhin die Belange der Anleger berücksichtigen und wahren sowie die Belange der Fondsgesellschaften bei seinen Kontakten zu Politik und Wirtschaft vertreten. ... Er hätte deshalb darauf hinwirken müssen, dass die betreffenden Interviews nicht mehr oder zumindest nicht ohne entsprechende Hinweise zu Werbezwecken eingesetzt wurden. ... Die bloße Behauptung, er habe weder rechtlich noch faktisch die Möglichkeit gehabt, sämtliche Produktinformationen aus dem Verkehr zu ziehen, ist jedenfalls nicht ausreichend (vgl. hierzu: BGH v. 19.11.2009 – III ZR 109/08, MDR 2010, 145 = NJW 2010, 1279, Rz. 30). ...

Volltext unter www.zwh-online.de

Anmerkung:

Die Entscheidung ist für das Institut der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne in mehrfacher Weise bemerkenswert. Zum einen definiert der BGH soweit ersichtlich zum ersten Mal den Begriff des „Prospekts“. Hierbei greift er auf die Gesetzesbegründung zu § 264a StGB zurück: „Jede marktbezogene schriftliche Erklärung, die für die Beurteilung der gebotenen Anlage erhebliche Angaben enthält oder den Eindruck eines solchen Inhalts erweckt“ (BT-Drucks. 10/318, 23). Diese Erklärung muss zudem den Eindruck erwecken, eine „umfassend informierende Beschreibung der Anlage“ zu sein. Ob der BGH damit die bislang wohl überwiegenden Meinung (Gummert/Horbach in

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 3. Aufl. 2009, § 69 Rz. 45 f., m.w.N.; Vorinstanz: OLG Karlsruhe v. 28.4.2010 – 6 U 155/07) ausdehnt, nach welcher die Erklärung sämtliche für die Anlageentscheidung wesentlichen Informationen enthalten oder zumindest diesen Anschein erwecken soll, ist u. E. nicht eindeutig ersichtlich (so aber *Klöhn*, WM 2012, 97 [100]). Jedenfalls aber gelangt der BGH zu einer erheblichen Ausweitung des Prospektbegriffs dadurch, dass er erstmalig eine Gesamtbetrachtung anstellt und die den Emissionsprospekt begleitende Werbung als Bestandteil desselben ansieht. Verschiedene Dokumente, die inhaltlich aneinander anknüpfen, können demnach in der Gesamtschau einen einheitlichen Prospekt bilden, selbst wenn sie jeweils für sich genommen nicht als Prospekt qualifiziert werden könnten und sie auch nicht körperlich miteinander verbunden sind. Zukünftig besteht also das Risiko, nicht nur für die Richtigkeit des eigentlichen Emissionsprospektes zu haften sondern auch für das begleitende Werbematerial, soweit dieses zusammen mit dem Prospekt vertrieben wird und mit ihm ein „Gesamtpaket“ bildet.

Auch den Kreis der prospektverantwortlichen Garanten weitet der BGH aus. Längst geklärt ist, dass nach den Regeln der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne neben den Herausgebern des Prospekts, den Gründern, Initiatoren und Gestalter der Gesellschaft sowie den „Hintermännern“ auch sog. Garanten haften können, sofern sie durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Emissionsprospekt einen besonderen, zusätzlichen Vertrauensstatbestand schaffen. Allerdings war diese Fallgruppe der Garanten bislang de facto auf berufsmäßige Sachkenner wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater beschränkt – auch wenn der BGH diesen Personenkreis nie in einem abschließenden Sinne formuliert hat. In der vorliegenden Entscheidung stellt der III. Senat ausdrücklich klar, dass es sich bei dem Beklagten nicht um einen solchen berufsmäßigen Sachkenner handele. Jedoch habe er in mindestens gleicher Weise das durch seinen Werdegang und Beruf begründete Vertrauen in seine Integrität, Objektivität und Fachkompetenz in Anspruch genommen. Besonders hebt der BGH den Umstand hervor, dass sich der Beklagte zugeschrieben hatte, zum Wohle der Anleger auf das Anlagekonzept Einfluss genommen zu haben. Gerade im Hinblick auf letzteren Aspekt scheint es in der Tat gerechtfertigt, den Beklagten in den Kreis der Garanten aufzunehmen. Denn der verständige Anleger wird einem ehemaligen Bundesminister eine gewisse Durchsetzungsfähigkeit zuschreiben. Zudem nahm der Beklagte die Fachkompetenz eines Inhabers eines juristischen Lehrstuhls in Anspruch. Diese Faktoren überwiegen die aus dem Werdegang des Beklagten nicht ersichtliche spezielle Expertise für Finanzanlagen. Die sorgfältige Abwägung des BGH zerstreut Bedenken, zukünftig könne jedwede in der Öffentlichkeit bekannte und wertgeschätzte Werbeperson als Garant in Anspruch genommen werden. Der BGH lehnt eine Garantenstellung aufgrund reiner Sympathiewerbung ausdrücklich

Verfahrensrecht

ab. Auch in Zukunft wird es darauf ankommen, ob die Werbefigur aus Sicht eines verständigen Anlegers besondere Seriosität und insbesondere Fachkunde in Anspruch nahm und in Anspruch nehmen konnte. Schauspieler und ehemalige Leistungssportler können daher aufatmen.

RA Dr. Jan Kraayvanger und Rechtsreferendarin Pia Leonhardt, Mayer Brown LLP, Frankfurt/M.

VerfahrensRECHT

Unverwertbarkeit von polizeilich abgehörten Selbstgesprächen

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1; StPO § 100f

Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich un beobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist (im Anschluss an BGH, Urt. v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206).

BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10 (LG Köln)

Sachverhalt:

Das LG hatte die Angeklagten jeweils wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten haben mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

Aus den Gründen:

[9] B. ... I. Im Vorverfahren wurden verschiedene verdeckte Überwachungsmaßnahmen durchgeführt. Unter anderem fand mit ermittlungsrichterlicher Gestattung gem. § 100f StPO i.V.m. §§ 100b Abs. 1, 100d Abs. 2 StPO eine elektronische Überwachung im Auto des Angeklagten S. K. statt. Dabei wurden dessen Selbstgespräche, als er sich alleine im Auto befand, an mehreren Tagen aufgezeichnet und später in die Hauptverhandlung eingeführt sowie im Urteil des LG verwertet.

[10] Am 22.10.2007 war auf den umfangreichen Aufzeichnungen neben zahlreichen unerheblichen Äußerungen auch die Bemerkung zu hören: „... die L. ist schon lange tot, die wird auch nicht wieder ... kannste natürlich nicht sagen ...“. Am 23.10.2007 fielen im Rahmen der Selbstgespräche die Worte: „Richter“ und „wie? Mord?“, ... sowie „oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ...“, ferner „... ich würde mal sagen, es wird jetzt wohl so sein, dass die Polizei mal auf eure Truppe kommt“. Am 26.10.2007 konnte den Selbstgesprächen die Anmerkung entnommen werden: „...ja, was soll ich sagen, die Situation ist kritisch ...“. Am 29.10.2007 erklärte der Angeklagte S. K. im Selbstgespräch u.a., es sei: „... langweilig, der das Gehirn rausprügeln ... kann ich dir sagen, joh und weg damit ...

werde auch keine mehr wegknallen ... nö I., wir haben sie tot gemacht ...“. Schließlich war aus einem weiteren Selbstgespräch am selben Tag zu späterer Stunde herauszuhören: „...ist eben lebenslang und fertig aus, lebenslang ... war nicht alt ...“.

[11] Das LG hat darin ein geständnisgleiches Indiz für die Tötung von L. durch den Angeklagten S. K. gesehen. Die Bemerkung „nö I., wir haben sie tot gemacht“ deutet zudem auf Mittäterschaft hin. Die Schwurgerichtskammer hat angenommen, die Selbstgespräche seien verwertbar. Der unantastbare Kernbereich der privaten Lebensgestaltung werde dadurch nicht berührt, denn es liege inhaltlich ein Bezug der Äußerungen zu dem Tötungsverbrechen vor. Dadurch verliere ein Selbstgespräch den Charakter des Höchstpersönlichen. Die Revisionen der Angeklagten machen demgegenüber ein Beweisverwertungsverbot geltend.

[12] II. Die Verfahrensrüge ist begründet.

[13] 1. Das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch unterliegt einem selbständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen (vgl. BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [210]; *Dalakouras*, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 264; *LR/Gössel*, StPO, 26. Aufl., Einl. L Rz. 88; *Jahn*, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008, C 84; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 36 Rz. 45; *SK/Wolter*, StPO, 4. Aufl. 2010, § 100f Rz. 35).

[14] a) Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung wird aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet (vgl. BVerfG v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 [245]; v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 [373] = MDR 1990, 307 = CR 1990, 142). Sein Schutzbereich wird durch heimliche Aufzeichnung des nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs der Zielperson staatlicher Ermittlungsmaßnahmen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung berührt (vgl. BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [212]). Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum absolut geschützten Kernbereich oder zu dem nur relativ geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall festzustellen. Aus einer Kumulation von Umständen folgt hier, dass die Selbstgespräche des Angeklagten S. K. dem Kernbereich zuzurechnen sind. Dazu zählen die Eindimensionalität der „Selbstkommunikation“, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes.

[15] Der Grund für den absoluten Schutz eines Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung besteht in der Eröffnung einer Möglichkeit für Menschen, sich in einem letzten Rückzugsraum mit dem eigenen Ich befassen zu können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies überwachen (vgl. BGH v. 16.3.1983 – 2 StR 775/82, BGHSt 31, 296 [299 f.] = MDR 1983, 683). Die Gedanken sind grundsätzlich frei, weil Denken für

Verfahrensrecht

Menschen eine Existenzbedingung darstellt (vgl. *Mahrenholz/Böckenförde/Graßhof/Franßen* in BVerfG v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 [381] = MDR 1990, 307 = CR 1990, 142). Den Gedanken fehlt aus sich heraus die Gemeinschaftsbezogenheit, die jenseits des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung liegt. Gleiches gilt für die Gedankenäußerung im nicht öffentlich geführten Selbstgespräch (vgl. BGH v.10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [213]). Gedanken werden typischerweise in Form eines „inneren Sprechens“ entwickelt (vgl. *Tönnies*, Selbstkommunikation, 1994, S. 16). Denken und Sprache, die dem Menschen als einzigem Lebewesen zur Verfügung steht, sind untrennbar miteinander verbunden. Die Gedankeninhalte des inneren Sprechens treten vor allem in Situationen, in denen der Sprechende sich unbeobachtet fühlt, durch Aussprechen hervor. Das möglicherweise unbewusste „laute Denken“ beim nichtöffentlich geführten Selbstgespräch nimmt sodann an der Gedankenfreiheit teil. Bedeutung für die Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung hat dabei auch die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation. Zwar fanden die hier in Rede stehenden Selbstgespräche nicht in einer Wohnung i.S.v. Art. 13 Abs. 1 GG statt, woraus sich eine „Vermutung“ hätte ergeben können, „dass der Kernbereich tangiert sein kann“ (vgl. BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [210]); dies folgt auch aus dem Zusammenhang von § 100c Abs. 4 mit § 100f StPO. Hieraus ist aber nicht zu schließen, dass der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit in Bezug auf Äußerungen sich ausschließlich auf den räumlichen Bereich von Wohnungen beschränke. Vielmehr kann auch das „Alleinsein mit sich selbst“ in einem Pkw diesen Schutz begründen. Es bestand aus der Sicht des Angeklagten S. K. nicht die Gefahr, dass andere Personen den Inhalt seiner Äußerungen im Selbstgespräch erfassten. Der rechtlich geringere Schutz des Aufenthaltsorts im Auto gegenüber der Wohnung i.S.v. Art. 13 Abs. 1 GG (zur Relativierung bei der Äußerung im Krankenzimmer BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [212]) wird hier deshalb im Einzelfall dadurch kompensiert, dass tatsächlich das Risiko einer Außenwirkung der spontanen Äußerungen nahezu ausgeschlossen war; das Selbstgespräch konnte nur durch eine heimliche staatliche Überwachungsmaßnahme erfasst werden. Die Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation war daher bei einer Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls derjenigen in einer Wohnung gleichzusetzen.

[16] b) Auf den Inhalt der Gedankenäußerung und dessen mehr oder weniger großen Sozialbezug kommt es demgegenüber bei Selbstgesprächen nicht entscheidend an. Insoweit gilt etwas anderes als bei der Fixierung von Gedanken in einem Tagebuch oder bei der Erfassung des Gesprächs eines Beschuldigten mit Dritten.

[17] Die Tagebuchentscheidung des BVerfG (BVerfG v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 [374] = MDR 1990, 307 = CR 1990, 142), bei der wegen Stimmgleichheit eine Grundrechtsverletzung nicht festgestellt werden konnte, kann nicht ohne weiteres auf die

Frage der Zuordnung des heimlich abgehörten Selbstgesprächs zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung oder zur allgemeinen Persönlichkeitssphäre übertragen werden. War dort der Raum, in dem die Anfertigung von Notizen stattfand, für die Frage der Verwertbarkeit der schriftlich fixierten Gedanken im Strafverfahren ohne Belang, weil die Notizen freiwillig der Sicherstellung preisgegeben wurden, so erlangt im vorliegenden Fall das Kriterium der Nichtöffentlichkeit des Ortes der Gedankenäußerung erhebliche Bedeutung. Spielte in der Tagebuchentscheidung die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes keine Rolle, weil der Betroffene seine Gedanken dort im Tagebuch fixiert und bei diesem Schreibvorgang unter Umständen auch noch repetiert hatte, so erlangt die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes als Abgrenzungskriterium im vorliegenden Fall besonderes Gewicht. In der Tagebuchentscheidung waren überdies auch präventive Überlegungen für die Annahme der Verwertbarkeit von Bedeutung (a.a.O. S. 377, 380), weil die dort fraglichen Tagebuchaufzeichnungen vor der Tatbegehung gemacht worden waren und bei rechtzeitiger Erfassung durch die Polizeibehörden theoretisch auch zur Verhinderung der Tat als Maßnahme der Gefahrenabwehr hätten genutzt werden können. Dagegen spielt die Möglichkeit der Prävention zugunsten anderer Grundrechtsträger als Frage der Grundrechtskollision hier keine Rolle (vgl. auch BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [214]).

[18] Das „Selbstgespräch“ kann auch nicht mit einem Zwiegespräch gleichgesetzt werden, das regelmäßig nicht dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnen ist, wenn es mit seinem Inhalt einen Tatbezug und damit Sozialbezug aufweist (vgl. BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279 [319]; v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 u.a.; v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a.; vgl. auch § 100c Abs. 4 Satz 3 StPO). Es unterscheidet sich von einem solchen Gespräch schon dadurch, dass die Äußerungen nicht auf Verständlichkeit angelegt und jedenfalls auch durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet sind (BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [213]).

[19] c) Der somit gebotene Kernbereichsschutz entfällt nur, wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet, bestimmte Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BGH v. 25.10.2011 – VI ZR 332/09, MDR 2012, 25). Dies geschieht nicht ohne weiteres schon dadurch, dass er sich außerhalb des besonders geschützten Bereichs seiner Wohnung i.S.v. Art. 13 Abs. 1 GG aufhält, sofern er einen anderen Rückzugsraum wählt, in dem er sich unbeobachtet fühlen kann. Das war hier hinsichtlich des Pkw der Fall. Nach außen gerichtete Äußerungen in einem Pkw, in dem die betreffende Person allein ist, können nicht Äußerungen in der Öffentlichkeit gleichgestellt werden. Es bleibt deshalb bei der Zuordnung der Selbstgespräche des Angeklagten S. K. zum ab-

Verfahrensrecht

solut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung mit der Folge ihrer Unverwertbarkeit.

[20] 2. Das Beweisverbot entfaltet wegen seiner Absolutheit, die ein Beweiserhebungsverbot für die Hauptverhandlung bezüglich der im Vorverfahren erlangten Informationen einschließt (vgl. Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverböten, 2005, S. 101 f.), seine Wirkung auch auf die nicht unmittelbar von der akustischen Überwachung im Vorverfahren betroffenen Mitangeklagten.

[21] Die Unverwertbarkeit des Selbstgesprächs von S. K. als Indiz für und gegen alle Angeklagten (zur Frage der „Überkreuzverwertung“ *Jahn*, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008, C 114 f.) entspricht den Verboten, die in §§ 100a Abs. 4 Satz 2, 100c Abs. 5 Satz 3 StPO für den Fall des Eingriffs in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung positivrechtlich geregelt sind. Der Gesetzgeber hat dort für den Fall, dass tatsächlich der Kernbereich betroffen ist, jede Verwendung der hierüber erlangten Informationen im Strafverfahren ausgeschlossen. Er ist damit nicht dem Gedanken gefolgt, dass Beweisverwertungsverbote auch mit Blick auf die Ambivalenz ihrer Beweisbedeutung als Be- oder Entlastungsbeweis ausschließlich den Bedeutungsgehalt von Belastungsverboten haben sollen (vgl. dazu BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [215]; *Jahn*, a.a.O., C 112 ff.). Zwar hat der Gesetzgeber in § 100f StPO auf eine entsprechende Kernbereichsregelung verzichtet, jedoch gilt für das unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Beweisverwertungsverbot in diesem Zusammenhang nichts anderes. Auch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG spricht gegen die Verwertbarkeit der Selbstgesprächsinhalte für oder gegen Dritte, weil insoweit ein selbständiges Beweisverwertungsverbot begründet wird . . .

[22] 3. Das Urteil beruht hinsichtlich aller Angeklagten auf der Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Selbstgespräch wurde als Indiz für die Tatbegehung überhaupt sowie für die Täterschaft des Angeklagten S. K. herangezogen. Obwohl eine Reihe von weiteren Indizien für dieses Beweisergebnis spricht, kann der Senat nicht sicher ausschließen, dass die Verurteilung des Angeklagten S. K. auf der Verwertung seiner Äußerungen in den überwachten Selbstgesprächen beruht. Das LG hat daraus auch Hinweise auf die Mittäterschaft der Mitangeklagten I. und W. K. entnommen. Auch deren Verurteilung beruht auf der Verwertung der Selbstgespräche. Ob eine Verurteilung eines Angeklagten oder mehrerer Angeklagten auch ohne die Verwertung der aufgezeichneten Selbstgespräche des Angeklagten S. K. möglich ist, muss dem neuen Tatrichter vorbehalten bleiben.

Volltext unter www.zwh-online.de

Anmerkung:

Die akustische Wohnraumüberwachung zu Strafverfolgungszwecken verletzt die Menschenwürde, wenn sie den Kernbereich privater Lebensführung nicht respektiert (zum „Großen Lauschangriff“ BVerfG v. 3.3.2004 –

1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 [314] = CR 2004, 343). § 100c Abs. 5 Satz 3 StPO normiert einfachgesetzlich ein Verwertungsverbot für Erkenntnisse, die diesen Kernbereich betreffen; § 100a Abs. 4 Satz 2 StPO für entsprechende Informationen aus einer Telekommunikationsüberwachung. § 100f StPO ermächtigt zu akustischer Überwachung außerhalb von Wohnungen (auch) zur Ermittlung von Wirtschafts- und Steuerdelikten aus dem Katalog des § 100a Abs. 2 StPO. Trotz der Eingriffstiefe, die einer Telekommunikationsüberwachung vergleichbar ist (BGHSt 44, 138 [142]), enthält die Vorschrift kein Verwertungsverbot zum „Kernbereichsschutz“ (kritisch hierzu SK-StPO/Wolter, 4. Aufl. 2010, § 100f Rz. 30, 32 ff.).

Gleichwohl bestätigt die Entscheidung des 2. Strafsenats, dass der Kernbereich privater Lebensführung keineswegs an der Wohnungstür endet (*B. Hirsch*, Lisken-GS, 2004, S. 87 [97]). Art. 13 Abs. 1 GG ergänzt den Schutzzumfang von Art. 1 Abs. 1 GG, indem er Menschen eine geschützte Sphäre zur privaten, höchstpersönlichen Entfaltung garantiert (BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 [313] = CR 2004, 343). Der Umstand eines Selbstgesprächs innerhalb dieses Rückzugsraums begründet die Vermutung, dass der „Kernbereich“ berührt sein kann (BGHSt 50, 206 [210]), ohne diese Konsequenz zugleich in anderen Fällen auszuschließen. Eine Kumulation von Art. 1 Abs. 1 GG mit Art. 13 Abs. 1 GG ist demnach nicht erforderlich, um den Kernbereich privater Lebensführung zu begründen. Der Senat erstreckt den Schutzbereich (anhand Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) dementsprechend auf Orte bzw. Situationen außerhalb einer Wohnung, in denen das „Risiko einer Außenwirkung“ in vergleichbarer Weise ausgeschlossen ist.

Ein Selbstgespräch bleibt, so der Senat, ebenfalls Gegenstand des Kernbereichs privater Lebensführung, wenn dessen Inhalt Bezug zu Straftaten – damit nach verbreiteter Auffassung (BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 [319] = CR 2004, 343), auch der Vorinstanz, Sozialbezug – aufweist. Die Argumentation, dass eine häufig sogar unbewusste Selbstkommunikation („lautes Denken“) in Situationen, in denen sich der Betroffene unbeobachtet wähnt, untrennbaren Bezug zur unbeschränkten (und unbeschränkbar) Freiheit von Gedankeninhalten als Form „inneren Sprechens“ besitzt, überzeugt. Überdies fehlt jeder kommunikative Drittbezug. Zugleich kompensiert die Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation „allein in einem Pkw“ – genauso an vergleichbaren Orten außerhalb einer Wohnung (SK-StPO/Wolter, a.a.O., Rz. 34 f.) – das „Manko“ einer Äußerung außerhalb des Rückzugsraums „Wohnung“.

Die Unterscheidung des Senats zwischen einer selbstkommunikativen Offenbarung von Gedanken durch Selbstgespräch einerseits und in Schriftform andererseits grenzt den Sachverhalt dagegen eher formal von der „Tagebuchentscheidung“ (BVerfG v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 [374 f.] = MDR 1990, 307 = CR 1990, 142) ab. Die Aufzeichnung von Gedan-

Verfahrensrecht

ken in Form eines Tagebuchs beinhaltet ebenfalls eine selbst-kommunikative Auseinandersetzung mit dem „eigenen Ich“, die regelmäßig „im Geheimen“ erfolgt und der Kenntnis Dritter entzogen sein soll. Das gegenüber einem Selbstgespräch häufig erhöhte Maß bewusster Reflektion, Gedanken „im Gespräch mit sich selbst“ in Schriftform zu fixieren, unterbricht die vom Senat betonte „untrennbare“ Verknüpfung mit der Freiheit der Gedanken als „Existenzbedingung des Menschen“ nicht. Der Vorgang verstärkt diesen Zusammenhang vielmehr. Die schriftliche Fixierung „lauten Denkens“ begründet so gesehen im Vergleich zur „Flüchtigkeit“ des gesprochenen Worts eine erhöhte Schutzbedürftigkeit, ohne hierdurch – ebenfalls unabhängig von einem Bezug zu Straftaten – den Kernbereich privater Lebensführung zu verlassen.

Der absolute Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG verbietet eine Verwertung jedenfalls ohne ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen. Die „Widerspruchslösung“ des BGH (hierzu *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 [486 f.]) ist nicht anwendbar, da die Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht durch das Erfordernis einer rechtzeitigen und ausreichend begründeten Rüge im Strafprozess relativiert werden kann. Darüber hinaus bleibt ungeklärt, ob und ggf. in welcher Form der Betroffene berechtigt ist, über das Beweisverwertungsverbot zu disponieren. Eine Verwertung gewichtiger entlastender Erkenntnisse etwa auf Antrag des Betroffenen gleichwohl zu dessen Schutz uneingeschränkt zu verbieten, überzeugt nicht. Andererseits ist die Skepsis, eine durch den Betroffenen „gesteuerte“ selektive Verwertung hinzunehmen, nachvollziehbar (BGHSt 50, 206 [215]: „Rosinentheorie“).

Der Senat bestätigt, dass (entsprechend § 100a Abs. 4 Satz 2 StPO) eine Verwertung zum Nachteil Dritter ebenfalls ausgeschlossen ist. Zur Frage einer Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots hat der Senat dagegen nicht Stellung genommen. Erkenntnisse „aus Handlungen, die den unantastbaren Bereich privater Lebensführung betreffen“, dürfen, so das BVerfG, ebenfalls nicht „Anknüpfungspunkt weiterer Ermittlungen“ sein (BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 [332] = CR 2004, 343). Das selbständige Beweisverwertungsverbot entfaltet demnach nicht nur Fernwirkung; bereits der „Spurenansatz“ ist ausgeschlossen (SK-StPO/Wolter, a.a.O., § 100c Rz. 71).

Die aktuelle Fassung von § 100f StPO entspricht im Lichte des absoluten Kernbereichsschutzes privater Lebensführung auch außerhalb einer Wohnung – ohne einfachgesetzliche Berücksichtigung der durch Art. 1 Abs. 1 GG gesetzten, unverrückbaren (Art. 79 Abs. 3 GG) Grenzen – kaum den verfassungsrechtlichen Vorgaben (offen gelassen BVerfGE 122, 63 [74]; a.A. wohl HK/Gercke, StPO, 4. Aufl. 2009, § 100f Rz. 12). Die im Schrifttum erwogene analoge Anwendung von § 100a Abs. 4 StPO (Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 100f Rz. 19) kann – selbst eine planwidrige Regelungslücke unterstellt – dieses legislatorische Defizit allenfalls kaschieren. Der Gesetzgeber sollte die am Maßstab von Art. 1 Abs. 1 GG und der Rechtsprechung des

BVerfG überzeugend begründete Entscheidung des Senats vielmehr zum Anlass nehmen, die absoluten Grenzen des Kernbereichs privater Lebensführung auch für Überwachungsmaßnahmen zu Strafverfolgungszwecken außerhalb von Wohnraum einfachgesetzlich zu konkretisieren, um dem Status der Menschenwürde als „oberstem Verfassungswert“ (BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 [311] = CR 2004, 343 m.w.N.) auch rechtstatsächlich Geltung zu verschaffen, und durch eine Sensibilisierung der Justiz vor Eingriffen durch Ermittlungsmaßnahmen schützen.

Die Entscheidung des Senats verstärkt den Schutz des Kernbereichs privater Lebensführung außerhalb von Wohnungen durch die Begründung eines selbständigen Beweisverwertungsverbots auf Grundlage der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG. Von besonderer praktischer Bedeutung ist, dass das absolute Beweisverwertungsverbot ebenfalls eingreift, wenn das Selbstgespräch inhaltlichen Bezug zu Straftaten besitzt. Das Gewicht der insoweit abweichenden und umstrittenen „Tagebuchentscheidung“ des BVerfG, auf die sich die Justiz bisher im Rahmen der Informationsgewinnung und -verwertung zu Strafzwecken aus dem Bereich privater Lebensführung berufen hat, wird hierdurch im Anschluss an BGHSt 50, 206 (212 ff.) erneut deutlich relativiert. Die Entscheidung des 2. Strafsenats ist auch insoweit richtungweisend.

RA FASStR Jörg Habetha, Freiburg i.Br.

Strafklageverbrauch bei Betrug wegen unberechtigter Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld

StGB §§ 13, 263; StPO § 206a; SGB I § 60 Abs. 1

1. Auch sachlich-rechtlich selbständige Taten können prozessual eine Tat i.S.v. § 264 StPO sein. Dabei kommt es im Einzelfall darauf an, ob die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern auch innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung bzw. Unterlassung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung bzw. Unterlassung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung in verschiedenen Verfahren einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würden.

2. Dies ist bei einem Betrug durch Unterlassen wegen unberechtigter Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld (Garantenpflicht gem. § 60 SGB I) dann der Fall, wenn die die Mitteilungspflicht auslösenden Tatsachen (hier das erneute Eingehen einer Vollzeitbeschäftigung) zeitlich unmittelbar ineinander übergehen und objektiv keine Zäsur erkennbar ist, die für das Fassen eines erneuten Tatentschlusses durch den Täter sprechen könnten.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.8.2011 – (2) 53 Ss 71/11 (28/11), (2) 53 Ss 71/11 (AG Bernau)

Verfahrensrecht

Sachverhalt:

Die Angeklagte stellte bei der Agentur für Arbeit einen Antrag auf Bezug von Arbeitslosengeld. Antragsgemäß erhielt die Angeklagte mit Bewilligungsbescheid vom 5.3.2009 ab dem 3.2.2009 bis zum 31.5.2009 Arbeitslosengeld. Hierdurch war sie verpflichtet, sämtliche die Leistungsgewährung berührende Tatsachen dem Jobcenter unverzüglich und wahrheitsgemäß mitzuteilen. Die Kenntnisnahme dieser Verpflichtung hatte die Angeklagte bestätigt. In Verletzung ihrer Mitteilungspflichten teilte die Angeklagte der Agentur für Arbeit nicht mit, dass sie bereits seit dem 1. März in einer Vollzeitstelle wieder einer versicherungspflichtigen Tätigkeit als stellvertretende Pflegedienstleiterin nachging. Wegen der Beschäftigung im März erließ das AG einen Strafbefehl (der in die spätere Gesamtstrafenbildung eingeflossen ist) mit folgendem Wortlaut:

„Sie erhielten entsprechend Ihres Antrags ab dem 10.2.2009 Arbeitslosengeld bewilligt. Ihnen war bekannt, dass Sie aufgrund dieses Rechtsverhältnisses verpflichtet waren, alle die Anspruchsgewährung berührenden Tatsachen unverzüglich der Agentur für Arbeit Bernau mitzuteilen. Dieser Verpflichtung kamen Sie im genannten Zeitraum nicht nach. Sie bezogen in der Zeit vom 1.3.2009 bis 31.3.2009 zu Unrecht Arbeitslosenunterstützung i.H.v. 843,30 €, weil sie es pflichtwidrig und vorsätzlich unterließen der Agentur für Arbeit Bernau Ihre Tätigkeit als stellvertretende Pflegedienstleiterin ... anzuzeigen. Die Aufnahme der sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit im Zeitraum vom 1.3.2009 bis 31.3.2009 wurde der Agentur für Arbeit erst durch einen Datenabgleich der Sozialversicherungsträger bekannt.“

Dieser Strafbefehl ist rechtskräftig. Das AG verurteilte die Angeklagte hinsichtlich der Anschlussbeschäftigungen wegen Betruges zu einer Geldstrafe i.H.v. 50 Tagessätzen zu je 40 €. Die Berufung der Angeklagten hat das LG mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass die Gesamtstrafenbildung zu korrigieren sei. Die Revision der Angeklagten führte zur Einstellung des Verfahrens gem. § 206a Abs. 1 StPO wegen eingetretenen Strafklageverbrauchs.

Aus den Gründen:

Die Generalstaatsanwaltschaft des Landes B. hat in ihrer Antragschrift zur Revision der Angeklagten u.a. Folgendes ausgeführt:

„ ... Die Revision der Angeklagten muss hier zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Einstellung des Verfahrens gegen die Angeklagte führen. Bei den Gegenständen des Strafbefehls des AG Bernau vom 26.11.2009 und der hier vorliegenden Sache handelt es sich um eine Tat im prozessualen Sinn nach § 264 StPO. Es ist daher Strafklageverbrauch eingetreten.

a) Gemäß § 264 StPO ist Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Das Gericht hat die Pflicht, die ganze Tat im verfahrensrechtlichen Sinne in

tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erschöpfend abzuurteilen (BGHSt 22, 105 [106]). Dabei umfasst der verfahrensrechtliche Tatbegriff den von der zugelassenen Anklage betroffenen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen die Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (BGH v. 21.12.1983 – 2 StR 578/83, BGHSt 32, 215 [216] = MDR 1984, 418). Den Rahmen der Untersuchung bildet zunächst das tatsächliche Geschehen, wie es die Anklage umschreibt. Die Tat als Prozessgegenstand ist jedoch nicht nur der in der Anklage umschriebene und der Angeklagten zur Last gelegte Geschehensablauf. Vielmehr gehört zu ihr das gesamte Verhalten der Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet. Ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang liegt vor, wenn die einzelnen Lebenssachverhalte innerlich so miteinander verknüpft sind, dass sie nach der Lebensauffassung dergestalt eine Einheit bilden, dass ihre Behandlung in getrennten Verfahren als unnatürliche Aufspaltung eines zusammengehörenden Geschehens erscheinen würde. Ist nach diesen Maßstäben ein einheitlicher Vorgang gegeben, so sind die Einzelgeschehnisse, aus denen er sich zusammensetzt, auch insoweit Bestandteil der angeklagten Tat, als sie keine konkreten Erwähnungen in der Anklage finden.

Auch sachlich-rechtlich selbständige Taten können prozessual eine Tat i.S.v. § 264 StPO sein. Dabei kommt es im Einzelfall darauf an, ob die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern auch innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung bzw. Unterlassung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung bzw. Unterlassung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung in verschiedenen Verfahren einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würden.

Dies ist hier der Fall. Dem angefochtenen Urteil kann insofern entnommen werden, dass die Zahlung von Arbeitslosengeld sowohl für den in dem Strafbefehl genannten Zeitraum wie auch für den dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Zeitraum jeweils auf den Antrag der Angeklagten vom 19.2.2009 zurückzuführen ist. Ab dem 1.3.2009 hatte sie die Arbeit aufgenommen und dies der Bundesagentur für Arbeit nicht mitgeteilt. Zwar handelt es sich bei den Arbeitsverhältnissen, die dem Strafbefehl und der Anklage zugrunde liegen, um zwei unterschiedliche ..., doch gehen diese zeitlich ineinander über. Das eine endete zum 31.3.2009, das andere begann am 1.4.2009. ... Gemäß § 60 Abs. 1 Ziff. 2 SGB I hat der Empfänger von Sozialleistungen, zu dem auch das Arbeitslosengeld zählt, Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind, unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilungspflicht ist Teil einer effektiven Mitwirkungspflicht des Leistungsempfängers... Es ist daher in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, dass die Verletzung der Pflicht aus § 60 Abs. 1 SGB I eine Täuschungshandlung darstellen kann (vgl. schon OLG Stutt-

Verfahrensrecht

gart v. 25.7.1985 – 1 Ss 394/85, NJW 1986, 1767 [1768]); Schönke/Schröder-Cramer-Perron, StGB, 28. Aufl. 2010, § 263 Rz. 21 m.w.N.; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 263 Rz. 23). Verletzt die Angeklagte diese Rechtspflicht, kommt eine Strafbarkeit wegen Betruges durch Unterlassen nach §§ 263, 13 StGB in Betracht. ...

Nach der Auffassung des Lebens bilden die beiden Zeiträume einen einheitlichen Vorgang, zumal es nahe liegt, dass die Angeklagte von Anfang an vorhatte, die Arbeitsaufnahme – unabhängig vom Arbeitgeber – der Bundesagentur für Arbeit nicht zu melden, um so dauerhaft oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum in den Genuss der Zahlung des Arbeitslosengeldes zu gelangen. ...“

Diese Ausführungen entsprechen der Sach- und Rechtslage. Der Senat tritt ihnen bei. Das Verfahren ist gem. § 206a Abs. 1 StPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 206a Rz. 6) einzustellen.

Volltext unter www.zwh-online.de

Anmerkung:

1. Der „Sozialleistungsbetrug“ durch das Unterlassen der Offenbarung bestehender Umstände, welche die Sozialleistung ausschließen, ist in den verschiedensten Lebensbereichen – von Hartz IV bis zum BAföG – aktuell. Da es sich regelmäßig um einen Betrug durch Unterlassen handelt, ist eine Aufklärungspflicht als Garantienpflicht i.S.d. § 13 StGB erforderlich, welche sich allgemein aus § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I ergibt.

2. Obwohl die Gerichte hier – dies hat auch die Verfolgung des „BAföG-Betrugs“ als Straftat (und nicht nur als Ordnungswidrigkeit) vor einigen Jahren deutlich gemacht – „keinen Spaß verstehen“, erfolgte im konkreten Fall eine Aufhebung des Urteils samt Einstellung, und dies sogar in Übereinstimmung mit einem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft. Die Gründe dafür liegen freilich im Prozessrecht, speziell beim Problem des Strafklageverbrauchs.

3. Die Annahme des OLG, dass das Unterlassen der Anzeige zweier aneinander anschließender Arbeitsverhältnisse aufgrund des engen raumzeitlichen Zusammenhangs und aufgrund der „Anknüpfung“ an den selben Förderbescheid eine Tat im prozessualen Sinne sei und dass deshalb Strafklageverbrauch eingetreten sei, ist zumindest nicht. Sachlich-rechtlich kann hier gut – das deutet auch die Entscheidung an – Tatmehrheit vorgelegen haben (wenn verschiedene „Untätigkeitsentschlüsse“ vorlagen bzw. die Mitteilungspflicht durch zwei verschiedene Handlungen hätte erfüllt werden müssen). Dass diese beide an den gleichen Förderbescheid „anknüpfen“, kann daran nichts ändern, da dieser nur die Garantienstellung begründet. Zwar kann auch in Fällen sachlich-rechtlicher Tatmehrheit eine Tat im prozessualen Sinne vorliegen. Warum dies hier der Fall sein soll, erschließt sich allerdings nicht vollständig. Denn der einheitliche Geschehensablauf nach der „Auffassung des Lebens“ liegt bei zwei Arbeitsverhältnissen, deren

Antritt einen Monat auseinander liegt, bei weitem nicht so nahe wie etwa bei einer einheitlichen, nur durch einen Unfall und einen kurzen Halt unterbrochenen Trunkenheitsfahrt, uns zur gemeinsamen Würdigung aufeinander bezogener Taten ist die Gesamtstrafenbildung der rechte Ort. Die Entscheidung deutet aber auch an, dass das Gericht es für möglich hielt, dass die Beschuldigte von vornherein von beiden Tätigkeiten wusste, die Frage der pflichtgemäßen Mitteilung sich für sie als eine einheitliche Frage stellte und sie gewissermaßen „nur einmal schwieg“. Unausgesprochen hat das Gericht also in einer prozessualen (aber mit materiellem Recht zusammenhängenden) Frage bei tatsächlichen Zweifeln zu Gunsten der Beschuldigten entschieden. Hier zeigt sich zugleich, dass die Entscheidung auf mehrmonatige Ereignisse und Fälle mit noch mehr Arbeitsverhältnissen kaum übertragbar sein dürfte. Obwohl die Anwendung des Zweifelssatzes hier zu begrüßen ist, wird man auch nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass andere Gerichte dem folgen.

4. Jedenfalls wird die Verteidigung bei einer entsprechenden Sachlage als taktische Marschroute, wenn erst eine von mehreren Beschäftigungen bekannt geworden ist, künftig zu erwägen haben, möglichst rasch eine rechtskräftige Entscheidung herbeizuführen. Das Strafbefehlsverfahren bietet sich hier an, zumal sogar schon ab Erlass des Strafbefehls, wenn kein Einspruch eingelegt wurde, eine einseitige Rücknahme von Antrag und Strafbefehl ausscheidet.

Akad. Rat a.Z. Dr. Jan C. Schuhr, Universität Erlangen-Nürnberg

Rechtsprechung in Kürze

BVerfG: Prüfung des Zustandekommens eines „Deals“ im Strafverfahren durch das Rechtsmittelgericht

Das BVerfG hat über eine Verfassungsbeschwerde entschieden, die den Umfang der Sachaufklärungspflicht der Rechtsmittelgerichte bei der Prüfung der Frage betraf, ob eine Verfahrensabsprache zustande gekommen und deshalb ein erklärter Rechtsmittelverzicht unwirksam ist.

Der Bf wurde vom AG zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Nach der Urteilsverkündung und der Aufhebung des Haftbefehls verzichteten die Staatsanwaltschaft und der Bf auf Rechtsmittel. Der Bf legte später Berufung gegen das Urteil ein und machte die Unwirksamkeit seines Rechtsmittelverzichts geltend, weil die Verurteilung auf einer Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten beruhe. Weder Hauptverhandlungsprotokoll noch Urteil enthalten einen Hinweis auf das Zustandekommen einer Absprache oder die Angabe, dass eine Verständigung nicht erfolgt sei. Im Protokoll ist lediglich vermerkt, dass die Hauptverhandlung vor der Einlassung des Bf für ein „Rechtsgespräch“ unterbrochen wurde, dessen Inhalt und Verlauf von den Verfahrensbeteiligten jedoch unterschiedlich geschildert wird. Während nach der schriftlichen Erklärung der Verteidigerin des Bf im Ergebnis eine Verständigung auf ein Strafmaß von zwei Jahren und zehn Monaten bei gleichzeitiger Aufhebung des Haftbefehls getroffen worden sei, erklärte die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft in ihrer dienstlichen Stellungnahme, es habe kein regelrechtes Gespräch über ein bestimmtes Strafmaß gegeben; ihr sei es vor allem um die Fortsetzung der Untersuchungshaft gegangen, während der Bf in erster Linie eine Aufhebung des Haftbefehls habe erreichen wollen. Dem Vorsitzenden des Schöffengerichts war nach seiner dienstlichen Erklärung der Vorgang nicht mehr genau erinnerlich.

Das LG verwarf die Berufung des Bf, weil es das Zustandekommen einer Absprache für nicht erwiesen und deshalb den Rechtsmittelverzicht für wirksam hielt. Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde blieb vor dem OLG ohne Erfolg. Die Annahme der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts sei nicht zu beanstanden. Da das Verhandlungsprotokoll die von § 273 Abs. 1a StPO geforderten Angaben nicht enthalte, sei seine Beweiskraft entfallen. Im Freibeweisverfahren habe der Bf aufgrund der sich widersprechenden Erklärungen der Ver-

teidigerin und der Vertreterin der Staatsanwaltschaft den Nachweis einer Verständigung nicht zur Überzeugung des Senats führen können.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG hat den mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluss des OLG aufgehoben, weil er den Bf in seinem Prozessgrundrecht auf ein faires Strafverfahren (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) verletze, und die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurückverwiesen. Dessen Beschluss weiche in einer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Weise von den Anforderungen an die richterliche Sachaufklärung ab. Einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts hätte es schon im Hinblick auf die augenfällige Ungereimtheit in der dienstlichen Erklärung der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft bedurft, die einerseits primär das Ziel einer Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft habe verfolgen wollen, andererseits aber in der Hauptverhandlung selbst die Aufhebung des Haftbefehls beantragt habe. Ferner hätte das OLG Stellungnahmen der Schöffen und der Urkundsbeamtin einholen müssen, da nach der widerspruchsfreien Erklärung der Verteidigerin die Gespräche im Sitzungssaal fortgesetzt worden sein sollen. Darüber hinaus hätten verbleibende Zweifel nicht zu Lasten des Bf gewertet werden dürfen. Zwar sei es grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nach der auch im Freibeweisverfahren gebotenen Sachaufklärung nicht zu beseitigende Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen grundsätzlich zu Lasten des Angeklagten gehen. Dies gelte jedoch dann nicht mehr, wenn die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts auf einem Verstoß gegen eine gesetzlich angeordnete Dokumentationspflicht beruhe.

BVerfG, Beschl. v. 5.3.2012 – 2 BvR 1464/11

Quelle: Pressemitteilung vom 20.3.2012

OLG Celle: Kopierkosten als notwendige Verteidigerauslagen

Das Anfertigen von Ausdrucken dem Verteidiger im Rahmen der Akteneinsicht überlassener, auf CDs gespeicherter Textdateien ist jedenfalls bei einem weit überdurchschnittlichen Umfang (hier: 81.900 Telefongespräche auf 43.307 Seiten) zur sachgemäßen Bearbeitung der Rechtssache geboten.

Ein Antrag auf Festsetzung solcher notwendiger Verteidigerauslagen kann nicht mit der Begründung, der Angeklagte werde durch zwei Verteidiger vertreten, die in einer Bürogemeinschaft verbunden sind, so dass die Dateien nur einmal hätten ausgedruckt werden müssen und unter den Verteidigern hätten ausgetauscht werden können, abgelehnt werden.

Der Grundsatz der kostenschonenden Prozessführung kann es jedoch gebieten, durch entsprechende Einstellungen beim Ausdruck die Zahl der Seiten zu verringern.

OLG Celle v. 28.11.2011 – 1 Ws 415/11 (Leitsätze)

BGH: Haftung einer Vertriebsorganisation für strafbares Verhalten ihres Handelsvertreters

Der III. Zivilsenat des BGH hat über die Frage entschieden, unter welchen Voraussetzungen eine Vertriebsorganisation, die Anlagen vermittelt, für ein strafbares Verhalten des von ihr eingesetzten Handelsvertreters einzustehen hat. Im Streitfall ging es um Folgendes:

Auf Empfehlung eines Handelsvertreters der Beklagten hatte der Ehemann der Klägerin im Jahr 2000 an den Deutschen Investment-Trust (DIT) einen Kontoeröffnungsantrag und einen Kaufantrag zum Erwerb von Anteilen an Aktienfonds gerichtet und in der Folgezeit monatliche Zahlungen an die Fondsverwaltungsgesellschaft geleistet. In dem Kontoeröffnungsantrag hatte er zugleich den DIT ermächtigt, sowohl der diesen Auftrag vermittelnden Gesellschaft (Beklagte) als auch dem Vermittler dieses Auftrags (dem Handelsvertreter) zum Zwecke der Beratung über die Vermögensanlage in Fonds der D. Investmentgruppe Investmentkontonummer, Name, Anschrift, Geburtsdatum, Nationalität, Telefon- und Telefaxnummer, Bankverbindung, Depotbestände, Depotbewegungen inklusive der steuerlichen Daten, Daten zu Spar- und Auszahlplänen und weitere Daten zu übermitteln. Die Klägerin hat behauptet, der Handelsvertreter habe im Jahr 2003 die Fondsanlage ihres Ehemanns durch Verkaufsaufträge, die er an den DIT gerichtet habe, aufgelöst. Dabei habe er die Unterschrift ihres Ehemanns gefälscht und den Verkaufswert der Fondsanteile auf sein eigenes Privatkonto überweisen lassen. Der Handelsvertreter ist aufgrund seiner geständigen Einlassung wegen dieses Falles und weiterer Vorgänge zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden.

Das LG hat die auf Zahlung des veruntreuten Betrages gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG der Klage im Wesentlichen entsprochen, allerdings Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche gegen den DIT aus Anlass der Veräußerung der Fondsanteile.

Der BGH hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Er hat die Annahme des Berufungsgerichts gebil-

ligt, dass durch die an den DIT erteilte Ermächtigung, der Beklagten und deren Handelsvertreter zum Zweck der Beratung fortlaufend Informationen zu erteilen, die normalerweise dem Bankgeheimnis unterliegen, nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entstanden ist, das durch den Handelsvertreter verletzt worden ist. Der BGH hat auch die Einstandspflicht der Beklagten nach § 278 Satz 1 BGB bejaht, weil der Handelsvertreter nicht rein zufällig mit den Rechtsgütern des Anlegers in Berührung gekommen ist, sondern weil ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen seinem schuldhaften Verhalten und den Aufgaben bestand, die ihm im Hinblick auf die Entgegennahme der erteilten Informationen zugewiesen waren. Denn der Handelsvertreter erhielt die Informationen bestimmungsgemäß zum Zwecke der Beratung, und er war mit Formularen ausgestattet, die eine Auflösung von Vermögensanlagen ermöglichten.

BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 148/11

Quelle: Pressemitteilung des BGH v.15.3.2012

BGH: Haftung bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH

Der BGH hat über die Haftung von Gesellschaftern einer GmbH entschieden, wenn diese eine stillgelegte Gesellschaft wirtschaftlich neu gründen, die Neugründung aber gegenüber dem Registergericht nicht offenlegen.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer 1993 gegründeten GmbH mit dem Unternehmensgegenstand des Vertriebs von medizinischen Heil- und Pflegemitteln. Die GmbH verfügte Ende 2003 über keinerlei Aktiva und tätigte keine Umsätze mehr. Am 21.7.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstands, verlegte den Gesellschaftssitz und bestellte eine neue Geschäftsführerin. Diese meldete die Änderungen zur Eintragung in das Handelsregister an, ohne die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen, und nahm die Geschäfte entsprechend dem neuen Unternehmensgegenstand auf. Die Beklagte erwarb am 30.12.2005 den einzigen Geschäftsanteil an der GmbH mit einem Nennbetrag von 50.000 DM zum Preis von 7.500 €. Am 8.2.2007 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger stellte Forderungen i.H.v. 36.926,53 € zur Insolvenztabelle fest und beansprucht diesen Betrag von der Beklagten als Erwerberin sämtlicher Geschäftsanteile der GmbH.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat ihr in vollem Umfang stattgegeben. Auf die zugelassene Revision hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen. Der BGH hat das OLG darin bestätigt, dass es sich bei der Aufnahme der Geschäfte mit geändertem Unternehmensgegenstand am 21.7.2004 um eine wirtschaftliche Neugründung handelte. Nach ständiger Rechtspre-

chung des BGH haften in einem solchen Fall die Gesellschafter für die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des in der Satzung ausgewiesenen Stammkapitals (Unterbilanzhaftung). Außerdem ist die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen. In Rechtsprechung und Literatur war bisher umstritten, wie die Haftung ausgestaltet ist, wenn die erforderliche Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unterbleibt. Der BGH hat dazu jetzt entschieden, dass es im vorliegenden Fall für eine etwaige Unterbilanzhaftung der Beklagten, die gegebenenfalls als Erwerberin des Geschäftsanteils haftet, darauf ankommt, ob im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung im Juli 2004 eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem satzungsmäßigen Stammkapital bestanden hat. Da das OLG dazu keine Feststellungen getroffen hatte, ist die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen worden.

BGH, Urt. v. 6.3.2012 – II ZR 56/10

Quelle: Pressemitteilung des BGH v. 6.3.2012

BAG: Mehrarbeit – Vergütungserwartung

Bei Fehlen einer (wirksamen) Vergütungsregelung verpflichtet § 612 Abs. 1 BGB den Arbeitgeber, geleistete Mehrarbeit zusätzlich zu vergüten, wenn diese den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Eine entsprechende objektive Vergütungserwartung ist regelmäßig gegeben, wenn der Arbeitnehmer kein herausgehobenes Entgelt bezieht.

Der Kläger war als Lagerleiter zu einem monatlichen Bruttoentgelt von 1.800 € bei der Beklagten tätig. Im Arbeitsvertrag hatten die Parteien eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart. Bei betrieblichem Erfordernis sollte der Kläger ohne besondere Vergütung zu Mehrarbeit verpflichtet sein. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt der Kläger Vergütung für 968 in den Jahren 2006–2008 geleistete Überstunden.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG hat ihr stattgegeben. Das BAG hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen und dazu ausgeführt: Die Beklagte schuldet dem Kläger nach § 612 Abs. 1 BGB Überstundenvergütung. Angesichts der Höhe des vereinbarten Bruttoentgelts war die Leistung von Überstunden nur gegen eine zusätzliche Vergütung zu erwarten. Der vertragliche Ausschluss jeder zusätzlichen Vergütung von Mehrarbeit war wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Der Arbeitsvertrag lässt aus der Sicht eines verständigen Arbeitnehmers nicht erkennen, welche Arbeitsleistung der Kläger für das regelmäßige Bruttoentgelt schuldet. Er konnte bei Vertragsschluss nicht absehen, was auf ihn zukommen würde.

BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10

Quelle: BAG, Pressemitteilung 16/2012

Aus dem Parlament

Besserer Schutz von Vertrauensverhältnissen zu Berufsgeheimnisträgern

Das Land Schleswig-Holstein hat im Bundesrat einen Gesetzesantrag eingebracht, der den absoluten Schutz des § 160a Abs. 1 StPO vor strafprozessualen Beweiserhebungs- und -verwendungsmaßnahmen auf alle in § 53 Abs. 1 Satz 1 StPO genannten Berufsgeheimnisträger erstrecken will. Der Entwurf will die „als unbefriedigend erachtete“ Ausdifferenzierung in absolut und relativ geschützte Vertrauensverhältnisse beseitigen.

Bundesrats-Drucksache 99/12 v. 23.2.2012

www.zwh-online.de

Stärkung von Eurojust

Das Eurojust-Gesetz v. 12.5.2004 (BGBl. I, 902) soll geändert werden. Die Bundesregierung hat dazu einen Gesetzentwurf vorgelegt. Neu sind insbesondere die Einführung eines sog. Koordinierungs-Dauerdienstes bei Eurojust, ausführliche Regelungen über die Befugnisse der nationalen Mitglieder, die Einführung eines Eurojust-Koordinierungssystems auf nationaler Ebene und weitgehende Unterrichtungspflichten der EU-Mitgliedstaaten gegenüber ihrem jeweiligen nationalen Mitglied. Eurojust hat den Status einer EU-Agentur und koordiniert grenzüberschreitende Strafverfahren auf europäischer Ebene. Das Gesetz soll die Arbeit der nationalen Justizbehörden Europas im Bereich der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität koordinieren und den Informationsaustausch zwischen den nationalen Justiz- und Polizeibehörden fördern. Arbeitsbereiche sind u.a. die Terrorbekämpfung, die Bekämpfung und Prävention des illegalen Waffenhandels, des Drogenhandels, des Menschenhandels, der Kinderpornografie und der Geldwäsche.

Quelle: Hib 125 v. 8.3.2012

BT-Drucks. 17/8728 v. 24.2.2012

www.zwh-online.de

Anhörung zum gesetzlichen Whistleblowerschutz

Zum Thema Whistleblowing führte der Ausschuss für Arbeit und Soziales des Bundestages am 5.3.2012 eine öffentliche Anhörung durch, an der 13 Sachverständige teilnahmen. Anlass der Anhörung waren ein Gesetzentwurf (Bundestagsdrucks. **17/8567**; s. dazu ZWH aktuell 3/2012, R 6) der SPD-Fraktion sowie ein Antrag (Bundestagsdrucks. **17/6492**) der Fraktion Die Linke. Die Stellungnahmen der Sachverständigen sind unter <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a111/anhoerungen/Archiv/index.html> nachlesbar. (Red.)

Spitzen-Beratung.

Die personalrechtliche Situation von Führungskräften ist verzwickelt: Die für Arbeitnehmer entwickelten arbeitsrechtlichen Grundsätze gelten für sie nur bedingt, und die zum Anstellungsvertrag hinzutretende Organstellung als Geschäftsführer oder Vorstand eines Unternehmens wird stark durch gesellschaftsrechtliche Vorgaben geregelt. Nicht zu vergessen die steuerrechtlichen Aspekte, die bei einem gewinnbringenden Vertragsabschluss mit einer Führungskraft stets zu berücksichtigen sind.

Dieses neue Handbuch macht Ihnen die Beratung von Führungskräften leicht: Als Informations- und Nachschlagewerk erläutert es die personalrechtlichen Besonderheiten von Führungskräften in Abgrenzung zu normalen Arbeitnehmern sowie aus den drei rechtlichen Blickwinkeln – Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht. Die Darstellung richtet sich dabei immer nach dem Verlauf des Anstellungsverhältnisses.



Besgen **Handbuch Führungskräfte**
Arbeits-, Gesellschafts- und Steuerrecht für
Geschäftsführer, Vorstände und leitende Ange-
stellte. Herausgegeben von RA Dr. Nicolai Besgen.
Bearbeitet von 12 namhaften Autoren aus der
anwaltlichen Praxis. 2012, 832 Seiten
Lexikonformat, gbd. 89,80 €.
ISBN 978-3-504-42058-1.

Das Buch führt den Leser von der Begründung des Anstellungsverhältnisses, über die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages zu den vielfältigen Fragen und Rechtsfolgen der Beendigung und dem personalrechtlichen Schicksal der Führungskraft in Sondersituationen wie Betriebsübergang und Insolvenz. In weiteren Kapiteln werden die zunehmenden Pflichten der Führungskräfte aus Datenschutz- und Compliance-Aspekten dargestellt sowie ausführlich die wichtigen Grundlagen der zivil- und steuerrechtlichen Haftung der Führungskräfte. Ein Kapitel zu den verfahrensrechtlichen Besonderheiten sowie viele Praxistipps, Musterformulierungen und Checklisten runden das Werk ab. Besonderes Highlight: Die typischen Vertragsklauseln aus jeweils arbeits- und steuerrechtlicher Sicht.

Spitzen-Beratung. Besgen **Handbuch Führungskräfte**. Eine kleine Leseprobe gefällig? Schlagen Sie nach unter www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943** ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht **Handbuch Führungskräfte** 832 Seiten Lexikonformat, brosch. 89,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42058-1.

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 11/11

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln