

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

Wichtige Tatbestände – Prozessuale Besonderheiten -
Nebenfolgen

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick



Rechtsanwalt Benjamin Lanz

- Studium der Rechtswissenschaften (Schwerpunkt Steuerrecht) in Greifswald
- Referendariat am Oberlandesgericht Rostock
- Dozent in der Referendarausbildung am Landgericht Stralsund (seit 2015)
- Fachanwaltskurs Strafrecht in Hamburg (2016)
- Zertifizierter Verteidiger für Wirtschaftsstrafrecht (DSV) (2018)
- bundesweit als Strafverteidiger insbesondere auf dem Gebiet des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts tätig

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

Themenbereiche

- **ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts**
 - (Abrechnungs-)Betrug, insbesondere im medizinischen Bereich
 - Insolvenzverschleppung
 - Bankrott
 - Vorenthalten von Arbeitsentgelt
 - Untreue
- **prozessuale Besonderheiten**
- **Nebenfolgen**
 - ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände
 - Wettbewerbsbeschränkungen
 - Ausschluss von der Geschäftsführung

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

1. (Abrechnungs-)betrug

- kein eigener Tatbestand, Voraussetzungen richten sich nach § 263 StGB – ABER: Vorwurf der gewerbsmäßigen Begehung nach § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB und des Vermögensverlustes großen Ausmaßes, § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB häufig
- in allen Bereichen des Wirtschaftslebens anzutreffen, besonders häufig im medizinischen Bereich (Ärzte, Zahnärzte, Pflegedienste, Physiotherapeuten, Apotheker, aber auch Krankentransportunternehmen)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

1. (Abrechnungs-)betrug

- **Ausgangspunkt:** Derjenige, der eine Abrechnung aufgrund einer Rahmenvereinbarung z.B. Gebührenordnung oder auch aufgrund eines Vertrages vorlegt erklärt auch, dass diese korrekt ist und den gesetzlichen oder vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Ist dies nicht der Fall, wurde der Empfänger der Abrechnung über deren Richtigkeit getäuscht. Zahlt der Empfänger den ausgewiesenen Betrag, nimmt er aufgrund eines Irrtums eine Vermögensverfügung (Zahlung) vor und erleidet demzufolge auch einen Vermögensschaden.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

1. (Abrechnungs-)betrug

• Fallgruppen:

- Der Abrechnung steht überhaupt keine Leistung gegenüber („*nicht erbrachte Leistungen*“)
 - Abrechnung von nicht erbrachten Leistungen (z.B. in der Altenpflege)
- Die Leistung wurde zwar erbracht, aber nicht nach den gesetzlichen oder vertraglichen Vorgaben („*nicht so erbrachte Leistungen*“)
 - mit der Vorlage der Abrechnung wird gleichzeitig behauptet, dass die Leistung wie vereinbart erbracht wurde und damit abrechnungsfähig ist (siehe nur: OLG Rostock, Beschluss vom 19. Dezember 2013 – Ws 320/13 –, zitiert nach juris, dort Rn. 20)
 - Beispiele: Tätigkeiten werden nicht von einem Arzt, sondern –unzulässigerweise– vom Assistenzpersonal erbracht; Die Voraussetzungen eines Gebührentatbestands liegen aufgrund der tatsächlichen Durchführung nicht vor (Abrechnung von Gebührenerhöhungen bei Selbsterbringung von Laborleistungen, BGH, Beschluss vom 25.01.2012, 1 StR 45/11), Verstoß gegen das „Depotverbot“ bei niedergelassenen Ärzten
- „Kick back“ Zahlungen, die zu einer tatsächlichen Reduzierung der abrechenbaren Gebühren führen

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

1. (Abrechnungs-)betrug

• Verteidigungsansätze

• Auslegung vertraglicher Vereinbarungen

- Zweifel bei der Auslegung vertraglicher Vereinbarungen (z.B. zwischen den Krankenkassen oder dem Verband der Ersatzkassen und den Pflegediensten oder Krankentransportunternehmen) dürfen wegen des Zweifelsgrundsatzes nicht zu Ungunsten des Beschuldigten gehen
- ist eine abrechenbare Leistung nach den vertraglichen Vereinbarungen oder nach einer Gebührenordnung nicht hinreichend zu bestimmen, ist im Zweifel nicht von einer – vorsätzlich- falschen Abrechnung auszugehen (LG Düsseldorf, Beschluss vom 28.04.2015, 1 AR 13/15 -zitiert nach juris)
- auch der unterlassene Hinweis, auf eine ggf. abweichende Rechtsauffassung begründet mangels Garantspflicht u.U. keine Betrugsstrafbarkeit (LG Düsseldorf, aaO) -> gegenüber dem Patienten kann diese jedoch als vertragliche Nebenpflicht bestehen

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

1. (Abrechnungs-)betrug

• Verteidigungsansätze

• Schadensberechnung und Schadenshöhe

- Auch in Fällen, in denen die abgerechnete Leistung tatsächlich und in der Sache beanstandungsfrei erbracht wurde, es aber z.B. an der erforderlichen Qualifikation des Erbringers fehlt, eine Abrechenbarkeit nicht gegeben ist, legt der BGH den gesamten Abrechnungsbetrag als Schaden zu Grunde – eine Verrechnung mit dem tatsächlichen Wert der Leistung findet –trotz Kritik in der Literatur- nicht statt
- Schätzungen sind, soweit sie mit den strafprozessualen Grundsätzen (z.B. mit Sicherheitsabschlägen) vereinbar sind, zulässig (BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 – 2 StR 109/14 –, juris, dort Rn. 26)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

2. Insolvenzverschleppung

- Rechtsgrundlage ist § 15a Abs. 4 InsO = Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht „*einen Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt,*“
- Normadressaten:
 - ausschließlich die Vertreter juristischer Personen (GmbH, UG, AG, aber auch Ltd., S.a.r.l. oder LLP)
 - Wer Vertreter im Sinne der Norm ist, ergibt sich aus den jeweils für die Gesellschaftsform einschlägigen Gesetzen (z.B. GmbHG)
 - auch der faktische Geschäftsführer kann Verantwortlicher im Sinne der Norm sein (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 4 StR 323/14 –, zitiert nach juris, dort im Leitsatz)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

2. Insolvenzverschleppung

- Antragspflicht im Falle einer führungslosen Gesellschaft neu in das Gesetz eingeführt (§ 15a Abs. 3 InsO) (MoMiG)
- Führungslosigkeit = Fehlen eines wirksam bestellten Vertretungsorgans (AG Hamburg, Beschluss vom 27.11.2008 - 67 c IN 478/08, DZWIR 2009, S. 173) (nur Tod oder Abrufung, nicht „Untertauchen“)
- Bei Führungslosigkeit ist jeder Gesellschafter oder jedes Aufsichtsratsmitglied zur Antragstellung verpflichtet
- BEACHTEN: eingeschränkte Antragspflicht = nur bei Kenntnis der Insolvenzreife UND der Führungslosigkeit

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

2. Insolvenzverschleppung

• Insolvenzreife

- seit Einführung der Insolvenzordnung zum 01.01.1999 werden die Begriffe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung legal definiert
- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO): *„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“*
- Überschuldung (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO): *„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“*

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

2. Insolvenzverschleppung

- Insolvenzreife

- Die Anwendung dieser Definitionen im Strafrecht ist höchst bedenklich und kann nur insoweit erfolgen, als dass die strafprozessualen Grundsätze gewahrt werden.
- Beispiel: Der § 17 Abs. 2 InsO enthält einen Anscheinsbeweis für die Zahlungsunfähigkeit, der mit der Unschuldsvermutung nicht vereinbar ist.
- Drohende Zahlungsunfähigkeit ist schon ihrem Wortlaut nach nicht geeignet eine Insolvenzantragspflicht zu begründen (so auch: *Böttger*, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 19, 2. Auflage, Rn. 111)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

2. Insolvenzverschleppung

• Insolvenzureife

• Beginn der Antragspflicht

- mit dem Eintritt der Insolvenzureife – umstritten, einerseits wird vertreten, dass sich dieser ausschließlich nach dem objektiven Eintritt der Insolvenzureife richtet (*Otte* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Auflage, § 15a InsO, Rn. 114). Auf die Kenntnis des Antragsverpflichteten kommt es hiernach nicht an. Andererseits wird vertreten, dass es auf die Kenntnis des Antragspflichtigen ankommt (so *Böttger*, aaO, Rn. 198). Hierfür spricht auch die Ausgestaltung der Norm mit Fahrlässigkeitsalternative (so auch:BGH, Beschluss vom 30. Juli 2003 – 5 StR 221/03 –, BGHSt 48, 307-314, hier zitiert nach juris)
- § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO "*ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung*„
- Die Frist darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen nicht ausgeschöpft werden, wenn sich Sanierungsbemühungen bereits vorher zerschlagen haben, jedenfalls nicht ohne triftige Gründe (BGH, Urteil vom 09. Juli 1979 – II ZR 118/77 –, zitiert nach juris)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Voraussetzungen:
 - Insolvenzreife + drohende Zahlungsunfähigkeit (s.o.)
 - geringfügige Liquiditätslücken und das nur vorübergehende Fehlen von Liquidität bei der strafrechtlichen Auslegung der insolvenzrechtlichen Definition unberücksichtigt bleiben (Bundestags-Drucksache 12/2443, Seite 114)
 - Insbesondere die Anwendung des § 19 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit) begegnet erheblichen Zweifeln, da diese Regelung nur juristische Personen betrifft, während § 283 StGB diesbezüglich keine Unterscheidungen macht.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Tatbestandsalternativen:

- **Beiseiteschaffen:** Ein Solches ist gegeben, wenn der Schuldner Vermögensgegenstände dem Gläubigerzugriff entzieht oder diesen wesentlich erschwert (BGH, Urteil vom 29. April 2010 – 3 StR 314/09 –, zitiert nach juris, dort im Leitsatz). Ein Beiseiteschaffen kann beispielsweise in einer Überweisung von Geldern von einem Geschäftskonto auf ein Privatkonto (*Fischer*, aaO, Rn. 4), in einer Verschiebung von Geldern auf Konten von "Off Shore" Gesellschaften (OLG Frankfurt, Beschluss vom 18. Juni 1997 – 1 Ws 56/97 –, zitiert nach juris) oder in einer rechtswirksamen Veräußerung ohne Empfang eines entsprechenden Gegenwertes liegen (z.B. bei Scheinrechnungen).

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Tatbestandsalternativen:

- **Verheimlichen:** Ein Verheimlichen ist anzunehmen, wenn das Verhalten darauf abzielt, das Vorhandensein eines Vermögensgegenstands der Kenntnis der Gläubiger zu entziehen (*Fischer*, aaO, Rn. 5). Dazu gehört neben dem Leugnen des Vorhandenseins (z.B. durch Nichtangabe im Insolvenzantrag und auch danach) auch das Behaupten eines, den Gläubigerzugriff hindernden Rechtsverhältnisses (z.B. Sicherungseigentum des Verkäufers).

- **Zerstören, Beschädigen und Unbrauchbarmachen:** Zu beachten ist, dass nicht jede dieser Tathandlungen unter den Begriff fällt. Es ist vielmehr notwendig, dass dies auch den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Wirtschaftens widerspricht. Das bedeutet, dass wenn das Zerstören, Beschädigen oder Unbrauchbarmachen wirtschaftlich sinnvoll ist, die Tatbestandsmäßigkeit einer solchen Handlung entfällt. So ist beispielsweise der Abriss einer auffälligen Immobilie regelmäßig mit den Grundsätzen ordnungsgemäßen Wirtschaftens vereinbar.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Tatbestandsalternativen:

- **Verlustgeschäfte:** Der Begriff umfasst Geschäfte, die schon nach der Vorkalkulation zu einer Vermögensminderung führen werden. Dies ist regelmäßig beim Verkauf von Gegenständen unter dem Einkaufspreis der Fall (so auch *Böttger*, aaO, Rn. 132).
- **Spekulationsgeschäfte:** Dies sind Geschäfte, bei denen ein hohes Verlustrisiko in der Hoffnung auf einen besonders großen Gewinn eingegangen wird (*Fischer*, aaO, Rn. 8). Diese Definition ist ersichtlich schwammig und bedarf der Konkretisierung. Es kann nicht ausreichen, dass das Geschäft gewagt oder unsicher ist. Vielmehr ist mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu fordern, dass das Gelingen vom reinen Zufall abhängt (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 16, Seite 240).

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Tatbestandsalternativen:

- **Differenzgeschäfte:** Bei diesen handelt es sich eigentlich um Spekulationsgeschäfte, die nach Außen auf die Lieferung von Waren oder Wertpapieren (auch: ausländische Geldsorten) gerichtet sind, aber eigentlich auf die Realisierung eines spekulativen Gewinns aufgrund von Marktschwankungen abzielen (z.B. Waretermingeschäfte).
- **unwirtschaftliche Ausgaben, Spiel und Wette:** Die Begriffe "Spiel" und "Wette" sind mit Bezug auf § 762 BGB zu sehen. Hierzu zählen beispielsweise die Teilnahme an Lottospielen und Pferdewetten. Unwirtschaftliche Ausgaben sind außer in Fällen in denen der Repräsentationsaufwand des Kaufmanns die Grenzen des Notwendigen und Üblichen überschreitet auch dann anzunehmen, wenn die Ausgaben zum Vermögen des Täters in keinem Verhältnis stehen (*Fischer*, aaO, Rn. 11 mit weiteren Nachweisen).

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

• Tatbestandsalternativen:

- **Nichtführen von Handelsbüchern trotz Verpflichtung:** Voraussetzung ist die Pflicht zum Führen von Handelsbüchern nach § 238 Abs. 1 HGB. Hierzu ist jeder Kaufmann zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet. Dies sind zunächst Istkaufleute, also Personen die ein Handelsgewerbe betrieben und ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb erforderlich ist. Des Weiteren werden auch Formkaufleute (§ 6 Abs. 1 HGB; Handelsgesellschaften) und Kannkaufleute im Sinne des § 2 HGB erfasst.
- **mangelhafte Führung oder Veränderung von Handelsbüchern:** Dies ist der Fall, wenn auch ein sachverständiger Dritter die Vermögenslage des Schuldners nicht innerhalb angemessener Zeit feststellen kann (BGH, Beschluss vom 07. Februar 2002 – 1 StR 412/01 –, zitiert nach juris). In der Praxis ist dies regelmäßig der Insolvenzverwalter.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Tatbestandsalternativen:
 - **Beiseiteschaffen, Verheimlichen, Zerstören oder Beschädigen von Handelsbüchern:** Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Auch für diese Tatbestandsalternative ist es notwendig, dass durch die Tathandlung die Übersicht über die Vermögenssituation erschwert wird.
 - **Aufstellen von Bilanzen entgegen dem Handelsrecht / Nichtaufstellen einer Bilanz:** Hiervon wird auch die nicht fristgemäße Aufstellung einer Bilanz erfasst. Die Fristen ergeben sich je nach Gesellschaftsform z.B. aus § 264 HGB, § 243 Abs. 3 HGB oder § 336 Abs. 1 Satz 2 HGB. Wie bei den vorangegangenen Tatbestandsalternativen muss auch hier eine Erschwerung der Übersicht über die Vermögenssituation festgestellt werden.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

3. Bankrott

- Weitere Besonderheiten:
 - Nach § 283 Abs. 2 StGB macht sich ebenfalls strafbar, wer durch die Vornahme von Handlungen im Sinne des Absatzes 1 (siehe oben) eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit erst herbeiführt – dolus eventualis reicht
 - Absätze 4 und 5 des § 283 StGB sehen Privilegierungen desjenigen Verantwortlichen vor, der hinsichtlich des Eintritts oder Verursachung der Unternehmenskrise fahrlässig bzw. leichtfertig handelt oder die Tathandlungen nach § 283 Abs. 1 Nr. 2, 5 oder 7 StGB nur fahrlässig begeht und die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit fahrlässig nicht kennt oder verursacht

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- Besser: Vorenthalten oder Nichtanmelden von Sozialversicherungsbeiträgen
- Wortlaut: *„Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“* (§ 266a Abs. 1 StGB)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- „Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber
 - der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen **unrichtige oder unvollständige Angaben** macht oder
 - die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle **pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt**
 - und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält.“ (§ 266a Abs. 2 StGB)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- Weiterhin sieht § 266a Abs. 4 StGB besonders schwere Fälle vor. In diesen liegt die Strafe zwischen 6 Monaten und 10 Jahren Freiheitsstrafe.
- Täter kann nur der Arbeitgeber sein. Nach § 611 BGB ist derjenige Arbeitgeber, dem der Arbeitnehmer Dienste leistet und von dem er persönlich abhängig ist.
- Die Feinheiten des Arbeitgeberbegriffs sind kaum überschaubar und müssen am Einzelfall bestimmt werden. Insbesondere bei Fragen der sogenannten „Scheinselbstständigkeit“ ist die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis besteht von grundlegender Bedeutung.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- Bei juristischen Personen oder Personenvereinigungen als Arbeitgeber sind nach § 14 StGB die vertretungsberechtigten Organe oder besonders Beauftragte verantwortlich.
- Beispiele: Geschäftsführer einer GmbH, Vorstand einer AG oder eines Vereins
- Prokuristen, leitende Angestellte o.Ä. können strafrechtlich nur dann in Anspruch genommen werden, wenn ihnen das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge explizit zugewiesen wurde oder sie den Betrieb im Sinne des § 14 Abs. 2 StGB leiten.
- Die Rechtsprechung nimmt überdies auch eine Verantwortung des „faktischen Geschäftsführers“ an (insb. in sogenannten „Strohmann“-Fällen; BGHSt 47, 324)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- Bei mehreren Geschäftsführern oder Vorständen sind alle gemeinsam strafrechtlich verantwortlich.
- Ausnahme: Interne Zuständigkeitsvereinbarungen (BGH NStZ 1997, 125ff.; Bittmann in: Insolvenzstrafrecht, § 21 Rn. 24)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- Zum Begriff des Arbeitnehmeranteils i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB:
 - Nach § 266a Abs. 1 StGB sind die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung geschützt (NICHT: der Gesamtsozialversicherungsbeitrag, z.B. auch Beiträge zur Unfallversicherung, Ausbildungsverhältnisse (<325 € Vergütung), FSJ).
 - Geringfügige Beschäftigungen im Sinne des § 8 SGB IV sind ebenfalls nicht von § 266a Abs. 1 StGB erfasst, weil die Pauschalzahlungen keine Beiträge des Arbeitnehmers sind (aber von § 266 Abs. 2 StGB).
- Zum Begriff der Arbeitgeberanteils i.S.d. § 266a Abs. 2 StGB:
 - Der § 266a Abs. 2 StGB knüpft hingegen an die Verletzung sozialversicherungsrechtlicher **Erklärungspflichten** an. Erfasst werden alle Beiträge des Arbeitgebers (auch: Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung, Pauschalzahlungen bei geringfügiger Beschäftigung etc.).
 - Der Tatbestand ist der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO nachempfunden.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Vorenthalten von Arbeitsentgelt

- Zum Begriff der Arbeitgeberanteils (Fortsetzung):
 - Es macht sich strafbar, wer unrichtige oder unvollständige Angaben (z.B. zur Anzahl der Arbeitnehmer, zur Lohnhöhe etc.) macht, oder diese Angaben unterlässt (Verletzung von Meldepflichten).
- Verteidigungs- und Beratungsansätze:
 - Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge – nur Anmeldung der Arbeitgeberbeiträge
 - Argumentation am Arbeitnehmer- und/oder Arbeitgeberbegriff

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- nach § 266 StGB macht sich strafbar, wer *"die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt."*
- zum einen gibt es eine "Missbrauchsvariante" (§ 266 Abs. 1 1. Alt. StGB) und zum anderen die "Treibbruchvariante" (§ 266 Abs. 1 2. Alt. StGB)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Voraussetzungen:

1. das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht bzw. Vermögensfürsorgepflicht,
2. der Missbrauch einer Befugnis oder eine Pflichtwidrigkeit in Bezug auf einer Pflicht im Sinne der Nr. 1 und
3. die Nachteilszufügung (Schaden)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- unzählige Konstellationen in denen eine Vermögensbetreuungs- oder fürsorgepflicht bestehen kann
- im Wirtschaftsstrafrecht besonders relevant: Vertretungsorgane von juristischen Personen des privaten Rechts (Geschäftsführer und Prokuristen sowie Vorstände, auch für Aufsichtsratsmitglieder bestehen teilweise umfangreiche Pflichten im Hinblick auf die Vermögenssorge (aktuell: BGH, Beschluss vom 26.11.2015 - 3 StR 17/15 -, zitiert nach www.bundesgerichtshof.de)
- auch: Nachlassverwalter, Insolvenzverwalter oder auch der Vormund

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Befugnisträger des öffentlichen Rechts

nicht nur die aktive Veruntreuung im Sinne der zweck- und damit pflichtwidrigen Verwendung von Geldern, sondern auch die Nichtvornahme wirtschaftlich vorteilhafter Handlungen für das Vermögen des Dritten (z.B. einer Gemeinde) kann tatbestandsmäßig sein -> Beispiel:

bereits die mit einem Vertragsschluss verknüpfte Erwartung von Gewerbesteuerereinnahmen und/oder dem Erhalt bzw. der Schaffung von Arbeitsplätzen als kann als Vermögensvorteil anzusehen sein (BGH, Urteil vom 29. Januar 1997 – 2 StR 633/96 –, zitiert nach juris)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Missbrauchsvariante des § 266 StGB wird weitestgehend dadurch charakterisiert, dass ein rechtsgeschäftliches Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens eine Überschreitung der Kompetenzen im Innenverhältnis darstellt (*Joecks* in: Studienkommentar-StGB, 8. Auflage, § 266, Rn. 18 mit weiteren Nachweisen; *Beukelmann* in: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Auflage, § 18, Rn. 8; BGH, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 4 StR 492/10 –, zitiert nach juris, dort Rn. 9)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- neben der Befugnis zur Besorgung fremder Vermögensinteressen wird für die Missbrauchsalternative diskutiert, ob auch eine Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht vorliegen muss. *Fischer* (aaO, Rn. 6a) macht es sich insofern einfach, als dass er -mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes- die Verletzung einer Pflicht zur fremdnützigen Vermögensbetreuung zum Unrechtskern der Regelung erklärt und somit die Missbrauchsalternative zum "überflüssigen" Spezialfall der umfassenderen Treubruchalternativen macht
- ebenfalls aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 06. Dezember 2001 – 1 StR 215/01 –, zitiert nach *juris*, dort Rn. 16) leitet *Beukelmann* (aaO, Rn. 8) eine differenzierte Ansicht ab

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- im Ergebnis dürfte diese Unterscheidung jedoch rein akademischer Natur sein, da auch die differenzierte Ansicht die Missbrauchsalternative als einen speziellen Fall des Treubruchtatbestands ansieht
- in der Praxis wird auf eine Unterscheidung deshalb weitestgehend verzichtet (so auch: *Fischer*, aaO, Rn. 23)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Pflichtwidrigkeit:
 - Inkongruenz zwischen den Verhaltensanforderungen und dem konkreten Handeln oder Unterlassen des Treupflichtigen (*Beukelmann*, aaO, Rn. 40)
 - Verhaltensanforderungen im Einzelfall?
 - wäre jedwede Verletzung einer Pflicht tatbestandsmäßig würde der Tatbestand grenzenlos
 - Koppelung mit Fahrlässigkeitskriterien so dass bereits das Außerachtlassen der im (Geschäfts-)Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB führt

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Pflichtwidrigkeit:
 - notwendige Einschränkung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung
 - anders: BGH = keine „gravierende Pflichtverletzung“ notwendig (Beschluss vom 26.11.2015 - 3 StR 17/15 -, zitiert nach www.bundesgerichtshof.de)
 - Einschränkung nur noch über das Erfordernis eines funktionalen Zusammenhangs zwischen Verletzungshandlung und der übernommenen Vermögensbetreuungspflicht (BGH in: wistra 2001, S. 305)
 - Zivilrechtsakzessorietät?

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Pflichtwidrigkeit:
 - z.B. *Fischer* (aaO, Rn. 59) = ein zivilrechtlich zulässiges Verhalten ist nicht strafbar
 - umgekehrte Zivilrechtsakzessorietät? – Nein, da nicht jedes zivilrechtswidrige Verhalten zwingend auch den strafrechtlichen Schutzbereich verletzt
 - PROBLEM: Tendenz in der Rechtsprechung zivilrechtliche Haftungsnormen für die Auslegung heranzuziehen
 - Beispiel: § 93 Abs. 1 AktG

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Pflichtwidrigkeit:

- § 93 Abs. 1 AktG: *"Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln."*
- keine Strafnorm, es handelt sich um eine rein zivilrechtliche Haftungsnorm für Schäden die der Gesellschaft oder ihren Gläubiger entstanden sind
- die Vorschrift dient dem Schutz der Aktionäre und, wie Abs. 4 Satz 3 und 4 zeigen, über den Schutz des Gesellschaftsvermögens auch dem Schutz der Gläubiger – sie ist deswegen aber noch kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB (so auch: MüKoAktG/Spindler, § 93, Rn. 1-4, beck-online)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Pflichtwidrigkeit:
 - Bundesgerichtshof in Strafsachen zieht die Regelung zur Auslegung des Tatbestands der Untreue im Sinne des § 266 StGB heran (siehe nur: BGH 1 StR 220/09 - 13. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth) [= HRRS 2010 Nr. 945])
 - Umfang und Grenzen der Vermögensbetreuungspflicht (siehe oben) bei Vorstandsmitgliedern u.a. nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bestimmen (BGH, aaO, 5. Bearbeiterleitsatz)
 - wenn ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG feststellbar = Pflichtwidrigkeit (+) (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 – 5 StR 134/15 –, juris, dort Rn. 27)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

I. Ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

4. Untreue, § 266 StGB

- Pflichtwidrigkeit:
 - nicht nur bei der Aktiengesellschaft – über § 43 GmbHG ähnliche Anforderungen auch bei der GmbH
- Vermögensnachteil:
 - *"Ein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB ist durch einen (Wert)Vergleich des gesamten betroffenen Vermögens vor und nach der beanstandeten Verhaltensweise des vermögensbetreuungspflichtigen Täters zu bestimmen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. August 2006 - 4 StR 117/06, NStZ-RR 2006, 378, 379; vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48 ff.; siehe auch Beschlüsse vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199; vom 14. April 2011 - 2 StR 616/10, NStZ 2011, 638; vom 23. Februar 2012 - 1 StR 586/11, NStZ 2013, 38, 39 Rn. 15). Maßgeblich ist der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach den pflichtwidrigen Verhaltensweisen zu Lasten des bzw. der betroffenen Vermögen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199; vom 14. April 2011 - 2 StR 616/10, NStZ 2011, 638; vom 23. Februar 2012 - 1 StR 586/11, NStZ 2013, 38, 39 Rn. 15)." (BGH, Beschluss vom 08. März 2017 – 1 StR 540/16 –, Rn. 9, zitiert nach juris)*

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

II. Prozessuale Besonderheiten (Auswahl)

Verwertungs- und Verwendungsverbote im Wirtschaftsstrafrecht

- *Nemo tenetur se ipsum accusare* – Selbstbelastungsfreiheit
- Grundlage allgemein: § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO (Beschuldigter), § 55 Abs. 1 StPO (Zeuge) – Ausgangspunkt sind Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

II. Prozessuale Besonderheiten (Auswahl)

Verwertungs- und Verwendungsverbote im Wirtschaftsstrafrecht

- In Fällen, in denen verschiedene Verfahren und Verfahrensordnungen zusammentreffen, kommt es häufiger zu Konflikten mit der Selbstbelastungsfreiheit
- Beispiele:
 - Insolvenzgeheimnis, § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO: Der § 97 Abs. 1 Satz 2 InsO regelt, dass auch über Tatsachen Auskunft gegeben werden muss, die geeignet sind eine Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit herbeizuführen - Aussagen des Schuldners im Rahmen seiner Auskunft im Insolvenzverfahren dürfen nicht gegen seinen Willen gegen ihn verwendet werden (BVerfG, Beschluss v. 13.01.1981, 1 BvR 116/77 – „Gemeinschuldnerbeschluss“)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

II. Prozessuale Besonderheiten (Auswahl)

Verwertungs- und Verwendungsverbote im Wirtschaftsstrafrecht

- Beispiele (Fortsetzung):

- Beweisverwendungsverbot, § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB: Der Behandelnde ist nach § 630c Abs. 2 Satz 2 verpflichtet, den Patienten auf Nachfrage oder zur Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung über einen möglichen Behandlungsfehler zu informieren. Damit müsste er sich ggf. einer Straftat bezichtigen.
- wohl weitgehend wirkungslos (*Spickhoff* in: Zeitschrift für das Versicherungsrecht 2013, 282) – Vernehmung des Adressaten weiter möglich und so die Einführung in die Hauptverhandlung – keine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

II. Prozessuale Besonderheiten (Auswahl)

Verwertungs- und Verwendungsverbote im Wirtschaftsstrafrecht

- Beispiele (Fortsetzung):
 - Fehlende Entlastung u.a. bei der Befragung von Mitarbeitern (siehe hierzu: *Lanz*, Internal Investigation – Grenzen betriebsinterner Aufklärung von Straftaten, abrufbar unter *lanz-legal.de*)
 - Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet, auch wenn er sich selbst belasten müsste (so auch: *Taschke/Zapf*, Überlegungen zu einer Ethik interner Untersuchungen in: *Kempf/Lüderssen/Volk*, Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht, S. 197, die zutreffend darauf hinweisen, dass dies mit dem Bundesarbeitsgericht auch aus dem Arbeitgeberweisungsrecht hergeleitet werden kann).
 - **Wie lässt sich dieser Umstand mit der Selbstbelastungsfreiheit vereinbaren?**

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

II. Prozessuale Besonderheiten (Auswahl)

Verwertungs- und Verwendungsverbote im Wirtschaftsstrafrecht

- Beispiele (Fortsetzung):

- Teilweise wird angenommen, dass Auskünfte gegenüber dem Arbeitgeber, die zu einer Kündigung oder Strafverfolgung führen können, den Arbeitnehmer übermäßig belasten und demnach unzumutbar sind (Tscherwinka in: Festschrift für Imme Roxin, S. 528).
- Andererseits wird vertreten, dass, da es sich um eine arbeitsvertragliche also privatrechtliche Auskunftspflicht des Arbeitnehmers handele, kein Aussageverweigerungsrecht bestehe (LG Hamburg, Beschluss vom 15. Oktober 2010 – 608 Qs 18/10 –, zitiert nach juris, dort Rn. 83; Knauer/Buhlmann, Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen - Was bleibt von nemo-tenetur und fair Trial? in: Anwaltsblatt 6/2010, S. 389, die dies aus BGH, Urteil vom 30. April 1964 – VII ZR 156/62 –, BGHZ 41, 318-327 ableiten)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

II. Prozessuale Besonderheiten (Auswahl)

Verwertungs- und Verwendungsverbote im Wirtschaftsstrafrecht

- Beispiele (Fortsetzung):
 - Kein Zwangsmittelverbot wie in § 888 Abs. 3 ZPO (Arg.)
 - Weitgehend wird eine Unverwertbarkeit der Ergebnisse interner Ermittlungen wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit abgelehnt (*Taschke/Zapf*, aaO, S. 198; *Knauer/Buhlmann*, , S. 390; LG Hamburg, aaO).
 - ABER: Der "fair trial"-Grundsatz gebietet es, zumindest bei einer gezielten Umgehung der prozessualen Hürden durch die Ermittlungsbehörden eine analoge Anwendung der §§ 136, 136a StPO vorzunehmen (*Taschke/Zapf*, aaO, S. 198; zutreffend weiter: *Knauer/Buhlmann*, aaO; *Lanz*, aaO).

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

a) § 30 OWiG

- Im deutschen (Kern-)Strafrecht gilt der Grundsatz „societas delinquere non potest“ – Eine Gesellschaft kann kein Unrecht begehen
- Ausnahme ist die Regelung des § 30 OWiG, der eine Bebußung von Unternehmen ermöglicht
- § 30 OWiG ist einer Vermögensabschöpfungsnorm und kann deshalb bereits nach § 30 Abs. 5 OWiG nicht neben der Einziehung (früher: Verfall) angewendet werden

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

a) § 30 OWiG

• Voraussetzungen:

- vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person (oder Mitglied), Vorstand eines rechtsfähigen Vereins (oder Mitglied), vertretungsberechtigter Gesellschafter, Generalbevollmächtigter, Prokurist oder sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer Personenvereinigung verantwortlich handelt
- Straftat oder Ordnungswidrigkeit, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

a) § 30 OWiG

• Voraussetzungen:

- jedes tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Verhalten
- auch Ordnungswidrigkeiten fallen als rechtswidrige und vorwerfbare Handlungen unter den Tatbestand
- keine Verurteilung des betroffenen Unternehmensführer notwendig
- Es ist ausreichend, wenn klar ist, dass eine Leitungsperson eine strafbare Handlung begangen hat (so: BGH, Beschluss vom 08. Februar 1994 – KRB 25/93 –, zitiert nach juris).
- durch die Straftat oder Ordnungswidrigkeit muss eine unternehmensbezogene Pflicht (zumeist: Aufsichts- und Überwachungspflichten) verletzt worden sein

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

a) § 30 OWiG

• Voraussetzungen:

- Vermögensvorteil (zumindest beabsichtigt) für das Unternehmen – wohl wie in § 263 StGB (*Nießler* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 30, Rn. 45)
- Beispiele für Anknüpfungstaten: § 130 OWiG, Korruptionsdelikte, Steuerhinterziehung (Körperschafts- oder Gewerbesteuer), Arbeitszeitregelungen, Mindestlohnunterschreitung (§ 23 AEntG)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

a) § 30 OWiG

• Voraussetzungen:

- Handeln des Täters in Ausübung seiner Leitungsposition (nicht: bei Gelegenheit)
- Beispiel: Geschäftsführer einer GmbH, der seinen Geschäftspartner bei Vertragsverhandlungen bestiehlt – kein Bezug zur Ausübung der Leitungsposition

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

a) § 30 OWiG

• Folgen:

- Geldbuße bis zu 10 Millionen Euro, bei einer fahrlässigen Anknüpfungstat bis zu 5 Millionen Euro (§ 30 Abs. 2 OWiG)
- Bemessung nach den Grundsätzen des § 17 Abs. 4 OWiG (Abschöpfung des erlangten Vorteils beim Unternehmen)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

b) § 130 OWiG

• Voraussetzungen:

- Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens
- auch die dem Inhaber gleichstehenden gesetzlichen Vertreter juristischer Personen (Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 02.11.2005, 1 Ss 242/05, zitiert nach juris, Rn. 18; zu rechtfertigen ist die Einbeziehung über § 9 Abs. 1 OWiG)
- vorsätzlich oder fahrlässig eine Aufsichtsmaßnahme unterlassen / möglich, erforderlich und zumutbar (BGH, Urteil vom 01. Juli 1997, 1 StR 244/97, zitiert nach juris, Rn. 5)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

1. Ausgewählte Ordnungswidrigkeitentatbestände (Unternehmenshaftung)

b) § 130 OWiG

• Voraussetzungen:

- welche Aufsichtsmaßnahmen notwendig gewesen wären, ist nur am Einzelfall zu bestimmen (so auch: Thüringer Oberlandesgericht, aaO, Rn. 21)
- Allgemein: sorgfältige Personalauswahl, sinnvolle Aufgabenverteilung, Mitarbeiter, ihren Tätigkeiten entsprechend anweisen und aufklären, Überwachung und Kontrolle der Mitarbeiter, ggf. auch Hinweis- und Sanktionensystem etablieren
- Grenze von Überwachung und Kontrolle bilden die rechtlichen Rahmenbedingungen: Datenschutz, Persönlichkeitsrechte, Grenzen des Arbeitgeberweisungsrechts

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

2. Wettbewerbsbeschränkungen

Der § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

- *"Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen **Bauftrag der in § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber** sollen Bewerber bis zu einer **Dauer von drei Jahren** ausgeschlossen werden, die oder deren nach Satzung oder Gesetz Vertretungsberechtigte nach*

1 § 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 9 bis 11,

2. § 404 Abs. 1 oder 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch,

3. §§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1b oder 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes oder

*4. **§ 266a Abs. 1 bis 4 des Strafgesetzbuches***

*zu einer **Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als neunzig Tagessätzen verurteilt oder mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind.**"*

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

2. Wettbewerbsbeschränkungen

Der § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

- Ausschluss von der Teilnahme an Ausschreibungen nur bei Aufträgen öffentlicher Auftraggeber (Gebietskörperschaften (z.B. Gemeinde, Landkreise, auch Bundesländer) und deren Sondervermögen sowie andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, wenn sie zu dem Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen)
- § 98 Nr.5 GWB = auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts sind öffentliche Auftraggeber macht, wenn diese für Tiefbaumaßnahmen oder *"die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen oder Auslobungsverfahren"* Gelder von öffentlichen Stellen im Sinne des § 98 Nr. 1 bis 3 GWB bekommen haben und dieses Projekt damit zu mehr als 50 Prozent finanziert wird (öffentlich geförderte Baumaßnahmen)

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

2. Wettbewerbsbeschränkungen

Der § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

- über den Ausschluss entscheiden die vorbezeichneten Auftraggeber als Vergabestellen selbst (so auch Berwanger in: Fehn, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, § 21, Rn. 4 mit Verweis auf BT-Drs. 12/7199, Anlage, S. 3 Nr. 5)
- keine Rechtsbehelfe vorgesehen – nur auf Behinderungs- und Diskriminierungsverbote gestützte Klagen, entweder nach §§ 102ff. GWB bei den Vergabekammern oder per Feststellungsklage bei den ordentlichen Gerichten

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

2. Wettbewerbsbeschränkungen

Der § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

- Soll-Vorschrift, in atypischen Fällen kann vom Ausschluss abgesehen werden (objektive Gesichtspunkte sind zu berücksichtigen (hier nach *Berwanger*, aaO., Rn. 15)):
 - die absolute und relative Zahl der illegal beschäftigten Arbeitnehmer
 - eine bestehende Wiederholungsgefahr
 - die Frage ob der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen die Wirtschaftslage des Unternehmens gefährdet
 - die Frage ob die illegale Beschäftigung zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt hat

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

3. Der Ausschluss von der Geschäftsführung

- Rechtsgrundlage: § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG
- Voraussetzungen:
 - vorsätzliche Straftat(en):
 - des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),
 - des Strafgesetzbuchs nach den §§ 283 bis 283d (Insolvenzstraftaten),
 - der falschen Angaben nach § 82 dieses Gesetzes oder nach § 399 des Aktiengesetzes,
 - der unrichtigen Darstellung nach § 400 des Aktiengesetzes, § 331 des Handelsgesetzbuches, § 313 des Umwandlungsgesetzes oder § 17 des Publizitätsgesetzes oder
 - nach den §§ 265b bis 266a oder den §§ 263 bis 264a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

3. Der Ausschluss von der Geschäftsführung

- Folgen:

- Ausschluss von der Geschäftsführung – Bestellung eines ausgeschlossenen Geschäftsführers ist nichtig – gilt auch bei nachträglichem Eintritt der Voraussetzungen (*Melchior*, Ausschlussgründe für Geschäftsführer werden novelliert. Schwarze Schafe - Weiße Weste: Reloaded! in: GmbHR Blickpunkt 03/05)
- kein Gesellschafterbeschluss mehr notwendig
- Erlöschen der Vertretungsbefugnis ist nach § 39 Abs. 1 GmbHG dem Handelsregister anzuzeigen
- Geht der nicht mehr vertretungsberechtigte "Geschäftsführer" Verbindlichkeiten für die Gesellschaft ein und ist seine fehlende Vertretungsbefugnis nicht aus dem Handelsregister ersichtlich, kann die Gesellschaft dem Vertragspartner die fehlende Vertretungsbefugnis schon wegen § 15 Abs. 1 HGB nicht entgegen halten. Die Gesellschaft haftet dann dementsprechend für, vom nicht vertretungsberechtigten Geschäftsführer eingegangene Verbindlichkeiten.

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

III. Nebenfolgen

3. Der Ausschluss von der Geschäftsführung

- Folgen:

- Nach §§ 8 Abs. 3, 39 Abs. 3, 67 Abs. 3 GmbHG müssen die Geschäftsführer bzw. Liquidatoren bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister und bei der Neubestellung von Geschäftsführern oder Liquidatoren versichern, dass *"keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 entgegenstehen und dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind"* (Wortlaut § 39 Abs. 3 und § 8 Abs. 3 GmbHG).
- Verschweigen derartiger Verurteilung führt somit zu einer Strafbarkeit nach § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG
- *„Der Ausschluss gilt für die **Dauer von fünf Jahren** seit der Rechtskraft des Urteils, wobei die Zeit nicht eingerechnet wird, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.“*

Wirtschaftsstrafrecht im Überblick

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!