

REDAKTION

RA Prof. Dr. Björn Gercke
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Prof. Dr. Helmut Pollähne



AUS DEM INHALT

BGH

Mitteilungspflichten bei Verständigung

Umfang der Urteilsaufhebung bei rechtswidriger Verständigung

Reichweite des Verwertungsverbots bei gescheiterter Verständigung

Belehrung des Angeklagten bei Unterbreitung eines Verständigungsvorschlags

Beihilfe durch berufstypische Handlungen
Schörner/Bockemühl

Verfolgungsverjährung bei Bestechung im geschäftlichen Verkehr **Dann**

Tatentdeckung; besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung bei Beihilfe
Wehnert

Absehen vom Verfall in Härtefällen

Wirtschaftlicher Vermögensbegriff

Vermögensschaden bei Darlehensvergabe

Irrtumfeststellungen bei Massenbetrugsfällen

Unvermeidbarer Verbotsirrtum bei Einholung anwaltlichen Rechtsrats

Betrug durch »Abmahnanwalt«

Schadenskompensierender Vermögenszuwachs

Tatvollendung bei Steuerhinterziehung

Schätzung von Besteuerungsgrundlagen

Tabaksteuerhinterziehung bei Verbringen nach Deutschland

Oberlandesgerichte

KG

Unterbrechung der Strafverfolgungsverjährung durch Anordnung des dinglichen Arrests und Gewährung von Akteneinsicht?

Auftragslose Fremdanzeige

Köln

Zwangslage bei Wucher

Rostock

Steuergeheimnis als Versagungsgrund für Akteneinsichtsgewährung an Dritte

Zweibrücken

Entbindung von der Schweigepflicht bei insolventer juristischer Person

Aufsätze

Hellen Schilling/Yannic Hübner

»Non-conviction-based confiscation« – Ein Fremdkörper im neuen Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung?

Heiner Christian Schmidt

Der Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB bei Investitionen in Schneeballsysteme

Rezension

Imme Roxin

Sammelrezension Wirtschaftsstrafrecht

Heft 1
Januar 2018
Seiten 1 – 68
38. Jahrgang
Art.-Nr. 07764801
PVSt 20232

1

Carl Heymanns Verlag

Beihilfe durch berufstypische Handlung

StGB § 27

Für die Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen »neutralen« Handlungen sind die folgenden Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den »Alltagscharakter«; es ist als »Solidarisierung« mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.

BGH, Beschl. v. 26.01.2017 – 1 StR 636/16 (LG Stuttgart)

Aus den Gründen: [1] Das LG hat den Angekl. wegen Beihilfe zum versuchten Betrug in zwei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 60 T\$. zu je 70 Euro verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angekl. Sein Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); i.Ü. ist es unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO.

[2] I. Das LG hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

[3] Der nicht revidierende Mitangekl. H. T. wurde vom LG wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in drei Fällen sowie wegen Betrugs in zwölf Fällen, davon in sieben Fällen versucht, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt, seine mitangeklagte Ehefrau N. T. wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen und Beihilfe zum versuchten Betrug in drei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 150 T\$. zu je 10 Euro. Dem Mitangekl. H. T.

wurde vor allem angelastet, durch fingierte Unfälle einen Betrug bzw. versuchten Betrug ggü. den gegnerischen Versicherungen begangen zu haben. Dazu nutzte dieser entweder geringfügige Fahrfehler anderer Verkehrsteilnehmer bewusst zur Herbeiführung eines Verkehrsunfalls aus oder machte bei Straßen- bzw. Parkunfällen nicht auf das Unfallereignis zurückzuführende Schäden geltend, um den jeweiligen Sachbearbeiter der in Anspruch genommenen gegnerischen Versicherung entspr. zu täuschen.

[4] Der Angekl. hat als RA im Namen der Mitangekl. H. bzw. N. T. in zwei Fällen mit anwaltlichen Schreiben jeweils ggü. den Versicherungsunternehmen der Geschädigten Ansprüche aus solchen fingierten Verkehrsunfällen geltend gemacht. Zu einer Auszahlung von Versicherungsleistungen kam es in beiden Fällen nicht. Das LG ist davon überzeugt, dass dem Angekl., nachdem er in zwei vorausgegangenen Fällen jeweils Schreiben der Versicherungen erhalten hatte, in denen diese die Auszahlung der erhobenen Forderungen wegen fehlender Plausibilität und Kompatibilität der Schäden verweigerten, die Betrugsabsichten des Mitangekl. bewusst waren. Um im hart umkämpften Anwaltsmarkt keinen Mandanten zu verlieren, sei der Angekl. jedoch weiterhin bereit gewesen, für die Mitangekl. tätig zu sein.

[5] II. Die Verurteilung des Angekl. wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[6] 1. Das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen einer strafbaren Beihilfe ist nicht belegt.

[7] a) Nach der Rspr. des BGH sind für die Beihilfestrafbarkeit bei berufstypischen »neutralen« Handlungen die folgenden Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den »Alltagscharakter«; es ist als »Solidarisierung« mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (BGH, Beschl. v. 20.09.1999 – 5 StR 729/98 [= StV 2000, 479], BGHR/StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 20; Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176 und v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99, BGHSr 46, 107 [112 ff.] [= StV 2000, 492]).

[8] b) Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht tragfähig belegt.

[9] Zwar stellt das LG fest, dass der Angekl. S. bei seiner anwaltlichen Tätigkeit gewusst habe, dass die von ihm geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen. Es gründet diese Überzeugung darauf, dass er innerhalb von mehr als drei Jahren vor dem Tatgeschehen schon mehrmals Ansprüche aus Unfallgeschehen – einmal für H. T. und dreimal für N. T. – geltend gemacht habe. Diese Häufigkeit der Unfallbeteiligungen innerhalb »kürzester Zeit« hätte ihm auffallen müssen. Zudem habe er in zwei dieser Fälle im Zeitraum Januar bis Februar 2014 zwei Schreiben von Versicherungen erhalten, die die Auszahlung der erhobenen Forderungen wegen

fehlender Plausibilität und Kompatibilität der Schäden verweigerten. Er habe außerdem im August 2014 die Verteidigung des H. T. in einem Ermittlungsverfahren übernommen. Das Verfahren sei wegen des Vorwurfs des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr und gewerbsmäßigen Betrugs geführt worden.

[10] Der hieraus gezogene Schluss auf das festgestellte Wissen um die Nichtberechtigung der geltend gemachten Ansprüche und mithin der nach den oben aufgezeigten Maßgaben ausreichenden subjektiven Voraussetzungen beruht nicht auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung, da die Erwägungen hierzu lückenhaft bleiben.

[11] Das Tätigwerden im gegen den H. T. gerichteten Ermittlungsverfahren ist schon deswegen kein geeigneter Ansatzpunkt, da nicht festgestellt ist, welche Kenntnisse der Angekl. über die Vorwürfe tatsächlich erlangt hat. Zudem betraf das Ermittlungsverfahren H. T.; der Angekl. wurde jedoch zur Durchsetzung der Ansprüche der Mitangekl. N. T. tätig. Das mehrfache Auftreten von Ersatzansprüchen der Eheleute T. innerhalb von mehr als drei Jahren hätte zwar Anlass sein können, an der Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche zu zweifeln, das Wissen um die Nichtberechtigung der Ansprüche folgt daraus – auch mangels näherer Auseinandersetzung des LG mit den Abläufen in der Kanzlei des Angekl. und seiner Vorstellung über die Beschäftigung der Eheleute T. – indes nicht. Der Beweiswert der ablehnenden Schreiben der Versicherung lässt sich angesichts der kargen Feststellungen hierzu nicht beurteilen. So wird schon nicht mitgeteilt, ob diese Schreiben überhaupt Ansprüche betrafen, die von N. T. geltend gemacht worden sind. [...]

Mitgeteilt von RA Prof. Dr. Jan Bockemühl, Regensburg.

Beihilfe durch berufstypische Handlungen

StGB § 27

Auch berufstypische Handlungen, wie etwa Beratungs- oder Unterstützungshandlungen von Rechtsanwälten, können eine strafbare Beihilfe darstellen. Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral; denn nahezu jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden. Allerdings kann nicht jede Handlung, die sich im Ergebnis tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden; vielmehr bedarf es in Fällen, die sog. neutrale Handlungen betreffen, einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall.

BGH, Beschl. v. 21.12.2016 – 1 StR 112/16 (LG Koblenz)

Anmerkung: I. Einführung. Mit den beiden zu besprechenden Beschlüssen hat sich der 1. Strafsenat binnen eines Monats zur nach wie vor aktuellen Frage der Strafbarkeit berufstypischer Beihilfehandlungen geäußert und sich inhaltlich der Rechtsprechung des 5. Strafsenats¹ angeschlossen. Eine Konkretisierung der Kriterien des 5. Strafsenats war damit leider nicht verbunden. Damit wurde (zumindest vorläufig) eine Chance vertan, eine für die Praxis handhabbare Substan-

¹ Seit BGH (5. Strafsenat), Beschl. 26.10.1998 – 5 StR 746/97 = StV 2000, 474 [Notarentscheidung]; Beschl. v. 20.09.1999 – 5 StR 729/98 = StV 2000, 479 [Warentermingeschäftsentscheidung].

tierung und Präzisierung der Problematik des Umgangs mit der strafrechtlichen Relevanz von berufsspezifischen Handlungen vorzunehmen. Rechtsklarheit und -sicherheit ist mit diesen Entscheidungen des *1. Strafsenats* für Berufsgeheimnisträger nicht verbunden.² Seit Ende der 1990-er Jahre beschäftigen sich die *Strafsenate* des *BGH* in zahllosen Fällen mit der Frage inwieweit »normale« oder »professionell adäquate« Berufshandlungen eine strafbare Beihilfe begründen können.³

II. Strafbare Beihilfehandlung. Die aktuelle Rspr. des *5. Strafsenats* des *BGH*, der sich nunmehr der *1. Strafsenat* angeschlossen hat, nahm ihren Ausgangspunkt in der Notarentscheidung, welche anschließend durch den oftmals als Grundlagenentscheidung bezeichneten Beschluss vom 20.09.1999 konkretisiert wurde. Der *BGH* prägte dabei folgende »Formel«:

»Ziel das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den »Alltagscharakter«; es ist als »Solidarisierung« mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (...).«

Hierbei hat der *5. Senat* sich für eine vornehmlich subjektive Lösung entschieden und damit gleichzeitig anderen Lösungsansätzen, die z.B. den Weg über die objektive Zurechnung oder die Figur der Sozialadäquanz beschreiten wollten, eine Absage erteilt.⁴ Demnach ist eine berufstypische Handlung immer dann als strafbare Beihilfehandlung zu subsumieren, wenn (1.) das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Berufsträger diesbezüglich mindestens sicheres Wissen hat. Hält der Hilfeleistende hingegen (2.) es lediglich für möglich, dass sein Tun für eine strafbare Handlung instrumentalisiert wird, so scheidet im Grundsatz eine Strafbarkeit aus,

»es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.«

III. Stellungnahme. In der Folge sah sich diese »Formel« des *BGH* methodischer Kritik ausgesetzt. Im Wesentlichen waren dies drei vornehmlich inhaltlich und ein prozessual/formaler Kritikpunkt(e). In Fällen des sicheren Wissens des Hilfeleistenden ist der Bezugspunkt des Ausschließlichkeitskriteriums unklar. Grundsätzlich kommen hier die »Begehung der Haupttat« oder die »Verwendung der Beihilfetat« in Betracht.⁵ Ferner ist in Fällen des *dolus eventualis* das Kriterium der »erkennbaren Tatgeneignetheit« kaum konturiert.⁶

Zudem ist das Verhältnis der beiden Strafbarkeitsvarianten zueinander widersprüchlich. In den *dolus eventualis*-Fällen soll eine »erkennbare Tatgeneignetheit« als zusätzliches Kriterium zum *dolus* ausreichend sein, während bei den Fällen des direkten Vorsatzes eine »erkennbare Tatgeneignetheit« gerade nicht ausreichend, sondern vielmehr das »ausschließliche Ab-

zielen« erforderlich sein soll. Warum in den Fällen des »gravierenderen Vorsatzes« die erkennbare Tatgeneignetheit nicht ausreichend sein soll, bleibt unbegründet.⁷

Darüber hinaus mutet das Kriterium des »Sich-angelegen-sein-lassens«⁸ als ein Scheinkriterium an.⁹ Da sich in den *dolus eventualis*-Fällen eine Strafbarkeit des Helfenden nur dann ergibt, wenn das Risiko für ein strafbares Verhalten des Unterstützten durch den Helfenden positiv erkannt worden ist, und der Helfende trotzdem handelt, kann kein Zweifel an einer »billigenden Inkaufnahme« des erkannten Risikos bestehen. Bei einer billigenden Inkaufnahme wird man dann (wohl) auch immer automatisch das »Sich-angelegen-sein-lassen« zu bejahen haben. Bei lebensnaher Betrachtungsweise erscheint eine Differenzierung durch die Instanzgerichte nicht leistbar.¹⁰

Diese vier (inhaltlichen) Kritikpunkte an der Rechtsprechung zur Strafbarkeit berufsspezifischer Beihilfehandlungen werden auch durch die beiden vorliegenden Entscheidungen des *1. Strafsenats* dogmatisch keiner Klärung zugeführt.

Vielmehr zeigt sich in beiden Beschlüssen evident, dass die Instanzgerichte bei der praktischen Umsetzung der »Formel des *BGH*« erhebliche Schwierigkeiten haben. Es sind in Fällen berufstypischer Unterstützungshandlungen hinreichende Feststellungen i.S.v. § 267 Abs. 1 StPO zu treffen und in den Urteilsgründen darzustellen, die die Gesichtspunkte für eine ausnahmsweise Strafbarkeit einer grundsätzlich üblichen und professionell-adäquaten Handlung belegen.¹¹ Folglich sind insbesondere Feststellungen zum »Ausschließlichkeitskriterium« in den *dolus-directus*-Fällen und solche zur »Höhe des erkannten Risikos« in den *dolus-eventualis*-Fällen erforderlich.

In beiden Entscheidungen lässt der *1. Strafsenat* die durch die *Landgerichte* getroffenen Feststellungen, betreffend der subjektiven Tatseite der Beihilfe nicht genügen. Der *Senat* fügt sich damit in eine Reihe von Entscheidungen – auch anderer *Strafsenate* – ein, durch welche Verurteilungen von berufstypisch Handelnden aufgehoben wurden, gerade weil die Darstellungen der subjektiven Tatseite für das *Revisionsgericht* nicht tragfähig waren. Der *Bundesgerichtshof* scheint hier durch die strengeren Anforderungen an die zu treffenden Feststellungen einen prozessualen Weg zu beschreiten, durch welchen die Strafbarkeit berufstypischer Verhalten eingeehrt

2 Ins Visier genommen werden soll im Rahmen dieser Anmerkung nicht die Frage von Strafbarkeitsrisiken sog. neutraler, alltäglicher Verhaltensweisen. Dieses Strafbarkeitsproblem beschäftigt die Strafrechtswissenschaft spätestens seit *Kirka*, Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, 1840, S. 62 f.

3 Zum Meinungsstand vgl. nur *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007.

4 Vgl. hierzu nur v. Heintschel-Heinegg-StGB/*Kudlich*, 2. Aufl. 2015, § 27 Rn. 12 m.w.N.

5 So auch v. Heintschel-Heinegg-StGB/*Kudlich* (Fn. 4), § 27 Rn. 14.2 m.w.N.; zu Recht weist *Amelung* FS Grünwald, 1999, S. 9 (13), darauf hin, dass eine ausschließlich deliktische Verwendung einer berufstypischen Handlung kaum vorstellbar ist.

6 BeckOK-StGB/*Rackow*, 33. Ed. (Stand: 01.12.2016), Lexikonbeitrag: Neutrale Handlungen, Rn. 15; MüKo-StGB/*Joels*, 3. Aufl. 2017, § 27 Rn. 86.

7 So auch v. Heintschel-Heinegg-StGB/*Kudlich* (Fn. 4), § 27 Rn. 14.4.

8 Bei dem Adjektiv »angelegen« handelt es sich um eine antiquierte Form von »wichtig sein«; nach DIE ZEIT, Das Lexikon, Band 17 »angelegen«.

9 In die gleiche Richtung gehend MüKo-StGB/*Joels* (Fn. 6), § 27 Rn. 87.

10 Insoweit bleibt also ungeklärt, ob es sich bei dem »Angelegen-sein-lassen« überhaupt um ein zusätzliches Kriterium handelt.

11 So auch v. Heintschel-Heinegg-StGB/*Kudlich* (Fn. 4), § 27 Rn. 13.2.

wird. Eine Verlässlichkeit wird dadurch aber gerade nicht begründet.¹²

So sehr die Aufhebungen der Schuldsprüche in den konkreten Fällen zu begrüßen sein mögen, wäre eine klare und handhabbarere Positionierung der Rechtsprechung wünschenswert. Denkbar ist eine Auflösung des Dilemmas beispielweise in der Form, dass eine Strafbarkeit berufstypischer Handlungen in den Fällen positiver Kenntnis grundsätzlich gegeben ist, während eine Strafbarkeit in den Fällen, in denen die subjektive Seite »darunter liegt«, grundsätzlich ausscheidet.¹³

Hierdurch wäre ein deutliches Mehr an Rechtssicherheit für alle Beteiligten gewonnen. Zumindest zugunsten der Berufsgeheimnisträger i.S.d. § 53 StPO sollte der hier skizzierte Schritt gegangen werden, da diese per se einem ungleich höheren Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sind als Mitglieder anderer Professionen und ihnen nicht zugemutet werden sollte, sich auf die in diesen Fällen erheblichen Unwägbarkeiten einer Beweiswürdigung einzulassen, an der die Instanzgerichte immer wieder scheitern.

Wiss. Mit. Ass. jur. *Christian Schörner*, LMU München, und
Rechtsanwalt Prof. Dr. *Jan Bockemühl*, Regensburg.