

Herausgeber Vizepräsident des LG Professor Dr. Michael Huber  
Professor Dr. Stephan Lorenz  
Professor Dr. Thomas Rönnau  
Professor Dr. Andreas Voßkuhle

Gründungsherausgeber Dr. Dr. Heinrich Götz  
Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke

Schriftleitung Rechtsanwalt Dr. Christoph Knauer  
Dr. Georg Neureither  
Professor Dr. Klaus-Peter Schroeder

www.jus.beck.de

## Aufsätze

Professor Dr. Stephan Barton, Bielefeld

### Rechtsgestaltung und Strafrecht\*

Das moderne Strafrecht dehnt sich stetig aus. Kriminalstrafen drohen heutzutage nicht mehr nur bei vorsätzlich begangenen gravierenden Verletzungen anderer Bürger (wie z. B. Tötung, Raub, Vergewaltigung), der strafrechtliche Rechtsgüterschutz ist vielmehr gegenüber seiner ursprünglichen Konzeption sowohl erweitert als auch vorverlagert worden. Hiervon sind in besonderem Maß die Bereiche Wirtschaft und Unternehmen betroffen. Das hat auch Auswirkungen auf die strafrechtlichen Prüfungsaufgaben. Daher sollte sich jeder (angehende) Jurist die nachstehende Entwicklung mit ihren Auswirkungen vergegenwärtigen.

#### I. Steigende strafrechtliche Risiken für Unternehmen und Wirtschaft

Die Kennzeichen der eingangs genannten Entwicklung<sup>1</sup> lassen sich stichwortartig wie folgt beschreiben: Der moderne Gesetzgeber schafft zunehmend Tatbestände, die durch eine erhebliche *Unbestimmtheit*<sup>2</sup> und *Flexibilität* gekennzeichnet sind. Dabei verflüchtigt sich nicht selten die Konkretheit des klassischen Individualrechtsgüterschutzes (wie etwa Leben, Freiheit, Eigentum, Vermögen) hin zum Schutz konturloser Universalrechtsgüter (wie Volksgesundheit, Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, Schutz der staatlichen Wirtschaftsförderung usw.)<sup>3</sup>. Statt der konkreten Verletzung eines Rechtsguts (Tod eines anderen, Vermögensschaden, Zueignung einer fremden beweglichen Sache) reicht überdies immer häufiger schon deren *abstrakte Gefährdung*<sup>4</sup>.

Forciert wird diese Entwicklung durch die *Schaffung neuer Zurechnungsmöglichkeiten* durch die Gesetzgebung – verwiesen sei hier nur auf § 14 StGB oder § 130 OWiG, die zu einer Ausdehnung des Strafrechts auf Vertreter bzw. zu einem Auffangtatbestand bei der Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen geführt haben. Aber auch die Strafrechtsdogmatik „entdeckt“ neue Zurechnungsmöglichkeiten: So ist es beispielsweise mit der Figur des „Täters hinter dem Täter“ gelungen, den Zugriff auf bisher strafrechtsfreie Bereiche auszudehnen und neben den unmittelbar Handelnden auch die Leitungsebene unter dem Gesichtspunkt der „Organisationsherrschaft“ strafrechtlich zu erfassen<sup>5</sup>. Eine Strafbarkeit durch berufstypisches Verhalten – also an sich neutraler Handlungen, wie etwa die Mitwirkung von Bankangestellten

beim Transfer von Geld ins Ausland (Luxemburg) – wird von der Rechtsprechung grundsätzlich bejaht<sup>6</sup>. Ein letztes Beispiel: Im Bereich der strafrechtlichen Produkthaftung hat der BGH die Anforderungen an die Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen der Verwendung des Produkts und aufgetretenen Körperverletzungen zurückgeschraubt; er bejaht die generelle Kausalität auch dann, wenn der naturgesetzliche Kausalzusammenhang nicht geklärt oder nicht aufklärbar ist<sup>7</sup>.

Auch auf der *Sanktionsebene* drohen Wirtschaft und Unternehmen erweiterte Risiken: Neue Abschöpfungsinstrumente (speziell die Verfallsvorschriften) erleichtern den Zugriff auf verdächtiges Vermögen; § 30 OWiG sieht zudem eine Bußgeldverhängung mit erheblichem Sanktionspotenzial gegen juristische Personen und Personenvereinigungen vor<sup>8</sup>. Hinzu kommen schließlich *erweiterte prozessuale Befugnisse*<sup>9</sup> und *bessere kapazitätsfähige Ausstattungen* der Strafverfolgungsbehörden. Eine gewisse Rolle bei der faktischen Ausdehnung des Strafrechts dürfte auch einem zu beobachtenden neuen Selbstverständnis und einem gewachsenen Selbstbewusstsein von Staatsanwälten zukommen.

Neben die seit jeher relevanten zivilrechtlichen Haftungsrisiken sind für Unternehmen deshalb zunehmend auch echte

\* Der Autor ist geschäftsführender Leiter des Instituts für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld; er ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht.

- 1 Vertiefend Hassemer, in: *ders.*, *Freiheitliches StraFR*, 2001, S. 215 ff.
- 2 Formen und Beispiele der „Flucht des Gesetzgebers in die Unbestimmtheit“ schildert Hassemer, in: NK-StGB, 1995, Vorb. § 1 Rdnrn. 490 ff.
- 3 Vgl. Hassemer, *Einf. in die Grundlagen des StraFR*, 2. Aufl. (1990), S. 274.
- 4 Hassemer (o. Fußn. 1), S. 224 f.
- 5 Ursprünglich bei der Aufarbeitung der Regierungskriminalität in der DDR (vgl. BGHS 40, 218 = NJW 1994, 2703 = NStZ 1995, 26), später übertragen u. a. auf unternehmerische Organisationsstrukturen; vgl. Kühl, *StGB AT*, 4. Aufl. (2002), § 20 Rdnr. 73 b mit Rspr.-Nachw. Ähnliches gilt für die Figur des sog. faktischen Geschäftsführers; vgl. dazu Schmid, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck*, *WirtschaftsstraFR*, 3. Aufl. (2000), § 30 Rdnrn. 10 ff.
- 6 BGHS 46, 107 = NJW 2000, 3010; vgl. dazu die Nachw. bei Kühl (o. Fußn. 5), § 20 Rdnrn. 222 f.; ausf. Roxin, *StGB AT II*, 2003, § 26 Rdnrn. 218 ff.; aus der Studienliteratur sei verwiesen auf Hillenkamp, 32 *Probleme aus dem StraFR AT*, 10. Aufl. (2001), S. 170 ff.
- 7 Kühl (o. Fußn. 5), § 4 Rdnr. 6 a.
- 8 Vgl. dazu Eidam, *Unternehmen und Strafe*, 2. Aufl. (2001), S. 202 ff.
- 9 So ermöglichen die §§ 111 b ff. StPO die Sicherstellung von Verfalls- und Einziehungsgegenständen.

strafrechtliche Risiken getreten. Hiervon zeugen in besonders deutlicher Weise spektakuläre Strafverfahren, wie beispielsweise die Anklagen gegen die ehemaligen Aufsichtsratsmitglieder der Firma Mannesmann. Für die Unternehmen stellen strafrechtliche Ermittlungen ganz erhebliche Belastungen und „Kostenfaktoren“ dar: Das gilt nicht erst für den Fall, dass die Verfahren zu Strafen oder Bußen führen, sondern schon für die Ermittlungsverfahren als solche; man denke nur an die mit Durchsuchungen und Beschlagnahmen (etwa von Akten und Computern) verbundenen gravierenden Beeinträchtigungen. Hingewiesen sei ferner auf die mit der Einleitung von Strafverfahren verbundene empfindliche Rufschädigung<sup>10</sup> – selbst wenn die Ermittlungen später folgenlos eingestellt werden sollten.

## II. Rechtsgestaltung – Eine neue Perspektive

In Anbetracht der durch staatsanwaltliche Ermittlungsmaßnahmen anfallenden „Kosten“ stellt sich die Frage, ob sich die strafrechtlichen Risiken durch sachkundige Beratung sowie gegebenenfalls durch rechtliche und faktische Gestaltung der Unternehmenstätigkeit nicht maßgeblich reduzieren lassen. Diese Frage ist umso berechtigter, als sich allgemein in der Rechtspraxis ein Trend zur Streitvermeidung durch vorbeugende Rechtsgestaltung erkennen lässt: Wozu soll es zu einem Rechtsstreit oder Prozess kommen, wenn sich diese durch Vertragsgestaltung effektiv vermeiden lassen? Anders formuliert: Wenn sich das Strafrecht vorverlagert und ausweitet, muss dann nicht auch die unternehmerische Planung und anwaltliche Beratung in einem früheren Stadium beginnen? Damit wird die Frage nach Möglichkeiten der Rechtsgestaltung im Zusammenhang mit strafrechtlichen Risiken aufgeworfen.

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es dabei nicht, wirtschaftsstrafrechtliche Fragen in ihrer vollen Tiefe für die Strafrechtsdogmatik oder die Praxis auszuschöpfen. Es geht vielmehr darum, die Umrisse einer neuen Perspektive, mit der das Strafrecht schon im Studium wahrgenommen und vermittelt werden kann, aufzuzeigen. Besondere Bedeutung wird dabei den methodischen Grundlagen dieser Sichtweise zukommen. Doch zunächst ist zu fragen, ob es überhaupt Rechtsgestaltung im Strafrecht geben kann.

### 1. Rechtsgestaltung und Strafrecht: Begriffsbestimmung und Inhalt

Unter Rechtsgestaltung ist die „zukunftsgerichtete Gestaltung von privaten Lebensverhältnissen mit den Mitteln und in den Grenzen des Rechts“<sup>11</sup> zu verstehen. Kennzeichnend für diese Tätigkeit ist eine instrumentelle Sicht auf das Recht. An die Stelle der rückwärtsgewandten Streitentscheidung durch Gerichte tritt die präventive Streitvermeidung. Rechtsgestaltung hat sich dabei innerhalb des Freiraums zu bewegen, den die Rechtsordnung durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit geschaffen hat<sup>12</sup>; sie ist Ausdruck der Privatautonomie und findet zwangsläufig ihre Grenzen dort, wo die Rechtsordnung den Bürgern keine Dispositionsfreiheit einräumt, namentlich also im Bereich des nicht disponiblen Rechts<sup>13</sup>. Die Strafrechtsgesetze stellen nun die geradezu klassische Form zwingenden Rechts dar: Es können also weder die Bürger untereinander noch im Verhältnis zum Staat wirksam geltendes Strafrecht außer Kraft setzen. Die Ge- und Verbote des StGB sind nicht abdingbar; insofern kann es begrifflich keine Rechtsgestaltung im Strafrecht geben. Damit hat sich die Ausgangsfrage aber nicht erledigt; es gibt nämlich – und

damit sind wir beim Thema – Rechtsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung strafrechtlicher Risiken.

1. Beispielsfall: Die Erstellung von AGB stellt sicherlich einen Akt der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung dar<sup>14</sup>. Sollen diese AGB allerdings für eine Firma entworfen werden, die Warenterminoptionen verkauft, und soll nach den Vorstellungen des Unternehmers (U) ein gewichtiger Teil der Kundengelder nicht an der Börse angelegt werden – 40% dagegen für „Vermittlungskosten“ einbehalten werden (so die Fallgestaltung von BGH, NStZ 2000, 34) –, so drängen sich die strafrechtlichen Risiken geradezu auf. Der zur Erstellung beauftragte Vertragsgestalter wird sich nicht nur Gedanken um AGB-übliche Klauseln (Gewährleistungsbeschränkungen, Gerichtsstandsvereinbarungen usw.) und zivilrechtlich begründete Aufklärungspflichten<sup>15</sup> zu machen haben, sondern er wird an erster Stelle die gegenüber der Rechtsprechung der Zivilgerichte eher strengen Anforderungen der Strafrechtsprechung<sup>16</sup> im Hinblick auf § 89 BörsG und § 263 StGB und auf die damit verbundenen ganz erheblichen strafrechtlichen Risiken beim Handel mit Warenterminoptionen zu berücksichtigen haben.

Ob es unter diesen Umständen überhaupt zu einem strafrechtlich unbedenklichen Entwurf von AGB kommen kann, sei dahingestellt. Jedenfalls wird bei der eigentlichen Vertragsgestaltung der Formulierung zivilrechtlich relevanter Klauseln weniger Bedeutung zukommen als der Bewältigung der manifesten strafrechtlichen Probleme. Insofern wird der Vertragsgestalter U warnen müssen, die Geschäfte wie beabsichtigt zu vollziehen; das gilt zumindest für die Höhe des Einbehalts sowie die kriminogene Situation des Einsatzes von Telefonverkäufern. Natürlich sind auch Fälle denkbar, in denen die Vertragserstellung weniger strafrechtliche Risiken beinhaltet. Hier handelt es sich dann um praktizierte Vertragsgestaltung im engeren Sinn. Sie zielt auf die private Planung von Lebensverhältnissen für die Zukunft mit den Mitteln des Rechts ab und will dabei verhindern, dass es bei der Unternehmenstätigkeit zu strafbaren Handlungen kommt.

Daneben gibt es zwei weitere Formen der Rechtsgestaltung, die sich nicht als Vertragsgestaltung im engeren Sinn, sondern als „vorgezogene“ Strafverteidigung bzw. als allgemeine – nicht fallbezogene – Rechtsberatung darstellen:

2. Beispielsfall: Durch die erfolgte Beratung über die strafrechtlichen Risiken des Warenterminoptionshandels ist U sensibilisiert worden:

a) Er berichtet dem Rechtsanwalt von Steuerverkürzungen, die dem Finanzamt bzw. den Strafverfolgungsbehörden noch nicht bekannt geworden sind.

b) Er möchte Vorkehrungen für den Fall treffen, dass die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen ihn an-

10 Eidam spricht von „negativer Publizität“ in Form von „Verlust an Akzeptanz, an Arbeitszeit und -kraft“; Eidam (o. Fußn. 8), S. X.

11 Rehbinder, AcP 1974, 265 (266); eine ähnliche Definition verwendet Langenfeld, Einf. in die Vertragsgestaltung, 2001, Rdnr. 23; zu den an dieser Stelle zu vernachlässigenden Unterschieden zwischen Vertrags-, Sachverhalts- und Rechtsgestaltung vgl. Teichmann, JuS 2001, 870 (871).

12 Teichmann, JuS 2001, 870 (871).

13 Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, 2002, Rdnrn. 4, 172.

14 Zur Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen vgl. Junker/Kamanabrou (o. Fußn. 13), Rdnrn. 190 ff.

15 Vgl. dazu Birckenstaedt, Ersatzansprüche bei Verlusten aus Termingeschäften, 1995, S. 54 ff.

16 Vgl. BGHSt 30, 177 = NJW 1981, 2131; 32, 22 = NJW 1984, 622; ferner: BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 13, 26, 35; BGH, wistra 1989, 19; NStZ 2000, 36.

*strengt und gegebenenfalls Durchsuchungen in seiner Firma vornimmt.*

Im Hinblick auf die Steuerverkürzungen wird der Rat des Rechtsanwalts, sofern die Voraussetzungen des § 371 II und III AO erfüllt werden können, dahin gehen, *U* eine Selbstanzeige zu empfehlen. Eine solche Selbstanzeige stellt strafrechtsdogmatisch einen persönlichen Strafaufhebungsgrund dar<sup>17</sup>. Die eigentliche Straftat kann durch diesen Akt zwar nicht mehr aus der Welt geschafft werden, aber es kann nicht nur eine Bestrafung, sondern, was für die Interessen des *U* noch wichtiger ist, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verhindert werden. Eine solche Form der Rechtsgestaltung, die auf die Vermeidung von Strafverfahren zielt, kann als *Präventivverteidigung* bezeichnet werden. Gemeint ist damit, dass die Strafverteidigung nicht warten sollte, bis ein Strafverfahren eingeleitet wird, um sich gegen den Vorwurf zu wehren, sondern dass nicht selten schon vorher effektive rechtsgestaltende Schritte unternommen werden können, um das Strafverfahren zu verhindern oder die Vorwürfe abzumildern.

Was den Wunsch des *U* nach Vorkehrungen für den Fall von Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft betrifft, so wird der Rechtsanwalt hier voraussichtlich *U* sowie dessen Mitarbeiter über das zweckmäßige Verhalten bei Durchsuchungen der Geschäftsräume informieren. Diese fall- und verfahrensunabhängige Beratung wird als *strafrechtliche Vorfeldberatung* bezeichnet. Sie erfolgt wie die anderen Formen der Rechtsgestaltung nicht retrospektiv, sondern zukunftsorientiert. Von der Vertragsgestaltung unterscheidet sie sich dadurch, dass hier nicht die Verhinderung von Straftaten im Vordergrund steht, sondern die Minimierung von Risiken, die durch falsches und ungeschicktes Verhalten im Ermittlungsverfahren entstehen können. Und anders als die Präventivverteidigung stellt die Vorfeldberatung auch nicht darauf ab, dass es möglichst nicht zu einem Strafverfahren kommt, sondern bereitet – für den nicht auszuschließenden Fall der Fälle – auf dieses vor. Ob strafbares Verhalten tatsächlich gegeben ist, spielt für die Vorfeldberatung dabei keine wesentliche Rolle; entscheidend ist, dass mit Ermittlungen gerechnet und auf diese vorbereitet wird. In der Praxis ist dabei zu berücksichtigen, dass die Übergänge zwischen der Vertragsgestaltung, Präventivverteidigung und Vorfeldberatung nahtlos<sup>18</sup> erfolgen bzw. alle Formen nebeneinander zum Einsatz kommen können.

## 2. Abgrenzungen

Es ist nicht sinnvoll, über die genannten Bereiche hinaus weitere anwaltliche Tätigkeiten zum Komplex „Rechtsgestaltung und Strafrecht“ zu rechnen. Das gilt namentlich für die „normale“ Verteidigung in Strafsachen; hierbei handelt es sich methodisch gesehen um eine Form der Prozessführung, also nicht um Rechtsgestaltung, sondern um Deziisionsjurisprudenz. Daran ändert nichts, dass der Verteidiger – anders als der Richter – interessenorientiert agiert; er handelt gleichwohl im Rahmen der Aufarbeitung eines Streitfalles, nicht im Hinblick auf dessen Vermeidung. Das gilt auch für nach vorn gerichtete kreative Tätigkeiten des Verteidigers nach Beginn eines Strafverfahrens, mit denen der Verteidiger die richterlichen Sachverhaltsfeststellungen zu Gunsten des Beschuldigten beeinflussen möchte:

3. Beispielsfall: *Gegen U wird wegen des Handels mit Warenterminoptionen ermittelt (Verstoß gegen § 263 StGB, § 89 BörsG). Er wird wegen Fluchtgefahr in Untersuchungshaft genommen.*

a) *Der Verteidiger des U führt eigene Ermittlungen durch. Er befragt Zeugen und schaltet einen Sachverständigen ein. Es ergeben sich neue Tatsachen, die darauf hindeuten, dass U während der letzten Jahre alkoholkrank und in seiner Schuldfähigkeit eingeschränkt war.*

b) *Dem Verteidiger gelingt es, dem in der Untersuchungshaft einsitzenden U einen Therapieplatz zu beschaffen. Die Sozialprognose gestaltet sich dadurch günstig, was sowohl Einfluss auf den weiteren Vollzug der Haft, die Strafart (Bewährungsstrafe) als auch die Strafhöhe hat.*

c) *Während der Hauptverhandlung gerät die Beweisaufnahme ins Stocken. Der Verteidiger regt daraufhin einen „prozessualen Vergleich“ an. U wird nach Absprache mit Richter und Staatsanwalt zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.*

Trotz der auch hier deutlich werdenden Zukunftsbezogenheit der verschiedenen anwaltlichen Bemühungen sollte man in derartigen Fällen nicht von Rechtsgestaltung sprechen<sup>19</sup>, denn es dominiert hier die Aufarbeitung eines schon eingetretenen Konflikts. Die anwaltlichen Aktivitäten (eigene Ermittlungen, Einflussnahme auf die zukünftigen Lebensverhältnisse, ergebnisorientierte Verhandlungen) haben zwar eindeutig einen kreativen und insofern gestaltenden Charakter, sie erfolgen allerdings im Zuge eines schon laufenden Strafverfahrens; es handelt sich so gesehen um kreative Verhaltensweisen bei der retrospektiven Aufarbeitung eines Strafrechtsfalles. Die gestaltenden Elemente zielen also nicht darauf, einen Prozess zu verhindern (oder wie bei der Vorfeldberatung: abstrakt darauf vorzubereiten), sondern wollen diesen nur möglichst günstig für den Mandanten beenden. Nichts anderes kann für sonstige Formen anwaltlicher Tätigkeiten in Strafsachen gelten wie z. B. Nebenklagevertretung (§ 397 I i. V. mit § 378 StPO), Privatklagevertretung (§ 378 StPO), Bevollmächtigter im Klageerzwingungsverfahren (§ 172 III StPO). Erst recht macht es keinen Sinn, Akte der Rechtsgestaltung durch hoheitlich Tätige (z. B. „rechtsgestaltende“ Weisungen, Allgemeinverfügungen o. ä. der Generalstaatsanwaltschaften oder Leitenden Oberstaatsanwälte) oder gar des Gesetzgebers im hier gegebenen Zusammenhang zu behandeln.

Auch die Fragen einer etwaigen Strafbarkeit des Rechtsgestalters und Beraters gehören nicht zum engeren Thema, wenngleich die auf strafrechtliche Risikominderung zielende rechtsberatende und gestaltende Dienstleistung zweifellos mit nicht geringen eigenen Strafbarkeitsrisiken für die Anbieter verbunden ist, wie die Fortentwicklung unseres Ausgangsfallles demonstriert:

4. Beispielsfall: *Der Rechtsanwalt hat für U einen zivilrechtlichen Maßstäben genügenden AGB-Entwurf angefertigt, zusätzlich einen darauf aufbauenden Werbefrospekt entworfen, der U dazu dient, Kunden zu gewinnen. U wird vom LG wegen Betrugs, der Rechtsanwalt u. a. wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt. Der BGH hat in dem nachfolgenden Revisionsverfahren Leitlinien zu den Voraussetzungen, unter denen*

17 Wassmann, Die Selbstanzeige im SteuerR, 1991, S. 26 m. w. Nachw.

18 Darauf weisen für den Übergang zwischen Rechtsgestaltung und Rechtsberatung hin: Raiser/Schmidt/Bultmann, Anwaltsklausuren, 2003, S. 6; vgl. hierzu auch Wehrauch, in: AG StraFR des DAV (Hrsg.), Der Bürger im Ermittlungsverfahren, 1988, S. 29 ff.

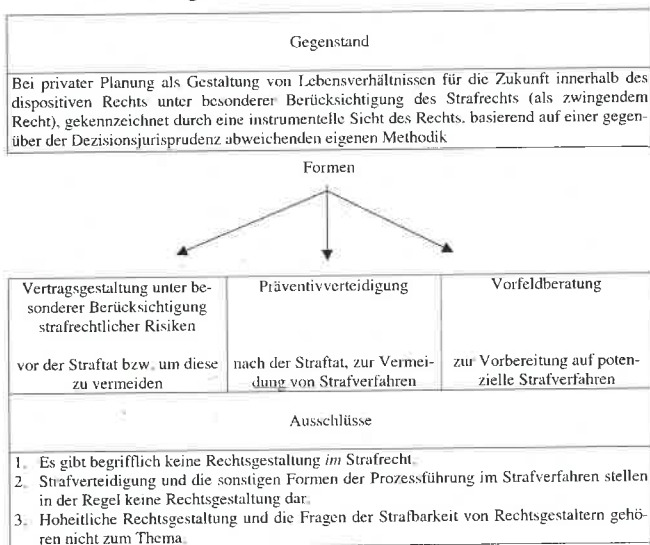
19 Römermann behandelt allerdings den Deal, den er als Vertrag zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung ansieht, im Zusammenhang mit Verhandlungsmanagement; vgl. Römermann, in: Römermann/Paulus (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, 2003, § 23 Rdnr. 15.

berufstypische „neutrale“ Handlungen als strafbare Beihilfe anzusehen sind, entwickelt (BGH, NStZ 2000, 34).

Man kann ohne weiteres sagen, dass – entsprechend dem Prinzip kommunizierender Röhren – die Bemühungen, strafrechtliche Risiken für Unternehmen durch Rechtsgestaltung und Beratung zu minimieren, zu einer Erhöhung der strafrechtlichen Risiken der Rechtsgestalter und Berater führen. Dieser Befund ist zwar kriminalpolitisch und kriminologisch brisant, zweifellos werden dabei auch überaus interessante rechtsdogmatische Fragen aufgeworfen. Allerdings wird damit ein neues Feld eröffnet, das selbst nicht mehr zum Bereich der Rechtsgestaltung gehört, sondern zu dem der spezifischen Fragen der Strafbarkeit von Rechtsberatern und Rechtsgestaltern<sup>20</sup>.

Das nachfolgende Schaubild veranschaulicht die mit dem Thema „Rechtsgestaltung und Strafrecht“ verbundenen Zusammenhänge:

Schaubild: Rechtsgestaltung und Strafrecht



### 3. Praxis

Es gibt einen Bedarf und auch eine tatsächliche Nachfrage nach Rechtsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung strafrechtlicher Risiken. Er wird überwiegend aus dem Bereich der freien Wirtschaft nachgefragt. Die dadurch betroffenen Rechtsgebiete sind in erster Linie das Wirtschafts-, Unternehmens-, Steuer- und Umweltstrafrecht, daneben sind Spezialgebiete wie das Korruptions-, Arbeits-, Außenwirtschafts-, Bilanz-, Insolvenz-, Wettbewerbs- sowie das Arzt- und Medizinstrafrecht zu nennen. Die entsprechende Dienstleistung wird nicht nur „im Nebenberuf“ von Rechtsanwälten, die ansonsten forensisch als Strafverteidiger tätig sind, angeboten; es lassen sich zunehmend auch ausgewiesene Anwaltsbüros für Präventivverteidigung und Vorfeldberatung feststellen<sup>21</sup>. Besonders in den Wirtschaftszentren Deutschlands gibt es Anwälte, die sich auf diese Form der Rechtsberatung und -gestaltung mehr oder weniger spezialisiert haben. Nicht selten handelt es sich dabei um Anwälte, die früher überwiegend als Strafverteidiger – d. h. als „Deziisionsjuristen“ – tätig waren, aber die Übernahmen von Prozessführungen zu Gunsten der beratenden und gestaltenden Tätigkeiten zurückgeschraubt haben.

### 4. Bedeutung im Studium

Rechtsgestaltung im Zivil-, Arbeits-, Steuer- und Öffentlichen Recht hat mittlerweile seinen festen Platz in der Ausbildungs-

literatur<sup>22</sup> und im Universitätsstudium<sup>23</sup> gefunden. Fragen der Rechtsgestaltung unter strafrechtlichen Vorzeichen ist dagegen bisher weder im Schrifttum noch in der Juristenausbildung größere Beachtung gewidmet worden. Die Gründe hierfür liegen auf der Hand<sup>24</sup>: In der Lehre dominiert ein tradiertes Strafrechtsverständnis, das nur einen Teil des praxisrelevanten Stoffes berücksichtigt, nämlich das Recht der Straftatvoraussetzungen. An der Universität und im ersten Staatsexamen wird ganz überwiegend konstruierte „Lehrbuchkriminalität“ behandelt<sup>25</sup>. Die Fälle, die es im Studium und in den Prüfungen zu lösen gilt, basieren traditionell auf unstrittigen Sachverhalten und verlangen die Anfertigung von Gutachten zur Schuldfrage aus richterlich neutraler Sicht. Das Recht der Straftatfolgenbestimmung (Strafzumessung) und die Beweiswürdigung bleiben ausgeklammert. Strafprozessuale Probleme tauchen allenfalls als losgelöste und nachrangige Zusatzfragen auf. Die anwaltliche Perspektive findet so gut wie keine Berücksichtigung; die Fälle sind so konstruiert, dass es allein gilt, auf Grund des unstrittigen Sachverhalts die sachlich richtige Entscheidung zu finden. Möglichkeiten der Verteidigung, auf die Gestaltung des Sachverhalts Einfluss zu nehmen und im Interesse des Mandanten die richterliche Beweiswürdigung zu beeinflussen, sind nicht vorgesehen. Das gilt sowohl für die Prozessführung als auch für jede Form gestaltender Tätigkeit – egal ob es sich dabei um gestaltende Tätigkeiten im Bereich der Rechtsfolgenbestimmung, der Sachverhalts- oder der Verfahrensgestaltung handelt. Rechtsgestaltung unter strafrechtlichen Vorzeichen bleibt also im herkömmlichen Studium und in den Prüfungen weitgehend ohne Bedeutung.

Dies muss sich ändern. Das am 1. 7. 2003 in Kraft getretene DRiG verlangt nämlich nunmehr sowohl für das Studium (§ 5 a III 1 DRiG) als auch für die staatlichen und universitären Prüfungen (§ 5 d I 1 DRiG) die Berücksichtigung der rechtsberatenden Praxis. Mit dem Begriff der „rechtsberatenden Praxis“ ist dabei die anwaltliche Tätigkeit in ihrer gesamten Breite gemeint, also Prozessführung und Rechtsgestaltung. Die Vermittlung der anwaltlichen Perspektive hat sich dem Willen des Gesetzgebers entsprechend auf alle Fachgebiete zu erstrecken, also nicht nur auf das Zivil-, sondern gleichermaßen auch auf das Straf- und das Öffentliche Recht. Das Gebot zur Anwaltsorientierung gilt dabei vom Anfang bis zum Ende des Studiums<sup>26</sup>, mithin sowohl für die neuen Schwerpunktbereiche wie auch für die Pflichtfachausbildung im Grund- und Hauptstudium<sup>27</sup>.

Um Missverständnisse zu vermeiden: Auch zukünftig soll die anwaltliche Perspektive die richterzentrierte nicht ersetzen, sondern nur neben diese treten. Und für beide Perspektiven gilt gleichermaßen, dass hierzu das Straftatsystem beherrscht

20 Zur Frage der Strafbarkeit durch Rechtsberatung sei nur verwiesen auf den aktuellen Beitrag von Wessing, NJW 2003, 2265.

21 Einschlägige Angebote findet man in Internet-Suchmaschinen nach Eingabe der Begriffe „Präventivberatung“ oder „Vorfeldberatung Strafrecht“.

22 Neben den schon erwähnten Werken von Junker/Kamanabrou (o. Fußn. 13) und Langenfeld (o. Fußn. 11) sei hier nur verwiesen auf folgende Bücher: Rittershaus/Teichmann, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2000; Sonthheimer, Rechtsgestaltung und SteuerR, 2001; Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002.

23 Vgl. hierzu Barton/Jost/Lindemann/Schumacher, Anwaltsorientierung im rechtswissenschaftlichen Studium, 2000.

24 Vgl. dazu Barton, JA 2001, 164.

25 Grdl. dazu Jäger, MschrKrim 1973, 300; ferner: Naucke, in: Böllinger/Lautmann (Hrsg.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft, 1993, S. 280; Hassemer (o. Fußn. 3), S. 11 ff.

26 Schubmann-Wagner, in: Barton/Jost (Hrsg.), Die inhaltliche Neuausrichtung des rechtswissenschaftlichen Studiums – 5. Soldan-Tagung zur anwaltsorientierten Juristenausbildung, 2003, S. 135.

27 Barton/Jost/Brei/Oezmen, BRAK-Mitt 2003, 151 (152).

werden muss und dass strafrechtliche Gutachten zu schreiben sein werden. Dabei muss allerdings zukünftig die rechtsberatende Praxis in Strafsachen angemessener berücksichtigt werden. Dies verlangt in erster Linie eine stärkere Thematisierung der Belange der Strafverteidigung, also der anwaltlichen Prozessführung im Strafverfahren. Aber auch Fragen der Rechtsgestaltung können behutsam Eingang in das strafrechtliche Curriculum finden.

Die Perspektive der Rechtsgestaltung ließe sich schon im Grundstudium aufzeigen; Fragen der Vertragsgestaltung könnten z. B. bei der Behandlung der Vermögensdelikte in einer Lerneinheit zum Wirtschaftsstrafrecht angesprochen werden. Die Vorfeldberatung könnte in einer Vorlesung zum Strafverfahrensrecht thematisiert werden. Und die Präventivverteidigung ließe sich beispielsweise in einer Lehrveranstaltung zur Strafverteidigung behandeln. Sicherlich dürfte es auch möglich sein, diesbezügliche Wissensfragen als Zusatzaufgaben in Leistungskontrollen zu stellen. Dies gilt auch für die strafrechtliche Examensklausur. Eine vertiefte Behandlung von Fragen der Rechtsgestaltung kann nicht im Pflichtfachstudium erfolgen; dies wäre jedoch in der neuen Schwerpunktbereichsausbildung möglich. Zu denken wäre dabei an wirtschaftsstrafrechtlich oder fachübergreifend (gemeinsame Veranstaltungen von Wirtschafts- und Strafrechtlern) ausgerichtete Schwerpunktbereiche oder an solche, in denen die Strafverteidigung im Zentrum steht. Eine wissenschaftliche Vertiefung von Fragen der Rechtsgestaltung setzt allerdings voraus, dass es gelingt, die entsprechenden Kenntnisse und Methoden zu systematisieren und zu dogmatisieren. An spezifisch strafrechtlichen Ausführungen zu einer Methodik der Rechtsgestaltung fehlt es bisher. Es erscheint jedoch durchaus leistbar, aufbauend auf den zivilrechtsbezogenen Vorarbeiten eine Methodik der risikovermeidenden Rechtsgestaltung, Präventivverteidigung und Vorfeldberatung zu erarbeiten und zur Grundlage von Leistungskontrollen zu machen.

Die Richtung, in die entsprechende Bemühungen gehen könnten, soll nachfolgend skizziert werden. Sofern dabei Fallbeispiele herangezogen werden, dienen diese lediglich der Illustration. Als Vorlagen für Klausuren sind sie schon im Hinblick auf ihre geringe Komplexität nicht geeignet.

### III. Vertragsgestaltung zwecks Vermeidung strafrechtlicher Risiken

Diese Form der Rechtsgestaltung ist – wie gesehen – vor einer möglichen Straftat angesiedelt. Sie erfolgt mit dem Ziel, strafbares Verhalten (und natürlich auch: ein etwaiges Strafverfahren) zu vermeiden. Mit den Mitteln des Rechts soll erreicht werden, dass ein unternehmerischer Zweck verfolgt werden kann, ohne dass es dabei zu strafbaren Handlungen kommt.

#### 1. Methodik

Die Vertragsgestaltung zwecks Vermeidung strafrechtlicher Risiken erfolgt prinzipiell nach denselben Regeln wie die allgemeine (zivilrechtliche) Vertragsgestaltung. Diese Regeln stellen mehr als bloße „Erfahrungssätze“<sup>28</sup> dar, sie beruhen vielmehr auf einer – jedenfalls bei Verwendung in Leistungskontrollen im Studium – sinnvollerweise zu berücksichtigenden Methodik. Diese Methodik ist vielfach beschrieben worden<sup>29</sup>. Trotz gewisser Unterschiede bei den einzelnen Punkten gibt es Übereinstimmung im Grundsatz:

Nach *Rittershaus/Teichmann*<sup>30</sup> lassen sich sechs Phasen der Vertragsgestaltung unterscheiden, nämlich (1) Ermittlung der Sachziele des Mandanten, (2) Ermittlung der Rechtsziele des

Mandanten, (3) Ermittlung der bestehenden Rechtslage, (4) Feststellung des Gestaltungsbedarfs, (5) Ermittlung der Gestaltungsmöglichkeiten und (6) Formulierung der Gestaltung.

Die Phasen (1) und (2) erfolgen dabei mehr oder weniger ohne strafrechtliche Berührungspunkte: Die Herausarbeitung der Sach- und Rechtsziele des Mandanten bezieht sich auf das wirtschaftliche Interesse des Mandanten – nicht auf strafrechtliche Fragen. Diese kommen erst bei Ermittlung der bestehenden Rechtslage (3) zum Zuge, denn hier geht es dann nicht mehr um die Beschreibung der Zivilrechtslage, sondern der strafrechtlichen Rechtslage. Bei der Festlegung des Gestaltungsbedarfs (4) dominieren ebenfalls zivilrechtliche Erwägungen, es sei denn, der Gestalter kommt zu dem Ergebnis, dass von einer Vertragsgestaltung (oder mehr noch: von einer bestimmten unternehmerischen Betätigung) wegen der drohenden strafrechtlichen Risiken ganz abgesehen werden sollte.

Besondere Relevanz entfalten strafrechtliche Fragen bei den Phasen (3) und (5) (Ermittlung der bestehenden Rechtslage sowie der Gestaltungsmöglichkeiten). Hier nimmt der Anwalt eine Rechtsprüfung und „hypothetische Rechtsanwendung“ vor, d. h. der Anwalt erstellt ein Rechtsgutachten. In diesem Gutachten wird die Durchführung der Gestaltung unterstellt. Auf dieser Basis wird dann geprüft, wie sich bei einem Streitfall die Rechtslage darstellt: Kann das unternehmerische Interesse verwirklicht werden, ohne dass es zu strafrechtlichen Risiken kommt? Dabei lässt sich strukturell zwischen der *Erfüllungsplanung* und der *Störfallplanung* unterscheiden<sup>31</sup>. Die Erfüllungsplanung dient der unmittelbaren Verwirklichung der Sachziele, die Risikoplanung der begleitenden Wahrung der Interessen des Mandanten<sup>32</sup>. Strafrechtliche Aspekte können hier schwerpunktmäßig sowohl bei der einen wie der anderen Planung zum Tragen kommen. Dient die mit der Gestaltung angestrebte Zweckverwirklichung primär dazu, strafrechtliche Nachteile zu vermeiden, handelt es sich um echte Erfüllungsplanung. Die Einschaltung des Rechtsgestalters dient dann primär dem Zweck, strafbares Verhalten bzw. Strafverfahren zu verhindern<sup>33</sup>. Ein Beispiel hierfür stellt *Fall 1* (Wareterminoptionen) dar. Anders kann es sich verhalten, wenn die strafrechtlichen Risiken nicht das „Grundgeschäft“ des Unternehmers betreffen, sondern zusätzliche Risiken beim Vollzug der unternehmerischen Tätigkeit bilden (wie dies bei der Vorfeldberatung der Fall ist).

Die Formulierung der Gestaltung (Phase 6) erfolgt wieder entsprechend der grundsätzlichen Methodik der Vertragsgestaltung, allerdings unter entsprechender Berücksichtigung der vorangehend vertieften strafrechtlichen Aspekte.

#### 2. Beispiel aus dem Arbeitsstrafrecht

Das Arbeitsstrafrecht ist ein Paradebeispiel für modernes Strafrecht und für die Notwendigkeit präventiver und gestaltender Verteidigung. Es ist von großer praktischer Bedeutung und dehnt sich – nicht „nur auf Grund der stetig sich vermehrenden Bestimmungen, sondern auch und gerade infolge der verstärkten Anstrengungen, sie durchzusetzen“<sup>34</sup>, aus.

28 So aber *Frenz*, in: *Römermann/Paulus* (o. Fußn. 19), § 19 Rdnr. 2.

29 Vgl. die Nachw. in den Fußn. 11 und 22.

30 *Rittershaus/Teichmann* (o. Fußn. 22), Rdnrn. 236 ff.

31 Vgl. dazu grdl. *Rehbinder*, *Vertragsgestaltung*, 2. Aufl. (1993), S. 4 ff.

32 *Rittershaus/Teichmann* (o. Fußn. 22), Rdnr. 276.

33 *Junker/Kamanabrou* (o. Fußn. 13), Rdnr. 7, weisen zu Recht darauf hin, dass Zweckverwirklichung nicht unbedingt auf positive Erfolge ausgerichtet sein muss, sondern auch das Ziel verfolgen kann, Nachteile zu vermeiden. Als solche Nachteile nennen sie steuerliche oder haftungsrechtliche, in Betracht kommen aber natürlich auch strafrechtliche.

34 *Ignor/Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Hrsg.), *Hdb. ArbeitsstrafR*, 2002, Rdnr. 21.

Die strafrechtlichen Risiken der Arbeitgeber steigen erheblich. Dazu trägt nicht zuletzt bei, dass die Vorschriften unübersichtlich geregelt<sup>35</sup> und durch eine hohe Unbestimmtheit gekennzeichnet sind. Dies führt dazu, dass Unternehmer im eigenen Interesse gehalten und zum Teil sogar auch gesetzlich<sup>36</sup> verpflichtet sind, vorbeugenden Rechtsrat einzuholen und Maßnahmen zur Prävention zu ergreifen. Das folgende Beispiel soll dies verdeutlichen:

5. Beispielfall: *Im Baubetrieb des Unternehmers B erkrankt ein Bauleiter für zunächst unbestimmte Zeit. Dieser war gerade mit einem umfangreichen und für den B wichtigen Bauprojekt beschäftigt. Er sollte innerhalb von wenigen Monaten einen Bauabschnitt fertig stellen. B möchte die Fehlzeit seines Bauleiters mit einer zuverlässigen Kraft überbrücken und wendet sich an die Firma des Z, der ebenfalls im Baugeschäft tätig ist. Z bietet dem B die Arbeitskraft des in Bauleitungssachen bewanderten C – einem Ausländer – für die Zeit der Erkrankung an. Z hat schon anderen Firmen Arbeiter gelegentlich zur Verfügung gestellt. B ist von den Fähigkeiten des C überzeugt und möchte ihn beschäftigen, und zwar nicht nur für das bestimmte Bauprojekt, sondern auch für andere anfallende Tätigkeiten im Betrieb. Rechtsanwältin R, der den B seit langem in arbeitsrechtlichen Fragen berät, soll einen Vertrag aufsetzen, in dem die Beschäftigung des C geregelt wird. Was wird R bei der Formulierung eines etwaigen Arbeitsvertrags zu berücksichtigen haben?*

Unter Beachtung der dargestellten Methodik ergibt sich Folgendes: Die Sachziele des B sind eindeutig; er möchte eine geeignete Kraft für die Dauer des Bauprojekts einstellen; C erfüllt die Anforderungen. Rechtsziel des B ist ein Vertrag, in dem die Beschäftigung des C geregelt wird. Bei der Bestimmung der bestehenden Rechtslage wird R zu berücksichtigen haben, dass die intendierte Beschäftigung des C nicht nur individualarbeits- und zivilrechtliche Dimensionen beinhaltet, sondern gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) bzw. das SGB III verstoßen und als Ordnungswidrigkeit<sup>37</sup> oder gar als Straftat geahndet werden kann.

Die Strafrechtsrelevanz des AÜG ist allerdings keinesfalls evident. Man könnte sogar meinen, es sei bei *Beispielfall 5* nicht einschlägig, da es auf gewerbmäßige Arbeitnehmerüberlassung (so § 1 I 1 AÜG) begrenzt ist. Gewerbmäßigkeit wird jedoch schon dann bejaht, wenn „der Verleih auf eine gewisse Dauer und auf wirtschaftliche Vorteile – hierzu gehören auch mittelbare Vorteile – gerichtet ist, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Betrieb Gewinn erzielt oder hauptsächlich Verleih betreibt“<sup>38</sup>. Der Arbeitskräfteverleih muss also nicht Hauptzweck des Verleihbetriebes sein, sondern eine einschlägige Arbeitnehmerüberlassung kann auch bei einem „Einzelvorgang in Ausnahmesituationen“<sup>39</sup> gegeben sein. Vorliegend muss davon ausgegangen werden, dass die Firma des Z, die schon früher Arbeiter verliehen hat, unter die Erlaubnispflicht des § 1 AÜG fällt. Wer als Entleiher einen ihm von einem Verleiher ohne Erlaubnis überlassenen Leiharbeiter tätig werden lässt, begeht gem. § 16 I Nr. 1 a AÜG eine Ordnungswidrigkeit. Deshalb wird R prüfen müssen, ob Z eine Erlaubnis bei der zuständigen Bundesagentur für Arbeit erhalten hat.

Z erklärt daraufhin, dass er eine Erlaubnis nach § 1 AÜG nicht beantragt habe und dies auch nicht vorhabe, da dies zu umständlich und zu teuer sei.

R wird den B informieren, dass er bei der gegebenen Sachlage eine Ordnungswidrigkeit begehen werde. Sofern die Voraussetzungen des § 15 I oder II AÜG bzw. der §§ 406 I, 407 I

SGB III vorliegen<sup>40</sup> – was vorliegend allerdings fern liegt – käme sogar eine „echte“ Strafbarkeit in Betracht. Sofern B weiterhin daran festhalten sollte, C zu beschäftigen, wird R alternative Gestaltungsmöglichkeiten überprüfen. Hier wäre daran zu denken, den Vertrag zwischen B und Z so zu gestalten, dass eine Nähe zur (verbotenen) Arbeitnehmerüberlassung vermieden wird. Dies wäre dann der Fall, wenn statt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ein Werkvertrag gem. § 631 BGB oder ein Dienstvertrag unter Einsatz von Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) geschlossen und vollzogen wird. Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und einem Werk- bzw. Dienstvertrag unter Einsatz von Erfüllungsgehilfen ist nicht einfach, da das äußere Erscheinungsbild beider Gestaltungen in Betrieben weitgehend identisch ist, namentlich in beiden Fällen Arbeitskräfte in einem Unternehmen außerhalb ihres Stammbetriebs Tätigkeiten verrichten<sup>41</sup>. Entscheidend dürfte sein, den Vertrag so zu gestalten, dass der Leistungsgegenstand möglichst präzise beschrieben und damit dem Werkunternehmer zurechenbar wird (hier: „Bauleitung“ des konkreten Projekts). Weitere Punkte müssen vertraglich geregelt werden: Z muss die notwendigen Handlungen organisieren und C muss dessen Weisungsrecht unterliegen. Er darf keinesfalls in den Betrieb des B eingegliedert werden (Trennung von Stamm- und Fremdpersonal); das bedeutet hier, dass B von dem Gedanken Abstand zu nehmen hat, ihn für andere anfallende Tätigkeiten in seinem Betrieb einzusetzen. Vertraglich ist schließlich festzulegen, dass Z die Vergütungsgefahr bei zufälligem Untergang zu tragen hat<sup>42</sup>. Darüber hinaus ist mindestens genauso wichtig, dass der Vertrag nicht nur geschrieben, sondern auch tatsächlich exekutiert wird; denn entscheidend für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung ist nicht die rechtliche Einkleidung, sondern die tatsächliche Durchführung des Vertrags (also die „Sachverhaltsgestaltung“)<sup>43</sup>. Die Rechtsgestaltung darf also keinesfalls dazu dienen, eine verbotene Arbeitnehmerüberlassung zu verschleiern.

#### IV. Präventivverteidigung und Vorfeldberatung

Während Vertragsgestaltung versucht, vorbeugend auf die materiell-strafrechtliche Zurechnung Einfluss zu nehmen, haben Präventivverteidigung und Vorfeldberatung das Strafverfahren im Blick – wenn auch mit unterschiedlichen Zielen. Während nämlich die Präventivverteidigung versucht, ein Strafverfahren zu vermeiden, will die Vorfeldberatung auf dieses (speziell auf Durchsuchungen) vorbereiten.

35 Verstreut, „atomisiert, verzweigt und zersplittert“, *Ignor/Rixen* (o. Fußn. 34), Rdnr. 11.

36 Vgl. die aus § 91 II AktG (basierend auf dem sog. KonTraG [BGBl 1998 I, 786], in Kraft seit dem 1. 5. 1998) folgenden Pflichten zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmen.

37 Auch auf deren Vermeidung muss sich die Vertragsgestaltung beziehen. In der Methodik entspricht sie der Vertragsgestaltung zwecks Minimierung strafrechtlicher Risiken.

38 *Heitmann*, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (o. Fußn. 5), § 37 Rdnr. 78.

39 *Kurr*, JA 1996, 717 (719).

40 Das sind kurz gefasst die unerlaubte Beschäftigung von Ausländern ohne Arbeitsgenehmigung nach § 284 I 1 SGB III zu ungünstigen Bedingungen oder deren Beschäftigung in größerem Umfang. In Fällen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung findet auf den Entleiher auf Grund der Fiktion des § 10 I AÜG dabei § 406 I SGB III Anwendung, nicht § 15 a AÜG, der nur einschlägig ist in Fällen der Entleihe von einem Verleiher mit Überlassungserlaubnis; vgl. *Ambis*, in: *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, S. 103, § 406 Rdnr. 5.

41 *Kurr*, JA 1996, 717 (721); vgl. auch *Hamann*, Jura 2003, 361 (362); zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassungs- und Werkverträgen vgl. auch *BGH*, NStZ 2003, 552.

42 Vgl. die tabellarische Übersicht bei *Kurr*, JA 1996, 717 (721); ähnliche Ratschläge gibt *Ignor* (o. Fußn. 34), Rdnrn. 249 ff.

43 *Kurr*, JA 1996, 717 (721).

## 1. Methodik

Vorfeldberatung und Präventivverteidigung folgen nicht der oben dargestellten Methodik der Vertragsgestaltung. Das ergibt sich schon daraus, dass sie nicht auf die Erstellung eines Vertrags abzielen, sondern auf das Strafverfahren „schielen“.

Bei der Präventivverteidigung handelt es sich gewissermaßen um eine „Strafverteidigung ohne Anklage“ (genauer: ohne Ermittlungsverfahren). Es geht ihr darum, einen Strafvorwurf in einem konkreten Fall, bei dem es aber noch nicht zu Ermittlungen gekommen ist, abzuwenden oder zumindest zu mindern. Die dahinter stehende Methodik entspricht der Logik „normaler“ Strafverteidigung. Jene besteht – in aller Kürze dargestellt – darin, (1) die für die Beurteilung des Falles relevanten Informationen zu sammeln, (2) diese im Hinblick auf die zu erwartende richterliche Entscheidung zu bewerten (Prognoseerstellung), (3) für den Mandanten günstige Alternativen zu dieser Ausgangssituation zu entwickeln, (4) diese Alternativen in eine Verteidigungskonzeption (bewusste Ziel- und „Strategiebestimmung“) einfließen zu lassen und schließlich (5) in der Umsetzung dieser Verteidigungskonzeption, also in der Ausübung konkreter Prozesshandlungen und Realakte<sup>44</sup>. Die Stufe (4) spielt bei der Präventivverteidigung allerdings eine untergeordnete Rolle, da das anzustrebende Ziel (nämlich: Vermeidung eines Strafverfahrens) und die dazu einzusetzenden Mittel (nämlich Durchführung von Rechtsprüfungen, Beratung des Mandanten und gegebenenfalls Vornahme konkreter Handlungen) weitgehend feststehen.

Auch die Vorfeldberatung erfolgt nicht innerhalb eines konkreten Strafverfahrens, sondern im Hinblick auf zu ergreifende Maßnahmen und Vorkehrungen für den Fall, dass es zu einem Ermittlungsverfahren kommen sollte. Vorfeldberatung unterscheidet sich in der Methodik dabei nicht von der allgemeinen Rechtsberatung, sieht man davon ab, dass sie nicht fallbezogen, sondern hypothetisch für den Fall der Fälle erfolgt. Die abstrakten Elemente der Vorfeldberatung entsprechen also grundsätzlich denjenigen der fallbezogenen Rechtsberatung. Heussen<sup>45</sup> nennt hier die folgenden Phasen: (1) Tatsachenaufklärung, (2) Entwicklung von Risikoszenarien, (3) Beschreibung der rechtlichen Risiken, (4) Formulierung klarer Empfehlungen, (5) Ermöglichung von Entscheidungen. Inhaltlich ist die Vorfeldberatung allerdings im Wesentlichen auf Fragen des zweckmäßigen Verhaltens bei Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft und der Polizei – speziell bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen – begrenzt. Es geht also um die Vorbereitung der im Unternehmen Tätigen darauf, was bei Ermittlungsmaßnahmen zu tun bzw. zu unterlassen ist.

## 2. Beispiel: Unternehmenskrise und Strafrecht

6. Beispielfall: *A ist Geschäftsführer der alt eingessenenen X-GmbH, die sich auf die Herstellung von Elektronikteilen für die Automobilindustrie spezialisiert hat. Im Zuge des zwischen den Zulieferbetrieben herrschenden Verdrängungswettbewerbs gerät die X-GmbH in eine zunehmende finanzielle Schieflage. Nachdem die Kreditinstitute eine weitere Unterstützung des überschuldeten Unternehmens ausgeschlossen haben, ist die X-GmbH gezwungen, die Zahlungen an ihre Lieferanten einzustellen. Ein Strafverfahren ist bisher nicht eingeleitet worden.*

1. Frage: *A wendet sich an den Strafverteidiger V und erbittet Rat, was er in dieser verfahrenen Situation zu beachten habe, um sich wenigstens nicht strafbar zu machen. Welchen Gesichtspunkten wird V besondere Aufmerksamkeit widmen?*

2. Frage: *Ist es sinnvoll, jetzt schon Vorkehrungen für ein mögliches Strafverfahren zu treffen? Welche könnten das sein?*

Bei der ersten Frage geht es um Präventivverteidigung. Hier wird V zunächst die erforderlichen Informationen zu sammeln haben. Da noch kein Ermittlungsverfahren begonnen wurde, stehen Strafakten – die ansonsten für Verteidiger besonders wichtig sind – nicht als Informationsquellen zur Verfügung. Besondere Bedeutung kommt stattdessen der Befragung des A und dessen Mitarbeitern, gegebenenfalls auch Dritter (z. B. des Steuerberaters) sowie dem Studium der Betriebsakten und sonstigen relevanten Unterlagen zu. Auf der Basis dieser Informationen hat V eine Prognose zu erstellen, wie sich die Rechtslage aus richterlicher Sicht bei Kenntniserlangung dieser Informationen darstellen würde. V wird das Augenmerk bei den Rechtsprüfungen dabei namentlich den im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen stehenden besonderen Gefährdungslagen widmen. Besondere Relevanz entfalten hier für A als Geschäftsführer einer GmbH Vermögensverschiebungen<sup>46</sup> (§§ 283 I Nrn. 1 und 8, 283 c, 263, 266, 246 StGB), Schein- und Schleudergeschäfte (§ 283 I Nrn. 2–4 StGB), Mängel der Buchführung und Bilanzerstellung (§§ 283 I Nrn. 5–7, 283 b StGB), falsche eidesstattliche Erklärungen über den Vermögensgegenstand (§ 156 StGB), ferner auch Überschreitungen von Insolvenzantragsfristen (hier speziell: § 84 GmbHG)<sup>47</sup> sowie fehlende Abführungen von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266 a StGB) und Steuern (§ 370 ff. AO). V wird dem A dementsprechend die besondere Brisanz entsprechender Handlungen bzw. Unterlassungen eindringlich verdeutlichen. Er wird nach entsprechender Prüfung stattdessen zur Vornahme von Aktivitäten raten, die geeignet sind, den Sachverhalt oder dessen rechtliche Bewertung zu Gunsten des A positiv zu gestalten. Dies kann namentlich die Stellung eines Insolvenzantrags (sofern dieser bisher unterblieben, aber erforderlich gewesen sein sollte) sowie die Erstattung von Selbstanzeigen (gem. § 266 a VI StGB bzw. § 371 AO mit der Rechtsfolge von Straffreiheit) sein.

Bei der zweiten Frage geht es um Vorfeldberatung. Da die Insolvenzgerichte auf Grund der Anordnungen über „Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi)“<sup>48</sup> verpflichtet sind, den Staatsanwaltschaften Beschlüsse über Insolvenzeröffnungen sowie Antragsabweisungen mangels Masse mitzuteilen, und die Staatsanwaltschaften diese Informationen in 60 bis 80% der Fälle zum Anlass nehmen, Ermittlungen einzuleiten<sup>49</sup>, die nicht selten mit Durchsuchungen verbunden sind, ist es sinnvoll, schon jetzt Vorkehrungen hierfür zu treffen. Als Vorkehrungen kommen hier Beratungen sowie ergänzend dazu der Aufbau eines prophylaktischen Informationsmanagements in Betracht. Die Beratungen stellen sich dabei überwiegend als Aufklärung der Mitarbeiter über deren prozessuale Rechte und Pflichten dar. Es geht dabei einerseits darum, alle als Auskunftspersonen in Betracht kommenden Betriebsangehörigen über die grundsätzliche Pflicht zur Duldung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die Unrechtmäßigkeit von Widerstandshandlungen (§ 113 StGB, § 164 StPO) sowie das

44 Zu Übereinstimmungen der anwaltlichen Methodik in Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtssachen vgl. Prechtel, in: Barton/Jost (o. Fußn. 26), S. 80 f.

45 Heussen, in: Römermann/Paulus (o. Fußn. 19), § 20 Rdnrn. 73 ff.

46 Vgl. hierzu die checklistenartigen Schaubilder zu verschiedenen Prophylaxemöglichkeiten von Insolvenzstraftaten bei Reck, Insolvenzstraftaten und deren Vermeidung, 1999, S. 111, 126, 148 f.

47 Weitere Antragspflichten (nach dem AktG, HGB, GenG) listet auf Beck, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Hdb. des Wirtschafts- und SteuerstrafR, 2000, 2. Kapitel, Rdnrn. 123 ff.

48 Abgedr. in NJW 38/1998 (Beilage).

49 Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (o. Fußn. 5), § 75 Rdnr. 51.

Verbot der Vernichtung von Unterlagen und Daten zu informieren. Den Mitarbeitern sind aber andererseits auch ihre prozessualen Rechte (Schweigerecht des Beschuldigten, § 136 I 2 StPO; Auskunftsverweigerungsrechte von Zeugen, § 55 StPO; keine Pflicht zur Aussage zur Sache gegenüber Polizeibeamten) zu verdeutlichen. Solche Beratungen können in Form eines „Instruktionsgesprächs“ wie auch auf der Basis schriftlicher Handlungsanweisungen<sup>50</sup> erfolgen. Hierbei ist u. a. zu thematisieren, wie sich die Mitarbeiter konkret zu verhalten haben, etwa im Hinblick auf die freiwillige Herausgabe von Unterlagen oder bezüglich der Kommunikation und Gesprächsbereitschaft mit den Ermittlungsbeamten<sup>51</sup>. Als Maßnahmen zum Aufbau eines prophylaktischen Informationsmanagements ist insbesondere an die eindeutige innerbetriebliche Festlegung von vertretungsberechtigten Ansprechpartnern mit klaren Kompetenzzuweisungen für den Fall einer Durchsuchung zu denken, gegebenenfalls auch an die Bestimmung eines Koordinators<sup>52</sup>. Das Informationsmanagement sollte darauf abzielen, dass im konkreten Fall die zuständigen Mitarbeiter im Unternehmen wie gegebenenfalls auch außenstehende Dritte (externer Rechtsanwalt) zügig über den Beginn einer Durchsuchung informiert werden.

## V. Ausblick

Den zunehmenden strafrechtlichen Risiken für Unternehmen und Wirtschaft kann durch Vertragsgestaltung, Präventivverteidigung und Vorfeldberatung begegnet werden. Dies eröffnet nicht nur eine neue Perspektive für die Praxis, sondern stellt auch eine lohnende Herausforderung für die Wissenschaft dar. Die Methodik dieser Form rechtsberatender Praxis lässt sich wissenschaftlich reflektieren und sollte dem Gesetzesauftrag des reformierten DRiG folgend Eingang in das Studium und die Prüfungen finden<sup>53</sup>.

50 Park, Hdb. Durchsuchung und Beschlagnahme, 2002, Rdnrn. 861, 866 ff.; vgl. auch die Verhaltensempfehlungen von Große Vorbolt, Management und WirtschaftsstrafR, 2001, S. 139 f.

51 Konkrete Praxisempfehlungen finden sich bei Danckert/Ignor, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 4. Aufl. (2002), S. 135 ff. (139); Park (o. Fußn. 50), Rdnr. 865.

52 Letzteres empfiehlt Park (o. Fußn. 50), Rdnr. 859; vgl. im Übrigen Danckert/Ignor (o. Fußn. 51), S. 135.

53 Zu den sich jetzt stellenden Aufgaben für die Fakultäten bei der Umsetzung der Ausbildungsreform vgl. die verschiedenen Beiträge in Barton/Jost (o. Fußn. 26); ferner Barton/Jost/Breit/Oezmen, BRAK-Mitt 2003, 151.