

# Gefahrgeneigte Tätigkeiten – oder: Zur Strafbarkeit berufstypischen Verhaltens

## Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12, sowie OLG München, Beschl. v. 3.11.2014 – 4 OLG 15 Ss 466/14

Von Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau\*

### I. Einleitung

#### 1. „Normale“ Beihilfe

Einer Beihilfe nach § 27 StGB ist schuldig, „wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat“. In objektiver Hinsicht leistet (allgemeinsprachlich)<sup>1</sup> Hilfe, wer einen anderen unterstützt, ihm etwas erleichtert. Dementsprechend wird für das Hilfeleisten (nach einer Ansicht)<sup>2</sup> ein Verhalten vorausgesetzt, das für die Begehung der vorsätzlichen rechtswidrigen Tat kausal geworden ist oder (nach anderer Ansicht)<sup>3</sup> ihre Begehung gefördert hat. Etwas „fördern“ klingt deutlich weiter als einen Erfolg verursachen. Allerdings präzisiert die zweite Ansicht (jedenfalls in der neueren Rechtsprechung), die Förderung müsse „in irgendeiner Weise für die Haupttat kausal geworden sein, sodass die Rechtsgutsverletzung verstärkt oder die Durchführung der Tat erleichtert worden ist“<sup>4</sup>, weshalb die Unterscheidung in der Sache keinen Unterschied mehr macht.

In subjektiver Hinsicht muss der Gehilfe „vorsätzlich“ handeln. Ob Vorsatz gegeben ist, richtet sich nach den allgemeinen Vorsatzvoraussetzungen. Wie der Umkehrschluss aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ergibt, muss die Kenntnis des Gehilfen sich bei Begehung der Tat auf alle Umstände beziehen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Das sind im Fall der Beihilfe alle Umstände, die dem objektiven Tatbestand des § 27 Abs. 1 StGB unterfallen. Zudem ist nach h.A. (allgemein) für den Vorsatz auch ein voluntatives Element konstitutiv. Kurzum: Wer es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass sein Verhalten bei einem anderen die Begehung der Straftat fördert, handelt mit Beihilfenvorsatz.

#### 2. Äußerlich „neutrales“ Verhalten

Das Abstellen auf ein Fördern einer Haupttat mit *dolus eventualis* führt allerdings zu Problemen, wenn es um äußerlich unverdächtiges („neutrales“)<sup>5</sup> Verhalten geht. Macht die

Verkäuferin eines Brotmessers sich nach §§ 212 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar, wenn sie es für möglich hält und billigend, dass der Käufer mit dem Messer den Geliebten seines Lebenspartners tötet, was später tatsächlich passiert? Oder ist der Verkauf eines Feuerzeugs an einen späteren Brandstifter strafbare Beihilfe? Oder die Ausleihe des Buchs „1000 ganz legale Steuertricks“, wenn die Bibliothekarin es für möglich hält und billigend, dass der Entleiher die Ratschläge nutzt, um darüber hinaus auch illegale Steuertricks anzuwenden, mithin Steuern zu hinterziehen?<sup>6</sup> Ist in diesen Fällen das von den Verkäufern bzw. der Bibliothekarin erkannte Risiko hoch genug, um eine Beihilfestrafbarkeit zu begründen?

Ob berufstypisches („neutrales“) Verhalten den Tatbestand der Beihilfe nach § 27 Abs. 1 StGB erfüllt, gehört in der Strafrechtswissenschaft wohl „zu den meistdiskutierten Fragen der letzten Zeit“<sup>7</sup>. Es handelt sich dabei nicht nur um eine dogmatisch interessante, sondern auch um eine praktisch höchst bedeutsame Thematik. Auch gibt es zahlreiche Querverbindungen zu ähnlichen Problemkonstellationen, etwa beim berufsbedingten Beisichführen von Waffen oder Werkzeugen im Zusammenhang mit § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB und § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB oder mit Blick auf berufstypisches

---

eines Dritten aufweist, wirkt präjudiziell und ist deshalb nicht geeignet, diese Sachverhaltskonstellation zu beschreiben (vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 27 Rn. 17; Rackow, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Lexikon des Strafrechts, Ed. 24, Stand: 1.7.2014, Neutrale Handlungen im Strafrecht Rn. 3; treffend Rotsch, Jura 2004, 14 [21]: „Eine Diskussion über die Strafbarkeit ‚neutraler‘ Handlungen gibt es nicht. [...] Der gesamte Streit dreht sich [...] allein um die Frage, was eine neutrale Handlung ist und deshalb straflos bleiben muss“; dazu auch Hassemer, wistra 1995, 42). Zum besseren Verständnis wird der Begriff im herkömmlichen Sinne hier aber weiterhin teilweise verwendet.

<sup>6</sup> Beispiel nach Schlehofer, Täterschaftliches Begehen einer vorsätzlichen Straftat (§ 25 StGB), 2. Kap. A III 1 c (unveröffentlicht). Weitere Beispiele: Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 45 Rn. 102.

<sup>7</sup> Rengier (Fn. 6), § 45 Rn. 101; exemplarisch: Ambos, JA 2000, 721; Beckemper, Jura 2001, 164; Frisch, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 539; Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; Otto, JZ 2001, 436; Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007; Schall, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 103; Seher, JuS 2009, 795. Dass die Problematik keine neue ist, zeigt der Beitrag von Schneider, NSTZ 2004, 312.

---

\* Holm Putzke ist Inhaber der Professur für Strafrecht an der Universität Passau und Mitglied des dortigen Instituts für Rechtsdidaktik. – Meinen Wiss. Mitarbeiterinnen Nikola König und Jadwiga Loiko danke ich für ihre Unterstützung bei der Durchsicht des Textes und für wertvolle Hinweise, ebenso Rechtsanwalt Dr. Thomas Krimmel.

<sup>1</sup> Duden, Bedeutungswörterbuch, Bd. 10, 4. Aufl. 2010, S. 481 (Stichwort: „helfen“).

<sup>2</sup> So die h.L., siehe nur Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 214 ff., insb. Rn. 220 m.w.N.

<sup>3</sup> So die Rspr. und Teile der Lit., etwa BGH NSTZ 1995, 27 (28) bzw. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 582.

<sup>4</sup> BGH NSTZ 1995, 27 (28).

<sup>5</sup> Die Bezeichnung eines Verhaltens als „neutral“, das äußerlich keinen direkten Sinnzusammenhang mit der Straftat

Verhalten (z.B. von Strafverteidigern) im Zusammenhang mit einer Strafvereitelung nach § 258 Abs. 1 StGB.<sup>8</sup>

Es gibt gute Gründe, das strafbare Beihilfeunrecht bei Verhaltensweisen zu begrenzen, „die der Ausführende [auch, Zusatz des *Verf.*] jedem anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung [...] rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt“<sup>9</sup>. Der Begrenzungsaspekt ist auch der Ausgangspunkt des BGH in der hier besprochenen Entscheidung.<sup>10</sup> Besonders einleuchtend ist eine Zurechnungskorrektur bei der Tätigkeit eines Gastwirts, was der BGH schon im Jahr 1962 in bemerkenswerter Deutlichkeit hervorgehoben hat:

„Zu den allgemein als sozial üblich anerkannten Verhaltensweisen gehört das Ausschänken und der Genuß alkoholischer Getränke in Gastwirtschaften. Er führt nicht selten zu körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen bis zur Grenze der rechtlichen Verantwortlichkeit und über diese hinaus. Wäre der Gastwirt, dessen Gewerbe im Ausschänken geistiger Getränke besteht, für die Folgen, zu denen übermäßiger Alkoholgenuß seiner Gäste führen kann, allgemein strafrechtlich verantwortlich zu machen, so würde er in den meisten der Fälle auf dem Wege über die strafrechtliche Garantienpflicht gleichsam zum Vormund oder Hüter seiner Gäste bestellt. Mit Recht untersagt § 16 Abs. 1 Nr. 3 GaststG<sup>11</sup> dem Gastwirt die Abgabe geistiger Getränke aber nur an Betrunkene. [...] Soweit aus dem Ausschänken von Alkohol an Gäste, auch an Kraftwagenführer, die ihr Fahrzeug bei sich haben, Gefahren erwachsen, nimmt sie die Gesellschaft, was die Rechtspflichten des Gastwirts angeht, in erträglichen Grenzen in Kauf. Eine Rechtspflicht des Gastwirts zum Eingreifen kann, solange ein Gast noch, sei es auch eingeschränkt, rechtlich verantwortlich ist, weder im Sinne des Gastes liegen, noch im Interesse der Allgemeinheit, noch würde sie allen Interessen des Gastwirts gerecht, die er als Gewerbetreibender erlaubterweise berücksichtigen darf. Innerhalb dieses Rahmens braucht sich der Gastwirt daher rechtlich auch nicht darum zu kümmern, auf welche Weise der Gast heimzukehren gedenkt.“<sup>12</sup>

Zur Begründung solcher Privilegierungen lässt sich etwa auf die von Art. 12 Abs. 1 GG besonders geschützte Freiheit von Berufswahl und -ausübung verweisen, aber auch auf die allgemeine Handlungsfreiheit,<sup>13</sup> mit anderen Worten also darauf, dass wirtschaftliche Tätigkeiten nicht in unverhält-

nismäßigem Maße beschränkt werden dürfen, was der Fall wäre, wenn berufstypisches „alltägliches“ Verhalten das Risiko begründete, sich an der Begehung einer Straftat zu beteiligen.<sup>14</sup> Der Gedanke der Straffreiheit berufsbedingten Verhaltens findet sich zudem beispielsweise in § 139 StGB.<sup>15</sup> Mag über die Notwendigkeit noch mehrheitlich Zustimmung herrschen,<sup>16</sup> umfasst der Meinungsstand zu den „richtigen“ Kriterien einer Einschränkung ein Spektrum, das sich jedenfalls in diesem Rahmen nicht darstellen lässt. Es reicht von objektiven und subjektiven Ansätzen bis hin zum Rechtswidrigkeitsausschluss. Folgende Schlagwörter seien in diesem Zusammenhang erwähnt: Lehre von der sozialen Adäquanz, Lehre von der professionellen Adäquanz, Lehre von der objektiven Zurechnung (erlaubtes Risiko), Garantienpflichtwidrigkeit, Solidarisierung mit dem Täter, Lehre vom Regressverbot, Zuteilung von Verantwortungsbereichen, Vertrauensgrundsatz, Interessenabwägung, Theorie vom deliktischen Sinnbezug, Theorie von der Notwendigkeit eines Tatförderungswillens.<sup>17</sup>

In der Rechtsprechung haben vor allem der 3.<sup>18</sup> und 5.<sup>19</sup> Strafsenat, ausgehend von der Lehre *Roxins*<sup>20</sup>, die Diskussion geprägt. Im Großen und Ganzen orientiert die Rechtsprechung sich an folgendem Schema:

„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

<sup>14</sup> Dazu *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, 28. Kap. Rn. 48.

<sup>15</sup> Vgl. *Kudlich*, JZ 2000, 1178 (1179).

<sup>16</sup> Anders – d.h. für eine Anwendung der allgemeinen Regeln, allerdings mit besonders kritischer Vorsatzprüfung – etwa *Beckemper*, Jura 2001, 163 (169); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 1331; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1086 f.

<sup>17</sup> Siehe dazu die Übersichten bei *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 62 ff. m.w.N.; *Rackow* (Fn. 5), Rn. 4 ff. m.w.N.; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 6 Rn. 155; ferner *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 4. Aufl. 2013, Rn. 146b; zur Darstellung in einer Falllösung *Rotsch*, Jura 2004, 14.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2000 – 3 StR 53/00 = NStZ-RR 2001, 241; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = NJW 2006, 522.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 26.10.1998 – 5 StR 746/97 = NStZ-RR 1999, 184; BGH, Beschl. v. 20.9.1999 – 5 StR 729/98 = NStZ 2000, 34; BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99 = BGHSt 46, 107 = NJW 2000, 3010; BGH, Urt. v. 18.6.2003 – 5 StR 489/02 = NJW 2003, 2996; BGH, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12 = BeckRS 2014, 03755.

<sup>20</sup> Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 218 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Rackow* (Fn. 5), Rn. 2.1.

<sup>9</sup> *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1997, S. 4.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 22.1.2014 – 5 StR 468/12 = HRRS 2014 Nr. 185 = BeckRS 2014, 03755, Rn. 27: „Diese Grundsätze dienen im Wesentlichen der Begrenzung von strafbarem Beihilfeunrecht [...]“.

<sup>11</sup> Heute geregelt in § 20 Nr. 2 Gaststättengesetz.

<sup>12</sup> BGHSt 19, 152 (154 f.) = NJW 1964, 412 f.; dazu auch *Lesch*, JR 2001, 383 (385).

<sup>13</sup> Ebenso *Kudlich*, JZ 2000, 1178 (1179).

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 [...].<sup>21</sup>

## II. BGH – 5 StR 468/12

Von diesen – wörtlich übernommenen – Überlegungen lässt der 5. Strafsenat sich auch in der hier besprochenen Entscheidung vom 22.1.2014 leiten.

### 1. Sachverhalt

Das Landgericht Berlin hatte den Angeklagten wegen Beihilfe zum versuchten gemeinschaftlichen Betrug (§§ 263 Abs. 1, 2; 22, 25 Abs. 2 i.V.m. 27 Abs. 1 StGB) zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 130 Euro verurteilt. Folgender Sachverhalt lag dem Urteil dabei zugrunde:<sup>22</sup>

Die Täter der Haupttat sind Betrüger.<sup>23</sup> Ihr Geschäftsmodell bestand darin, vornehmlich ältere Personen dazu zu bringen, ihre Kontoverbindungen preiszugeben und monatlichen Abbuchungen in Höhe von 49 bis 59 Euro nicht zu widersprechen. Dafür nutzen sie eine „Kündigungs-“ und „Datenlöschmasche“: Bei ersterer gaukelten aus der Türkei agierende „Callcenter-Agents“ den Angerufenen vor, dass bereits ein Vertrag mit einem „Gewinnspieleinzahlungsdienst“ bestehe, von dem die Angerufenen sich allerdings – gegen Zahlung von drei monatlich zu entrichtenden Servicebeiträgen – aufgrund eines Sonderkündigungsrechts lösen könnten. Bei der zweiten Gesprächsstrategie behaupteten die Anrufer wahrheitswidrig, die Angerufenen vor lästigen Gewinnspielanrufen bewahren zu können, indem sie – gegen Zahlung einer „Servicegebühr“ – für die Löschung der Daten und – durch die Eintragung in eine Sperrliste – das Ende der Gewinnspielanrufe Sorge trügen. Flankiert wurden diese Anrufe von „Quality-Calls“ (d.h. Kontrollanrufen), um bei den

Angerufenen den Eindruck eines ordnungsgemäßen Vertragschlusses zu generieren.

Darüber hinaus beteiligten die Haupttäter sich an einer weiteren Betrugsmasche, bei der gegenüber den von den Callcentern angerufenen Personen in einem Begrüßungsschreiben behauptet wurde, dass die Empfänger sich zur Teilnahme „bei Ihrem persönlichen Gewinnspielclub [...] mit der 100 %-Geld-zurück-Garantie“ entschieden hätten und gegen monatliche Zahlung eines „Servicebetrages“ von 49 bis 59 Euro „jeden Monat bei mindestens 200 der besten Gewinnspiele Deutschlands“ angemeldet würden und eine Mindestgewinnsumme von regelmäßig 500 Euro garantiert sei. Tatsächlich bestanden weder eine Geld-zurück- noch eine Gewinn-Garantie. Sinn dieser Begrüßungsschreiben war es, „bei den Empfängern die falsche Vorstellung hervorzurufen“, bereits einen wirksamen Vertrag über die Teilnahme an kostenpflichtigen Gewinnspielen abgeschlossen zu haben, und dadurch Kündigungen, Widersprüche und insbesondere Rückbuchungen seitens der Empfänger zu vermeiden.

Die Haupttäter beauftragten den Angeklagten, Geschäftsführer eines Finanzdienstleistungsunternehmens, die „Servicebeiträge“ im Lastschriftverfahren einzuziehen, wodurch er den Haupttätern Einnahmen im achtstelligen Bereich verschaffte. Hinsichtlich der „Sperrlistenprodukte“ hatte der Angeklagte die Übernahme des Lastschritteinzugs allerdings abgelehnt. Die aus dem Gewinnspieleintragungsservice generierten Servicebeiträge zog er hingegen ein, nachdem er sich die ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistungen und die Richtigkeit der Vertragsschlüsse schriftlich hatte zusichern lassen. Allerdings war diesbezüglich die Quote an Rücklastschriften wegen Widerspruchs der Kunden derart hoch, dass die interne Compliance-Abteilung des Angeklagten ihn mehrfach darauf hinwies. Damit konfrontierte er telefonisch auch die Haupttäter: „Wenn ich die Zahlen alleine zugrunde lege, die Statistiken, die wir haben [...] Wenn ich diese Quoten nehme, dann weiß ich, dass Sie negativ verkaufen und dass da auch ganz schlecht verkauft wird.“<sup>24</sup> Der Angeklagte verlangte daraufhin, dass in den Callcentern künftig „sauber“ gearbeitet werde, und führte weiterhin Lastschritteinzüge durch.

### 2. Entscheidungsgründe

Maßgeblich gestützt auf das vorgenannte Telefonat war das Landgericht davon überzeugt, dass der Angeklagte „mit sicherem Wissen“ handelte, d.h. von den betrügerischen Aktivitäten der Haupttäter wusste und diesen somit vorsätzlich Hilfe leistete. Zu diesem angeblich im Telefonat bestätigten Wissen soll der Angeklagte laut dem Landgericht gelangt sein, weil ihn seine Compliance-Abteilung auf die zahlreichen Rücklastschriften hingewiesen hat und weil ihm „auf-

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.1999 – 5 StR 729/98 = NStZ 2000, 34; ferner OLG Köln, Beschl. v. 3.12.2010 – 1 Ws 146/10 = BeckRS 2011, 03078.

<sup>22</sup> Zum Sachverhalt siehe BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 2-15.

<sup>23</sup> Wer die Sachverhaltsdarstellung liest, wird sich vielleicht über die Verurteilung wegen Beihilfe zum versuchten Betrug wundern. Die Erklärung ist einfach (BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 17): „Um nicht bezüglich der mehr als 200.000 Kunden aufklären zu müssen, ‚welcher Kunde aufgrund welcher Annahme welchen Vertrag möglicherweise geschlossen hat und auf welche Gesprächsführung seitens der ‚Callcenter-Agents‘ – also auf welche mögliche Täuschungshandlung – die jeweilige Vorstellung des Kunden in jedem Einzelfall zurückging‘ [...], hat die Strafkammer die Strafverfolgung gemäß § 154a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf der Beihilfe zum versuchten Betrug beschränkt.“

<sup>24</sup> „Negativ verkaufen“ meint in der Callcenter-Branche „eine Form der Gesprächsführung [...], bei der beim Kunden gerade nicht der Wunsch eines Vertragsschlusses, sondern allein der Wunsch des Herauskommens aus einer unangenehmen Situation oder unerwünschten, mutmaßlich bereits eingegangenen vertraglichen Bindung ausgenutzt wird“ (BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 12).

grund seiner umfangreichen Erfahrung im Bereich der Zahlungsdienstleistungen klar [war], dass die erhöhte Quote der Rücklastschriften wegen Widerspruchs insbesondere auf Probleme mit der ‚Neukundenproduktion‘ zurückzuführen war. Typischerweise widersprechen ‚Kunden‘ insbesondere dann einer Lastschrift, wenn sie sich nicht bewusst sind, einen Vertrag geschlossen zu haben, oder wenn sie sich überrumpelt fühlen. Dies wiederum ist typisch für negatives Verkaufen“. Damit habe der Angeklagte Umstände gekannt, „aus denen rechtlich folgt, dass jedenfalls mit einem substantiellen Anteil der ‚Kunden‘ [...] kein wirksamer Vertrag geschlossen wurde“. Zudem verwies das Landgericht auf einen Besuch des Angeklagten in den türkischen Callcentern, wodurch er „recht genauen Einblick in die Geschäftstätigkeit“ erlangt habe.<sup>25</sup>

Der BGH hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben.<sup>26</sup> Eine Bestrafung des Angeklagten setze „konkrete Feststellungen“ voraus, „die belegen, dass das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung der erkennbar tatgeneigten ehemaligen Mitangeklagten angelegen sein ließ.“ Maßgeblich sei, „ob es für den Angeklagten Anhaltspunkte gab, die es zumindest als sehr wahrscheinlich erscheinen ließen, dass [...] das gesamte durch ihn geförderte Tun der Haupttäter auf die Begehung versuchter Betrugstaten angelegt war oder aber jedenfalls ein Teil der einzuziehenden Forderungen aus solchen Straftaten herrührte.“

Solche Feststellungen habe das Landgericht nicht getroffen. Insbesondere würden Angaben fehlen zur tatsächlichen Höhe der Rücklastschriftquoten wegen Widerspruchs sowie „etwaige dem Angeklagten bekannte Vergleichswerte“, weshalb die Aussagekraft der Rücklastschriftquoten nicht überprüft werden könne. Auch habe das Landgericht sich weder damit auseinandergesetzt, „inwieweit die Abweichungen der Rücklastschriftquoten von bekannten Durchschnittswerten eine statistische Signifikanz aufweisen“, noch mit verschiedenen Erklärungsmöglichkeiten für überdurchschnittlich hohe Werte. Nur daraus lasse sich aber erkennen, ob eine „für den Angeklagten erkennbare Signifikanz gerade hinsichtlich eines strafbaren Verhaltens der Haupttäter vorliegt“. Allein auf den „unscharf bleibenden Begriff des ‚negativen Verkaufens‘“ – statt explizit auf Täuschungshandlungen – abzustellen, genüge zur Annahme des Beihilfevorsatzes nicht. Im Übrigen vertrage sich die Bewertung des Telefonats – und damit letztlich die Bejahung des Beihilfevorsatzes – nicht mit der zugunsten des Angeklagten getroffenen Annahme, „die Quoten bei den Lastschriftläufen“ seien „nicht in einer Weise erhöht“ gewesen, „dass der Angeklagte hieraus allein auf negatives Verkaufen hätte schließen müssen“.

Auch den Verweis auf zahlreiche Gespräche mit einem der Haupttäter sowie den „Besuch in den türkischen Callcentern“ und die daraus gezogene Schlussfolgerung, dadurch habe der Angeklagte einen „recht genauen Einblick in die

Geschäftstätigkeit“ der Haupttäter gehabt, lässt der BGH nicht gelten. Zusätzlich weist der *Senat* darauf hin, dass aufgrund „der schriftlichen Zusicherung [...] zu Beginn des Vertragsverhältnisses“ und aufgrund des „Vorhalts im Telefonat“ nicht unbedingt angenommen werden könne, einer der Haupttäter habe „dem Angeklagten gegenüber gezieltes ‚negatives Verkaufen‘ eingeräumt“.

### 3. Kritik

Im Ergebnis ist die Entscheidung des 5. *Strafsenats* richtig, weil die Beweiswürdigung des Landgerichts erkennbar lückenhaft und widersprüchlich ist sowie alternative Erklärungsansätze nicht berücksichtigt wurden.<sup>27</sup>

Nicht überzeugend ist jedoch der vom BGH gewählte Ausgangspunkt mit Blick auf die dogmatische Behandlung eines „berufstypischen Verhaltens“. Folgende Leitsätze<sup>28</sup> lassen sich der Entscheidung entnehmen.<sup>29</sup>

- „Aus objektiven Gründen kann eine strafbare Beihilfe zu verneinen sein, wenn dem Handeln des – um die bevorstehende Deliktsverwirklichung wissenden – Täters der ‚deliktische Sinnbezug‘ [...] fehlt, weil das vom Gehilfen geförderte Tun des Haupttäters nicht allein auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt.“
- Zielt das Handeln des Haupttäters darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so handelt es sich bei seinem Verhalten – auch bei „berufstypischen ‚neutralen‘ Handlungen“ – objektiv und subjektiv um eine nach § 27 Abs. 1 StGB strafbare Beihilfehandlung.
- Hält der Hilfeleistende bei „berufstypischen ‚neutralen‘ Handlungen“ lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so stellt sein Handeln in der Regel noch keine strafbare Beihilfehandlung dar.
- Hält der Hilfeleistende bei „berufstypischen ‚neutralen‘ Handlungen“ lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln allerdings als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, wenn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.

a) Zunächst einmal eröffnet die Konzeption des BGH einen weiten Spielraum für Einzelfallentscheidungen. Prinzipiell ist dagegen nichts einzuwenden, soweit Einzelfallentscheidungen zu Einzelfallgerechtigkeit führen. Doch verschafft der BGH den Gerichten dadurch auch eine weitgehende Freiheit,

<sup>27</sup> Dazu allgemein etwa BGH NStZ-RR 2010, 183; Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 786; vertiefend Eschelbach, in: Graf (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Ed. 19, Stand: 8.9.2014, § 261 Rn. 18 bzw. 39, 40.

<sup>28</sup> Siehe dazu BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 28 und 29.

<sup>29</sup> Siehe dazu auch Wittig (Fn. 17), § 6 Rn. 154.

<sup>25</sup> Siehe zum Vorstehenden BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 13, 19 und 20.

<sup>26</sup> Zu den Gründen: BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 25-36.

wenn es darum geht zu entscheiden, ob der Angeklagte sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ“. Damit hält der BGH sich (und anderen Revisionsgerichten) zugleich die Möglichkeit offen, jedes ihm nicht passende Tatgerichtsurteil, sei es in sich noch so stimmig, aufzuheben.<sup>30</sup> Was bleibt, sind erhebliche Abgrenzungsprobleme.

b) Zudem sind die Ausführungen zur objektiven Begrenzung verunklarend. So könne eine strafbare Beihilfe aus objektiven Gründen zu verneinen sein, „wenn dem Handelnden – um die bevorstehende Deliktsverwirklichung wissenden – Täters der ‚deliktische Sinnbezug‘ [...] fehlt, weil das vom Gehilfen geförderte Tun des Haupttäters nicht allein auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt [...], der Gehilfe mithin zwar den Täter, nicht aber unmittelbar dessen strafbares Tun durch seinen Beitrag unterstützt.“ *Roxin*<sup>31</sup> bringt – generell bezogen auf „neutrale“ Handlungen, nicht speziell auf berufstypisches Verhalten – als Beispiel die Bestellung und Bezahlung von Handwerksarbeiten: Selbst wenn der Auftraggeber weiß, dass der Handwerker Steuern zu hinterziehen beabsichtigt, die er für die Erlangung des Handwerkerlohns zu zahlen hätte, fehlt der deliktische Sinnbezug, mithin scheidet eine Beihilfe-strafbarkeit bereits objektiv. So hat es einst auch der BGH gesehen.<sup>32</sup>

Wer einem Brandstifter ein Feuerzeug verkauft, das er, was der Verkäufer weiß, sowohl zum Anzünden von Zigaretten als auch einer Schule nutzen wird,<sup>33</sup> der soll sich erlaubt verhalten haben, weil das Feuerzeug für den rauchenden Täter – unabhängig von seiner geplanten Brandstiftung – „sinnvoll“<sup>34</sup> ist? Gleiches soll für einen Subunternehmer gelten, der einen Handwerker beauftragt, eine Wohnung zu streichen, obwohl dieser ihm gegenüber glaubhaft versichert, das Entgelt nicht zu versteuern? Diese Beispiele zeigen, dass der „deliktische Sinnbezug“ mit dem Kriterium der „sonstigen Sinnhaftigkeit“ ein diffuses und kein distinktives Merkmal, mithin zur Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit kein geeignetes ist.

Verschleiert wird, worum es geht: um die Frage, ob das Verhalten des mutmaßlichen Gehilfen eine unerlaubte Gefahr geschaffen hat. Denn auch die §§ 26, 27 StGB setzen – wie die Täterdelikte – für das tatbestandliche Verhalten eine

strafrechtlich relevante Pflichtwidrigkeit voraus.<sup>35</sup> Es kommt also darauf an, ob der Hilfeleistende strafrechtlich missbilligt (d.h. pflichtwidrig) gehandelt hat mit Blick auf die Gefahr, dass es zu der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat kommt. Bei äußerlich ganz unverfänglichen Handlungen (Verkauf von Werkzeugen, z.B. eines Messers oder einer Axt, Lieferung von Wein an einen Bordellbetrieb,<sup>36</sup> Transport von Tätern durch einen Taxifahrer zu einem geplanten Bankraub, Buchführungsarbeiten für eine Firma trotz Insolvenzreife,<sup>37</sup> Verkauf eines Farbkopierers an Geldfälscher,<sup>38</sup> Anfertigung von Nachschlüsseln durch einen Schlüsseldienst<sup>39</sup> etc.) könnte es an dieser strafrechtlichen Missbilligung fehlen. „Neutral“ bedeutet mithin nichts anderes als „erlaubt“, d.h. nicht pflichtwidrig.

Ausgangspunkt ist die Frage, ob der Hilfeleistende eine Rechtspflicht verletzt hat. Nun gibt es für den Verkauf von Feuerzeugen (anders als etwa für den Verkauf von Giften oder Waffen)<sup>40</sup> keine speziellen Verhaltensnormen. Wo es daran aber fehlt, ist die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem danach zu ziehen, ob das verfolgte Interesse das beeinträchtigte wesentlich, d.h. eindeutig überwiegt (sog. Prinzip des überwiegenden Interesses). Einzubeziehen ist in diese Abwägung alles, was für oder gegen eine Erlaubnis spricht, namentlich – wie § 34 StGB zeigt – die betroffenen Rechtsgüter und der Grad der ihnen drohenden Gefahren. Zu beachten ist dabei, dass die strafrechtliche Missbilligung mehr voraussetzt als eine schlichte Pflichtwidrigkeit. Strafrechtlich dürfen nur solche Pflichtwidrigkeiten missbilligt werden, die mit Strafe zu bedrohen verhältnismäßig ist.

Schon an dieser Stelle wird die Art und Weise des Verhaltens relevant: Wer ohne individualisierten Kontakt zum Täter bloß seine – von diesem missbrauchte – Infrastruktur zur Verfügung stellt oder wer zwar eine individuelle Leistung erbringt, diese aber nicht speziell auf den Täter abstimmt, der schafft (berufsbedingt) eine deutlich kleinere Gefahr als derjenige, der seine Leistungserbringung an die deliktischen Pläne des Haupttäters anpasst.<sup>41</sup>

Extra angepasst hat zum Beispiel ein Bankkaufmann sein Geschäftsverhalten, der in den Jahren 1992/93 als Mitarbeiter einer Sparkasse Kunden den Kapitaltransfer nach Luxemburg

<sup>30</sup> Vergleichbar ist dies mit dem Kriterium des „billigenden In-Kauf-Nehmens“ beim Tötungsvorsatz (eingehend dazu *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 97; auch *Trück*, NStZ 2005, 233 [238]).

<sup>31</sup> *Roxin* (Fn. 20), § 26 Rn. 224.

<sup>32</sup> BGH NStZ 1992, 498; in diesem Sinne etwa auch *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 27 Rn. 6.

<sup>33</sup> Beispiel nach *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 34. Lfg., Stand: Oktober 2000, § 27 Rn. 28.

<sup>34</sup> BGH BeckRS 2014, 03755, Rn. 28.

<sup>35</sup> Siehe dazu nur *Schlehofer* (Fn. 6), 2. Kap. A III 1 c.

<sup>36</sup> RGSt 39, 44.

<sup>37</sup> OLG Köln BeckRS 2011, 03078.

<sup>38</sup> Siehe *Hefendehl*, Jura 1992, 376.

<sup>39</sup> Vgl. *Hassemer*, wistra 1995, 41 (42).

<sup>40</sup> Siehe dazu etwa § 3 Abs. 1 Nr. 2b Chemikalien-Verbotsverordnung, wonach die davon erfassten Stoffe und Zubereitungen nur abgegeben werden dürfen, wenn „dem Abgebenden bekannt ist oder er sich durch den Erwerber hat bestätigen lassen, dass dieser als Endabnehmer diese Stoffe und Zubereitungen in erlaubter Weise verwenden will, und keine Anhaltspunkte für eine unerlaubte Weiterveräußerung oder Verwendung bestehen [...]“.

<sup>41</sup> Zu dieser Differenzierung *Kudlich*, JZ 2000, 1178 (1179); auch *Brettel/Schneider*, Wirtschaftsstrafrecht, 2014, § 2 Rn. 117.

und in die Schweiz ermöglichte:<sup>42</sup> Dazu splittete er die Kundengelder ohne jeden sonstigen Anlass in zwei getrennte Bargeschäfte auf, griff auf ein bereits vorhandenes Verschleierungssystem für anonymen Kapitaltransfer eines Verbundpartners zurück, ließ die Kunden (ohne dass das Geld an sie ausgehändigt wurde) die Beträge zunächst bei der Sparkasse abheben, um sie anschließend sofort per Zahlschein auf ein Sammelkonto einer Auslandsbank einzuzahlen, und verschleierte die Geldtransfers darüber hinaus, indem auf dem Einzahlungsbeleg statt des Kundennamens lediglich ein Codewort oder eine Referenz- oder Kontonummer der Auslandsbank vermerkt wurde. Das alles zusammengenommen diente evidentenmaßen allein einem „spurenlosen“ Transfer, hatte mithin nicht mehr viel zu tun mit dem berufstypischen Verhalten eines Sparkassenmitarbeiters, war also alles andere als „neutral“. Fraglos hat er eine strafrechtlich unerlaubte Gefahr geschaffen.

c) Allerdings griffe es zu kurz, die Entscheidung über das Vorliegen einer strafbaren Beihilfehandlung allein von objektiven Umständen abhängig zu machen. Es ist richtig, auf die Größe der Gefahr abzustellen, d.h. die Entscheidung auch davon abhängig zu machen, ob der Helfer die Größe der geschaffenen Gefahr kannte. Wer weiß, dass jemand mit einer gekauften Axt die eigene Ehefrau töten oder ein zur Verfügung gestelltes Konto für die Hinterziehung von Steuern nutzen will, der leistet Hilfe – und zwar im strafrechtlich relevanten Bereich. Deshalb ist der Ansatz des BGH richtig, auch auf eine subjektive Komponente abzustellen. Denn ob ein Verhalten strafrechtliche Bedeutung hat oder nicht, entscheidet sich nicht nur nach den äußeren Umständen, sondern auch danach, welches Risiko der Handelnde sich vorstellt.<sup>43</sup> Mit Gesinnungsstrafrecht hat das nichts zu tun.<sup>44</sup> Ein einfaches Beispiel soll dies verdeutlichen: Wenn jemand glaubt, seine Mutter mit Vitamin C töten zu können, und der Frau eine Tagesdosis, aufgelöst in einem Fruchtsaft, zu trinken gibt, wäre das trotz der objektiven Unverfänglichkeit des Verhaltens wegen des angenommenen Tötungsrisikos ein strafrechtlich zu sanktionierendes Verhalten – nämlich ein Mordversuch gem. § 211, 22 StGB.<sup>45</sup>

Zur Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit lässt der BGH es nicht genügen, wenn der Hilfeleistende es im Sinne des *dolus eventualis* lediglich „für möglich hält“, dass sein Beitrag durch den Täter missbraucht, d.h. deliktisch verwendet wird. Indem der BGH in den Fällen, in denen der Hilfeleistende nicht weiß, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, die Strafbarkeit davon abhängig macht,

ob das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch ist, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein lässt, soll sichergestellt werden, dass sich niemand durch bloße Mutmaßungen über die Möglichkeit einer strafbaren Verwendung von alltäglichen, sozial nicht unerwünschten Handlungen von diesen abhalten lässt.

d) Der Unterschied der hiesigen Überlegungen zum Ansatz des BGH besteht nun darin, das Gewicht auf die objektive Zurechnung zu legen und dort auf die Größe der geschaffenen Gefahr. Bei genauem Hinsehen ist das Kriterium des „deliktischen Sinnbezugs“ nichts anderes als der Versuch, schon objektiv die Schaffung von Gefahren als erlaubt zu klassifizieren. Dogmatisch überzeugender wäre es freilich, diesen Aspekt als Teil der objektiven Zurechnung anzusehen.

Das Gewicht auf die objektive Zurechnung zu legen, führt nicht notwendig zu anderen Ergebnissen, hat aber – worauf *Wohlers* zutreffend hingewiesen hat – „den Vorteil, dass die der Entscheidung zugrunde liegenden normativen Wertungen offen gelegt werden müssen und nicht hinter pseudo-empirischen ‚Feststellungen‘ dazu, was der potentielle Gehilfe angeblich gewusst und/oder gewollt hat, versteckt werden können.“<sup>46</sup> Darauf wird zurückzukommen sein: Beim später folgenden Fallbeispiel (III.) wird erläutert, welche Gefahren der Rückgriff auf „pseudo-empirische“ Feststellungen haben kann. Auch werden durch die hier dargelegten Überlegungen beliebige und zufällige Ergebnisse mit Blick auf das objektiv ausgerichtete Schein-Kriterium des „deliktischen Sinnbezugs“ vermieden.

Unterm Strich zeigt sich zweierlei: Erstens sind die hier behandelten Fälle nach den herkömmlichen und allgemein anerkannten Regeln über die objektive Zurechnung und den Gehilfenvorsatz zu behandeln.<sup>47</sup> Zweitens lässt sich die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten letztlich „neutral“ und also straflos ist, nur einzelfallbezogen und mittels einer Gesamtschau lösen<sup>48</sup> – insofern ist dem BGH folglich recht zu geben. Einzelfallentscheidungen sind nicht zu vermeiden, doch sind die vom BGH herangezogenen Kriterien die falschen. Diese Art der Einzelfallbezogenheit ist unbefriedigend, weil sie Interpretationsspielräume eröffnet, die es einem Normadressaten nahezu unmöglich machen vorherzusehen, welches Verhalten noch erlaubt und welches schon verboten ist. Das Fehlen „harter“ Abgrenzungskriterien darf deshalb nicht denjenigen „auf die Füße“ fallen, die berufsbedingt Leistungen erbringen. Insofern zeigt die Entscheidung des 5. *Strafsenats* Augenmaß.<sup>49</sup> Ein Normadressat muss nicht

<sup>42</sup> Siehe dazu BGH NJW 2000, 3010 m. zust. Anm. *Kudlich*, JZ 2000, 1178.

<sup>43</sup> Siehe auch *Roxin* (Fn. 20), § 26 Rn. 231 („Vor allem aber gibt es keine Alltagshandlungen per se, sondern der Charakter einer Handlung wird durch den Zweck bestimmt, dem sie dient.“); ebenso *Rotsch*, Jura 2004, 14 (17).

<sup>44</sup> Dahingehend aber *Hassemer*, wistra 1995, 41 (43); *Kindhäuser*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 355 (358).

<sup>45</sup> Siehe dazu *Putzke/Schlehofer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kap. 8, II 3 a (erscheint 2015).

<sup>46</sup> *Wohlers*, NSTZ 2000, 169 (171).

<sup>47</sup> Was dem Ansatz entspricht, dem der 3. *Strafsenat* zuzuneigen scheint, vgl. BGH NJW 2006, 522 (528, dort Rn. 49).

<sup>48</sup> Dabei lässt sich nicht bestreiten, dass eine solche „plausibilitätsorientierte Fallbewertung [...] keinen wirklich tauglichen Beitrag zur grundsätzlichen Problembewältigung“ leistet (*Rotsch*, Jura 2004, 14 [16 f.] unter Verweis auf *Frisch* [Fn. 7], S. 543 f.).

<sup>49</sup> Dahingehend auch *Bott/Orlowski*, NZWiSt 2014, 139 (143).

stets damit rechnen, dass die von ihm erbrachten Leistungen missbräuchlich verwendet werden.

### III. Fallstudie

Wie schnell jemandem, der seinem Beruf nachgeht, ein Verhalten strafrechtlich gesehen „auf die Füße fallen“ kann, zeigen mehrere gleichgelagerte Strafverfahren wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung.

#### 1. Sachverhalt

Nach jahrelangen Ermittlungen hatte die Staatsanwaltschaft Anklage wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung gegen mehrere Personen aus der Führungsspitze einer Firma erhoben, die als Lebensmittel-Großhändlerin tätig ist und zu deren Kundenkreis vor allem Gastronomen zählen. Zudem erließ das Amtsgericht antragsgemäß gegen mehrere Außendienstmitarbeiter der Firma Strafbefehle. Einige dieser Strafverfahren haben – als Folge von eingelegten Einsprüchen (vgl. § 410 Abs. 1 S. 1 StPO) – bereits sowohl das Amtsgericht und die zuständige Berufungskammer beschäftigt als auch das Oberlandesgericht München als Revisionsinstanz.<sup>50</sup>

Die Sachverhaltskonstellation, die sämtlichen Fällen zugrunde liegt, lässt sich wie folgt skizzieren: Die Firma verbucht Verkäufe auf Debitorenkonten, die sich aus Kundenkonten und sogenannten Tourenverkaufskonten zusammensetzen. Die Tourenverkaufskonten sind einzelnen Touren (-bezirken) zugewiesen, für die einzelne Außendienstmitarbeiter (Handelsvertreter) zuständig sind. Der insgesamt über diese Konten abgewickelte Umsatz bewegte sich im fraglichen Zeitraum etwa bei zwei Prozent des Gesamtumsatzes. Der Zweck der Tourenverkaufskonten bestand damals etwa darin, Einkäufe für den Privatbedarf, für Sonderveranstaltungen sowie für Dritte abzuwickeln. Eine von den eigentlichen Kundenkonten getrennte Verbuchung wurde aber auch dann vorgenommen, wenn Kunden dies schlicht wünschten, etwa weil sie mehrere Verkaufsstände getrennt erfassen wollten oder weil sie eine Separierung der Abrechnung bei unterschiedlichen Umsatzvarianten mit identischer Ware bevorzugten (z.B. zur Trennung des Verkaufs in der Pizzeria und des Lieferservices). Unterm Strich lässt sich sagen, dass die Verwendung der Tourenverkaufskonten für die Firma kaufmännisch zweckmäßig war, es also allein betriebswirtschaftliche Gründe waren, die dem Kontensystem zugrunde lagen.

Für sämtliche Verkäufe, egal ob abgewickelt über das Kunden- oder Tourenverkaufskonto, wurden auch damals schon ordnungsgemäße Rechnungen erstellt, die die Kunden erhielten. Vermerkt waren darauf der Name des Kunden bzw. seiner Firma sowie die dazugehörige Anschrift. Zudem waren sämtliche Rechnungen fortlaufend nummeriert, konnten also eindeutig Rechnungskreisen zugeordnet werden. Die Rechnungslegung entsprach den Anforderungen, die das geltende Recht stellt, zu finden etwa in § 144 AO. Was die Tourenverkaufskonten angeht, handelt es sich im Sinne der üblichen

Terminologie auch heute noch um Debitorenkonten, denn die einzelnen Tourenverkaufskonten dienen der Aufnahme von Wertbewegungen, die Forderungen/Verbindlichkeiten gegenüber einem Schuldner (Debitor) betreffen, im Rahmen eines Buchungskreises. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass über diese einzelnen Konten die Umsätze mehrerer Kunden verbucht werden. Die Umsätze über die Tourenverkaufskonten wurden immer schon in der Debitorenbuchhaltung vollständig und lückenlos erfasst. Auf dem Debitor-Kontoblatt erscheinen das Buchungsdatum, die Belegnummer, der Name jedes einzelnen Kunden, die Gegenkontobuchung, der jeweilige Umsatzbetrag sowie der jeweilige Kontokorrentsaldo. Dies dürfte auch der Grund dafür sein, dass die Tourenverkaufskonten seitens des Finanzamts bei den mehrfach durchgeführten Betriebsprüfungen nie beanstandet wurden.

Zudem wurde für jede einzelne Lieferung ein Lieferschein erstellt, welcher bei Erhalt der Waren von den Kunden abgezeichnet wurde. Zahlten die Kunden die Rechnung beim Auslieferfahrer bar, was bei den Einkäufen über die Tourenverkaufskonten die Regel war, wurde dies quittiert. Meist unterschrieb sogar der Kunde (!) die (fortlaufend nummerierte) Quittung, deren Durchschlag bei ihm verblieb, während das Original in der Firma aufbewahrt wurde.

Alles in allem handelt es sich um eine lückenlose Dokumentation. Für jeden einzelnen Verkaufsvorgang, auch über die Umsätze der Tourenverkaufskonten, sind noch heute sämtliche Rechnungen, Lieferscheine und Quittungen vorhanden. Allein deshalb war es überhaupt möglich, die Kunden zu überführen, die Steuern dadurch hinterzogen hatten, dass sie den Umsatz verkürzt und gleichzeitig den Wareneingang nicht verbucht hatten. Allein angesichts dieser Umstände lässt es sich nicht ernsthaft bestreiten, dass das Entdeckungsrisiko erkennbar hoch war, jedenfalls nicht geringer als bei den individuellen Kundenkonten.

#### 2. Verfahrenseinleitung

Wer die vorstehenden Ausführungen liest, wird sich fragen, wie es überhaupt zu einem Ermittlungsverfahren gegen die Führungsspitze und die Außendienstmitarbeiter der besagten Firma kommen konnte. Dazu muss man Folgendes wissen: Vor Beginn der Ermittlungen waren in der Region mehrere Konkurrenzfirmen „aufgeflogen“, die Steuerhinterziehungen ihrer Kunden ermöglicht hatten. Dafür nutzten die Kunden Barverkäufe, die die Firmen aktiv zu verschleiern versuchten, zum Beispiel indem Rechnungen anonymisiert erstellt und deren Namen versteckt wurden oder indem die Rechnungen sich auf fiktive Kunden bezogen. Das waren klare Fälle, die alles andere als „neutrales“ berufstypisches Verhalten abbildeten und also strafrechtlich zweifellos als Beihilfe zu werten waren. Für die Steuerfahndung waren die Ermittlungsergebnisse ein großer Erfolg. Verhärtet wurden dadurch aber zugleich die Vorurteile, die dort ohnehin gegenüber Gastronomen (nicht zu reden von Handwerkern) vorhanden sind und waren, nämlich dass es sich bei ihnen mit Blick auf die Steuerehrlichkeit überwiegend um Kriminelle handelt. Deshalb ist es nicht übertrieben zu sagen: Die Steuerfahndung hatte das Jagdfieber gepackt.

<sup>50</sup> Der *Autor* vertritt mehrere Außendienstmitarbeiter als Strafverteidiger.

Dass auch die hier in Rede stehende Firma ins Visier der Ermittler geriet, ist zunächst sogar nachvollziehbar: Auch sie nutzte wie die überführten Großhändler Konten, über die Barverkäufe abgewickelt wurden, welche die Kunden – wohlgedenkt nur ein Bruchteil von ihnen – nicht aufgezichnet und woraus erzielte Einnahmen nicht versteuert wurden. Dies ergab sich allerdings erst durch Anfragen des Finanzamts zu bestimmten Kundenumsätzen, die von der Firma stets nach bestem Wissen und Gewissen beantwortet worden waren. Daraufhin fanden bei der Firma und den Außendienstmitarbeitern Durchsuchungen statt, später auch bei „verdächtigen“ Kunden, die über die Tourenverkaufskonten eingekauft hatten. Tatsächlich wurde bei der Firma etwas gefunden: lückenlos dokumentierte Geschäftsvorgänge, die bei den betreffenden Kunden fehlten.

Verstärkt wurde der Verdacht der Beihilfe durch einen in der Tat unglücklichen Umstand: In einer firmeninternen Hausmitteilung war im Zusammenhang mit Mindesteinkaufswerten die Rede von Einkäufen über die „Barverkaufsnummer ohne Rechnung“. Gemeint waren damit die Einkäufe über die Tourenverkaufskonten. Die Bezeichnung hat jedoch plausible historische Gründe: In den Anfängen der Firma erfolgten Direktverkäufe von Waren „vom Wagen herunter“, bei denen erst später eine Rechnung erstellt und übermittelt wurde. Doch ohne diese Gründe zu kennen, wird jeder – auch, wer nicht voreingenommen ist – dies verdächtig finden, weil es nach „Schwarzeinkäufen“ klingt. So sah es denn auch die Steuerfahndung. Leider blendete sie spätestens ab diesem Moment aber auch alle entlastenden Umstände und Erklärungen aus – für sie stand unerschütterlich fest, einem ausgeklügelten System zur Ermöglichung von Steuerhinterziehungstaten auf die Spur gekommen zu sein, an dem alle in der Firma beteiligt waren.<sup>51</sup> Handfeste Beweise dafür gab es allerdings keine – nicht zuletzt deshalb erwies der Verdacht sich ex post auch als „Spekulationsblase“, die später zerplatzte.

Zuvor wurde von der Steuerfahndung, die das Urteil über die Beschuldigten längst gefällt hatte, aber noch mit großer Intensität versucht, belastende „Beweise“ zu sammeln. Fündig wurden die Fahnder scheinbar bei einigen der Steuerhinterziehung überführten Kunden. Diese schienen den Vorwurf zu bestätigen, die Außendienstmitarbeiter hätten ihnen bewusst „Schwarzeinkäufe“ ermöglicht. So finden sich in den Vernehmungsniederschriften etwa Aussagen dazu, dass Außendienstmitarbeiter den Kunden auf die angebliche Frage,

ob man „schwarz“ oder „ohne Rechnung“ einkaufen könne, Bareinkäufe über das Tourenverkaufskonto ermöglicht hätten, dass bei Nachfragen des Finanzamts zu den Umsätzen, die über das Barverkaufskonto abgewickelten Vorgänge unerwähnt geblieben wären, oder dass Außendienstmitarbeiter Rechnungen zerrissen oder den Kunden dies empfohlen hätten.

Wer diese Aussagen isoliert betrachtet, wird kaum von sich aus auf die Idee kommen, an der Richtigkeit des Beihilfevorwurfs zu zweifeln. Inzwischen hat sich aber gezeigt, dass die Steuerfahndung die Zeugenaussagen durch die Art der Befragung (unbewusst) manipuliert hat. Herausgekommen ist genau das, was die Steuerfahndung erstrebte und bestätigt haben wollte. Nicht zuletzt deshalb hat die Berufungskammer des Landgerichts schon früh deutlich gemacht, dass den Zeugenaussagen, mögen sie noch so belastend sein, kaum Gewicht beigemessen werden kann. Hier ist nicht der Raum, um eine umfassende Suggestionsanalyse vorzunehmen. Auch eine Berufungskammer vermag das nicht zu leisten. Genau genommen müssten sämtliche Zeugenaussagen im Vergleich mit anderen Zeugenaussagen auf Inhomogenitäten abgeglichen werden, was sich ohne Sachverständigengutachten nicht bewerkstelligen lässt.

Nur auf einige Aspekte sei hingewiesen: Die Vernehmungspersonen waren von der Richtigkeit des Vorwurfs überzeugt, was sie eingeräumt haben. Entgegen der gesetzlichen Pflicht aus § 88 AO, unvoreingenommen sowohl Be- als auch Entlastungshypothesen zu prüfen, wurde erkennbar allein nach einer Bestätigung der Verdachtsüberzeugung gesucht. Die Folge ist, dass der Befragende konsistente Informationen gegenüber inkonsistenten bevorzugt,<sup>52</sup> was im vorliegenden Fall zu Befragungsformen geführt hat, deren Ergebnis massive Verzerrungen von Zeugenaussagen waren.

Eingeräumt haben die Vernehmungspersonen auch, dass gerade solche Begrifflichkeiten von den Befragenden in die Vernehmung eingeführt wurden, die das Vorverständnis entscheidend geprägt haben, zum Beispiel „Schwarzeinkauf“ oder „inoffizielles Konto“. Durch die Gleichsetzung von „Barverkaufskonto“ mit „Schwarzkonto“ wurde das vorausgesetzt, was es gerade zu überprüfen galt. Wer aber den Einkauf über das Tourenverkaufskonto von vornherein als „Schwarzeinkauf“ definiert und sodann – auf Basis eines solchen Vorverständnisses – Kunden befragt, ob der betreffende Außendienstmitarbeiter von den „Schwarzeinkäufen“ wusste, der erhält zwangsläufig eine Bestätigung. Bestätigt wird dabei allerdings allein das Vorurteil der Vernehmungsperson, nicht aber, dass den Außendienstmitarbeitern bekannt war, dass Kunden vorhatten, das Tourenverkaufskonto für spätere Steuerhinterziehungen zu missbrauchen.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt, der in nahezu allen Verfahren, von denen hier die Rede ist, eine wesentliche Rolle spielt. Bei den wegen Steuerhinterziehung verurteilten Zeugen handelt es sich überwiegend um italienische, griechische oder pakistanische Gastronomen. Viele von ihnen

<sup>51</sup> Dementsprechend wird in den Ermittlungsberichten stets verwiesen auf eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2004 (Urt. v. 21.1.2004 – XI R 3/03 = BeckRS 2004, 24001709) und gebetsmühlenartig werden deren Leitsätze rezitiert, ohne zu erkennen, dass diese nicht passen, weil der dortige Sachverhalt sich grundlegend von dem hiesigen unterscheidet. Denn anders als im vorliegenden Fall enthielten dort die Barverkaufsrechnungen keine Empfängerangabe, wurden vielmehr über ein anonymes Sammelkonto verbucht. Jedenfalls im hiesigen Fall hätte man deshalb nicht ohne Weiteres zur Annahme der Strafbarkeit des Verhaltens kommen dürfen.

<sup>52</sup> Dieses Phänomen ist in der (Sozial-)Psychologie unter dem Stichwort „confirmation bias“ bekannt (dazu ausführlich Köhnken, MSchrKrim 1997, 290 [294]).

beherrschen kaum oder nur schlecht die deutsche Sprache. Mehrfach mussten in den Hauptverhandlungen Zeugenbefragungen abgebrochen werden, weil sich die Notwendigkeit zeigte, einen Dolmetscher hinzuzuziehen. Die Vernehmungen durch die Steuerfahndung liegen inzwischen mehrere Jahre zurück. Aber selbst von Zeugen, mit denen eine Verständigung in der Hauptverhandlung unmöglich war, gibt es Vernehmungsniederschriften, die ein deutscher Abiturient kaum besser hätte formulieren können, wobei das Vernehmungsprotokoll in den konkreten Fällen in der Regel keine Beteiligung eines Dolmetschers oder anderer Personen ausweist, die zum Beispiel der italienischen Sprache mächtig gewesen wären. Wie konnte es dann aber zu solch geschliffen formulierten Aussagen kommen?

Dieser Frage musste sich auch der Steuerfahnder stellen, der die meisten solcher Vernehmungen durchgeführt hatte. In einem konkreten Fall fragte der Amtsrichter den Zeugen, der eine belastende Aussage gemacht hatte, ob dieser mit dem Angeklagten verwandt sei, was der Zeuge überraschenderweise bejahte. Auch auf die Frage, ob er den Richter verstehe, antwortete er mit „Ja“. Als er sodann erneut die Frage zur Verwandtschaft mit „Ja“ beantwortete, brach der Richter die Vernehmung ab. Der Steuerfahnder rechtfertigte sich anschließend wie folgt: Natürlich habe der Zeuge sehr schlechtes Deutsch gesprochen und sei kaum zu verstehen gewesen. Deshalb habe er ihm am Ende der Vernehmung auch jeden einzelnen protokollierten Satz vorgelesen und jeweils gefragt, ob die Aussage so stimme. Es ist nicht schwer zu erraten, wie der Zeuge darauf geantwortet hat... In diesem Stil führte die Steuerfahndung Zeugenvernehmungen durch!

In zahlreichen Fällen kam auch ans Licht, dass die ausländischen Zeugen den jeweiligen Außendienstmitarbeiter – im Widerspruch zum Inhalt der Vernehmungsniederschriften – gar nicht nach „Schwarzeinkäufen“ oder Ähnlichem gefragt hatten, vielmehr nach der Möglichkeit, „bar“ oder „privat“ einzukaufen. Ganz in diese Richtung verlaufen auch zahlreiche entlastende Aussagen: Meist hatten sich Kunden nach Bar- oder Privateinkäufen erkundigt, wofür der Außendienstmitarbeiter sodann das Tourenverkaufskonto zur Verfügung stellte. Diese Kunden gaben an, dass sie den Bareinkauf über das Tourenverkaufskonto von sich aus – also ohne mit dem Außendienstmitarbeiter jemals darüber gesprochen zu haben – mit einem „Schwarzeinkauf“ gleichsetzten, teilweise weil sie von anderen Gastronomen davon gehört hatten oder ihnen diese Praxis von anderen Firmen her bekannt war. Wird der Begriff „schwarz“ ersetzt durch „bar“ oder „privat“, erhalten die Aussagen allesamt einen gänzlich anderen, nämlich unverfänglichen Inhalt. Man müsste diesem Umstand kein Gewicht beimessen, wenn es nicht zahlreiche konkrete Anhaltspunkte für derartige Verzerrungen der Zeugenaussagen gäbe.

Solche Suggestionsprozesse als ein sämtlichen Befragungen zugrundeliegendes Prinzip zu erkennen, ist für einen einzelnen Amtsrichter schwierig. Der Grund dafür ist auch in der von Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft vorgenommenen Selektion der Zeugenaussagen zu suchen. Entlastende

Aussagen, die den Anklagevorwurf nicht stützten, wurden im Vorfeld meist aussortiert.<sup>53</sup>

Besonders deutlich treten die Wirkungen von Suggestionsprozessen und Kontaminationen zutage, wenn man Zeugenaussagen einer Inhomogenitätsanalyse unterzieht. Diese ergibt in nahezu allen Fällen mit mehreren Belastungszeugen eine beachtliche Variationsbreite. In einem der vorliegenden Fälle lassen sich in acht Aussagen sechs verschiedene Beschreibungen zur Art der Beteiligung desselben Außendienstmitarbeiters finden, die von bloß passivem Verhalten bis hin zur Kollusion mit dem Kunden reicht. Werden diese Aussagen in ihrer Gesamtheit betrachtet, spricht viel dafür, dass der betreffende Außendienstmitarbeiter in seinem Handeln entweder von einer ungewöhnlich hohen Kreativität im Umgang mit Kunden geprägt war, oder aber es sich bei der Mehrheit dieser Aussagen um suggestiv manipulierte und kontaminierte Phantasieprodukte handelt. Dabei gibt es Alternativklärungen, die sich geradezu aufdrängen, wenn man unvoreingenommen an die Sache herangeht: Zahlreiche Kunden standen in geschäftlichen Kontakten zu Firmen, die nachweislich Systeme bereitstellten, um Steuerhinterziehungsdelikte ihrer Kunden zu ermöglichen. Wer es ernst meint mit der Wahrheitsermittlung, kommt an der Aufklärung derartiger Umstände nicht vorbei, es sei denn, er verzichtet – wie das Landgericht – weitgehend darauf, den Zeugenaussagen Gewicht beizumessen.

Nicht in den Blick genommen wurden bislang auch Alternativklärungen für weitere belastende Aussageinhalte einiger Kunden. So lässt sich die vermeintliche Aussage von Außendienstmitarbeitern, bei Nachfragen des Finanzamts wären die über das Barverkaufskonto abgewickelten Umsätze verschwiegen worden, nicht durch außerhalb der Aussagen selbst liegende Umstände objektivieren. Es ist vielmehr sogar nachweislich so, dass die an die Firma gerichteten Anfragen des Finanzamts ausnahmslos nach bestem Wissen und Gewissen beantwortet wurden und auch Umsätze über das Tourenverkaufskonto umfassten. Nicht zuletzt deshalb dürften die Gründe für derartige Aussagen eher in einer Kombination aus Kontamination, Suggestion und systematischer Konditionierung<sup>54</sup> zu suchen sein, wofür es zahlreiche unverkennbare Anhaltspunkte gibt, als in dem Ergebnis einer wahrheitsgemäßen Schilderung.

<sup>53</sup> In der Regel nach § 154 StPO, auf den Richter gern auch noch in der Hauptverhandlung zurückgreifen (und im vorliegenden Fall auch zurückgegriffen haben), um einen Teilfreispruch zu vermeiden.

<sup>54</sup> Bei systematischer Konditionierung handelt es sich um eine Form nonverbaler Suggestion, bei der durch das wiederholte Stellen von gleichen oder leicht veränderten Fragen bei einem Zeugen das Empfinden geweckt wird, zunächst eine unzulängliche Antwort gegeben zu haben, was die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der Zeuge seine erste Antwort revidiert (vgl. dazu Köhnken, MSchrKrim 1997, 290 [291]; Habschick, Erfolgreich Vernehmen, 2. Aufl. 2010, S. 290; Reutemann, Suggestibilität, Situative und personale Prädiktoren, 2006, S. 22).

Bleibt noch das Zerreißen von Rechnungen: Erklären lässt es sich zum einen mit Blick auf den Geschäftsablauf. Denn wenn Kunden Barzahlung wünschten, wurde die Rechnung bereits vom Auslieferfahrer ausgehändigt. Ein Rechnungsduplikat erhielt der für diesen Kunden zuständige Außendienstmitarbeiter, damit er beim nächsten Termin mit dem betreffenden Kunden den noch offenen Betrag kassieren konnte. Weil der Kunde bereits die Originalrechnung vom Lieferanten erhalten hatte, und das Duplikat in der Firma ohnehin vorhanden war, hatte das Rechnungsduplikat nach Bezahlung keinerlei Bedeutung mehr und konnte vernichtet werden, was in einigen Fällen auch geschah. Manche Kunden scheinen dieses Verhalten missinterpretiert zu haben. Freilich kommt es nicht darauf an, was ein Kunde in eine bestimmte Verhaltensweise hineininterpretiert, sondern darauf, welche Bedeutung der Vorgang aus Sicht des Außendienstmitarbeiters hatte, im vorliegenden Fall: keine. Es käme schließlich auch niemand auf die Idee, auf die Frage eines Bulgaren, ob Schwarzeinkäufe möglich seien, das Kopfschütteln des Außendienstmitarbeiters nach bulgarischen Maßstäben zu beurteilen, wonach das Schütteln des Kopfes von links nach rechts „Ja“ bedeutet.

Zum andern gab es in zahlreichen Fällen Kunden, die Privateinkäufe gewünscht hatten. Wenn aber Waren unmittelbar im Privatbereich erworben werden, sind diese Vorgänge nicht aufzuzeichnen, selbst wenn sie bei demselben Großhändler bezogen werden.<sup>55</sup> Derartige Rechnungen sind steuerrechtlich unbeachtlich und konnten selbstverständlich vernichtet werden, was in einigen Fällen offenbar auch geschehen ist.

### 3. Verfahrensstand

Das Ermittlungsverfahren gegen die Firmenspitze war geprägt von diversen Verteidigungsschriftsätzen („Schutzschriften“). Sie verfehlten ihre Wirkung nicht. Das Landgericht lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen Gründen ab: Es gebe keine Zeugenaussagen, die den Verdacht gegen die Firmenleitung bestätigen, insbesondere keinen einzigen Firmenkunden, der die Firmenleitung belastet habe, das Auskunftsverhalten der Firma gegenüber Finanzämtern sei nicht zu beanstanden und diesen das Barverkaufskontensystem auch bekannt gewesen sowie bei verschiedenen Steuerprüfungen nie beanstandet worden, der Inhalt diverser Hausmitteilungen sei unbedenklich, anonyme oder Einkäufe ohne Rechnung habe es nicht gegeben, vielmehr seien sämtliche Umsätze ohne Weiteres nachvollziehbar und zuordenbar. Als Fazit hält das Landgericht fest: „Gerade wegen dieser fehlenden Anonymisierung des rechnungsmäßig erfassten Einkaufs kann allein das Bereitstellen des B/T-Kontos nicht als Einladung zum Schwarzeinkauf oder als generelle Förderungshandlung hierzu angesehen werden, da es durchaus sachliche Gründe für dieses Konto gibt [...]“

<sup>55</sup> *Drüen*, in: Tipke/Kruse (Hrsg.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 136. Lfg., Stand: Mai 2014, § 143 AO Rn. 13; *Cöster*, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 143 Rn. 15.

Zum berufstypischen Verhalten heißt es: „Die Handhabung dieses Kontos kann aus der Sicht der Angeschuldigten durchaus als berufstypische neutrale Handlung angesehen werden, welche allerdings die Möglichkeit zum Missbrauch in sich trägt, wie es auf zahlreiche andere Vorgänge im Geschäftsverkehr in gleicher Weise zutrifft. Ein besonders erhöhtes Missbrauchsrisiko war gerade wegen der detaillierten Erfassung und Dokumentation der Umsätze nicht gegeben. Wendet man die für diese Rechtsfigur von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze an, dann ergibt sich allein aus der Bereitstellung dieses Kontos für die Angeschuldigten noch keine strafrechtliche Verantwortlichkeit.“ Allerdings deutete die Kammer bereits an, worauf es in strafrechtlicher Hinsicht bei den Außendienstmitarbeitern ankommen könnte: „Allenfalls eine konkrete Prüfung der Einzelkonten der einzelnen Kunden mit den jeweiligen Umsatzzahlen hätte hier eine Erkenntnis bringen können, wenn bspw. die Umsätze eines bestimmten Kunden im Kundenkonto und im B/T-Konto über einen längeren Zeitraum auffallend gleich gewesen sind.“

Für Staatsanwaltschaft und Steuerfahndung war der Nichteröffnungsbeschluss ein herber Schlag. Hatten sie doch jahrelang mit großem Aufwand und immensen Kosten Ermittlungen betrieben. Dabei wäre diese von der Staatsanwaltschaft als solche empfundene Niederlage vermeidbar gewesen, wenn die Strafverfolgungsbehörde die ihr von der Steuerfahndung vorgelegten Beweise mit der nötigen Distanz bewertet und damit ihrer aus § 160 Abs. 2 StPO folgenden Verpflichtung zur Objektivität gerecht geworden wäre.

Auch der sofortigen Beschwerde war kein Erfolg ver gönnt: Der 3. *Strafsenat* des OLG München<sup>56</sup> attestierte der Entscheidung ihre Richtigkeit.

### 4. OLG München – 4 OLG 15 Ss 466/14

Während sich der Verdacht strafbaren Verhaltens gegenüber der Firmenspitze nach sechs Jahren Verfahrensdauer in Luft aufgelöst hat, befinden zahlreiche Außendienstmitarbeiter sich weiterhin im Fokus der Justiz. Ein ausgewählter Fall, der noch nicht rechtskräftig ist, soll im Folgenden kurz besprochen werden, nicht zuletzt weil das OLG München sich dabei auf die jüngste Rechtsprechung des 5. *Strafsenats* des BGH bezogen hat. Zu entscheiden hatte das OLG über einen Sachverhalt, der zuvor beim Amts- und Landgericht verhandelt worden war und dort jeweils mit einer Verurteilung wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung endete.

#### a) Sachverhalt und Begründung des Landgerichts

aa) Ein Käseverkäufer wurde rechtskräftig wegen der Hinterziehung von Steuern verurteilt, weil er in den Jahren 2002 bis 2006 bei Jahressteuererklärungen nur etwa die Hälfte seines tatsächlichen Umsatzes erklärt hatte. Der Angeklagte hatte diesem Kunden die Möglichkeit eröffnet, die Umsätze sowohl über das Kundenkonto als auch über das Touren-/Barverkaufskonto abzuwickeln, und die Bestellungen entgegen genommen sowie die Einkäufe wunschgemäß auf beiden

<sup>56</sup> OLG München, Beschl. v. 25.9.2014 – 3 Ws 583-586/14.

Konten verbucht. Die Nachfrage des Kunden, ob Schwarzeinkäufe möglich seien, lehnte der Angeklagte ab. Bei seiner Vernehmung als Zeuge sagte der Käseverkäufer aus, der Angeklagte habe zu ihm gesagt, man könne bei der Firma „so oder so einkaufen, ein offizieller Einkauf für das Finanzamt und ein anderer für den Papierkorb“. Zudem habe der Angeklagte ihm gesagt, dass er die Rechnungen mit der Nummer des Touren-/Barverkaufskontos nicht beim Finanzamt anzugeben brauche, und ihm zugesichert, dass diese Rechnungen nirgendwo auftauchen würden.

bb) Das Landgericht hat dem Zeugen lediglich dahingehend geglaubt, dass es für ihn keinen buchhalterischen Grund für die Aufteilung gegeben habe. Obwohl es die sonstigen belastenden Aussagen für unglaublich angesehen und erhebliche Bedenken an der Glaubwürdigkeit des Zeugen hatte, verurteilte es den Außendienstmitarbeiter dennoch wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Der Zeuge sei zwar auf verschiedenen Volksfesten und Märkten tätig gewesen, dies sei aber nicht als vernünftiger buchhalterischer Grund für eine Kostentrennung anzuerkennen. Außerdem sei die etwa hälftige Aufteilung der Umsätze, also deren Verhältnis, sehr auffällig gewesen, weil bei der weit überwiegenden Anzahl der Kunden nur ein Bruchteil der Umsätze über das Touren-/Barverkaufskonto abgewickelt wurde. Der Angeklagte habe auch gewusst, dass keiner der firmeninternen Verwendungsgründe für dieses Konto ein solches Aufteilungsverhältnis rechtfertigen könne. Darüber hinaus seien ihm die über das Touren-/Barverkaufskonto abgewickelten Umsätze zahlenmäßig auch bekannt gewesen, weil er sie erfasst habe.

In der Gesamtschau liege nichts näher als die Nutzung dieses Kontos für Schwarzeinkäufe zum Zwecke der Steuerhinterziehung. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Angeklagte auf Nachfrage des Zeugen Schwarzeinkäufe strikt abgelehnt habe, sei für den Angeklagten der Zusammenhang mit einer konkreten Absicht zum Schwarzeinkauf wegen der Nachfrage des Kunden und der abstrakten Eignung des Touren-/Barverkaufskontos für die erschwerte Auffindung von Kundenumsätzen hergestellt gewesen. Im Ergebnis sei es für die Kammer allerdings nicht von Bedeutung gewesen, ob offen über die Steuerhinterziehung des Kunden gesprochen worden sei oder es diesbezüglich nur ein stillschweigendes Einverständnis gegeben habe. Denn allein die ohne buchhalterischen Grund vorgenommene hälftige Aufteilung lasse den Schluss auf eine Absicht zum Schwarzeinkauf zu, was dem Angeklagten bewusst gewesen sei. Der Angeklagte habe diese Möglichkeit als durchaus realistisch erkannt und billigend in Kauf genommen.

#### b) Begründung des OLG München

Das OLG hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache an eine andere Strafkammer zurückverwiesen, weil das Landgericht keine konkreten Tathandlungen festgestellt habe, was mit Blick auf den Schuldvorwurf und hinsichtlich des Strafklageverbrauchs rechtsfehlerhaft sei.

Mit Blick auf den Aspekt „berufstypischer ‚neutraler‘ Handlungen“ weist der *Senat* in einem obiter dictum in vollem Umfang wörtlich auf die jüngste Rechtsprechung des 5. *Strafsenats* des BGH hin.

Insoweit bejaht das OLG den deliktischen Sinnbezug, weil es für eine Trennung der Umsätze keinen buchhalterischen Grund gegeben habe: Der fördernde Beitrag (Verbuchung auf dem Touren-/Barverkaufskonto) wäre ohne die strafbare Handlung des Täters für diesen sinnlos gewesen. Was das vom Angeklagten erkannte hohe Risiko betrifft, einen tatgeneigten Täter vor sich zu haben, verweist das OLG zunächst auf die Nachfrage des Käseverkäufers nach Schwarzeinkäufen. Gewusst habe der Angeklagte zwar auch dadurch nicht, dass er es mit einem Kunden zu tun habe, der vorgehabt habe, mittels des zweiten Kontos eingekaufte Waren in der Steuererklärung unberücksichtigt zu lassen. Doch sei an den Ausführungen des Landgerichts zur Frage nichts auszusetzen, ob der Angeklagte das hohe Risiko kannte, einen tatgeneigten Täter vor sich zu haben: Denn die Verteilung der Umsätze sei ungewöhnlich gewesen; es habe keinen sachlichen kaufmännischen Grund für die Aufteilung gegeben und keiner der Verwendungszwecke habe ein solches Aufteilungsverhältnis rechtfertigen können.

#### c) Kritik

Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen sind unzulänglich und die Beweiswürdigung vermag nicht zu überzeugen.

aa) Zunächst ist festzuhalten, dass die Tourenverkaufskonten durchaus auch anderen Zwecken als den festgestellten dienten. Das Landgericht folgert die Zweckwidrigkeit der Verwendung der Tourenverkaufskonten im konkreten Fall auch aus dem Umstand, dass nur ein Bruchteil der Kunden im Verhältnis erhöhte Umsätze auf dem Tourenverkaufskonto verbuchen ließ. Das erinnert stark an einen naturalistischen Fehlschluss. Aber selbst wenn der Zweck der Kontenverwendung im hier zugrundeliegenden Fall ein anderer gewesen sein sollte als der von der Firma festgelegte, hat diese daran offensichtlich keinen Anstoß genommen. Gegenteilige Feststellungen dazu hat das Landgericht nicht getroffen. Firmenintern lässt sich keineswegs von einem zweckwidrigen Gebrauch des Tourenverkaufskontos sprechen. Wer dies behauptet, ähnelt jemandem, der in einen Bus einsteigt und gleichwohl darauf beharrt, damit nicht fahren zu wollen. Es ist erstaunlich, dass das Landgericht vor der in manchen Fällen tatsächlich praktizierten und akzeptierten Handhabung die Augen verschließt, an anderer Stelle aber die tatsächliche Handhabung in den Vordergrund rückt (nämlich mit Blick auf die firmeninterne Bezeichnung des Tourenverkaufskontos als Konto „ohne Rechnung“). Die Frage ist, ob es für einen Außendienstmitarbeiter auffällig ist, wenn die von ihm praktizierte Handhabung auf Seiten der Firma keinen Widerspruch erfährt und der Mitarbeiter auch sonst keine Anhaltspunkte dafür hat, dass der Einsatz des Tourenverkaufskontos zweckwidrig sein könnte.

Erst recht stellt sich diese Frage, wenn ein Außendienstmitarbeiter eine Tour mit sämtlichen Kunden und zugleich deren Geschäftsgepflogenheiten übernimmt. Er führt lediglich fort, was schon sein Vorgänger praktiziert hat. Durch welche Impulse sollte jemand in dieser Situation zu der Erkenntnis gelangen, dass mit der vorgefundenen Umsatzverteilung und den Kontenzwecken etwas nicht stimmen könnte?

Das Landgericht hatte auch über einen solchen Fall schon zu entscheiden. Zugebilligt hat es dem Angeklagten dort einen Überlegungszeitraum von vier bis fünf Monaten, nach dessen Ablauf ihm die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit seines Tuns erst bewusst geworden sei. Freilich handelt es sich dabei um eine mehr oder weniger willkürliche Zuschreibung. Faktenbasierte Argumentation sieht anders aus.

Aber auch wenn man einen zweckwidrigen Einsatz des Tourenverkaufskontos unterstellt, genügt ein Verstoß gegen „firmeninterne Richtlinien“ nicht, um daraus eine Relevanz für eine Beihilfestrafbarkeit wegen Steuerhinterziehung herzuleiten. Man mag sich zwar in einer solchen Konstellation unter Umständen unerlaubt verhalten mit Blick auf firmeninterne Vorgaben, etwa *arbeitsrechtlich*. Nicht aber wird dadurch ein *strafrechtlich* unerlaubtes Risiko geschaffen. Ob ein bestimmtes Verhalten erlaubt oder unerlaubt ist, hat sich stets zu orientieren an dem eingetretenen Erfolg. Etwaige „firmeninterne Richtlinien“ (etwa bezüglich des Umfangs der über das Tourenverkaufskonto abgewickelten Geschäfte) hatten aber nicht das Geringste zu tun mit der Vermeidung von Steuerhinterziehung. Vielmehr dienten sie etwa der Vereinfachung interner Arbeitsabläufe und der Vermeidung von Kosten.

Mit Blick auf den Zweck erhält im Übrigen sogar das Kriterium des „objektiven Sinnbezugs“ Relevanz. Bei Privateinkäufen wäre der fördernde Beitrag (Verbuchung auf dem Touren-/Barverkaufskonto) nämlich ohne die strafbare Handlung des Täters für diesen mitnichten sinnlos gewesen. Wenn ein Außendienstmitarbeiter daher davon ausging, dass die Bareinkäufe dem Privateinkauf dienten, dann entfällt entweder schon objektiv der „deliktische Sinnbezug“ oder es fehlt gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Kenntnis der dafür nötigen Umstände, sprich der Beihilfenvorsatz.

bb) Ebenfalls kein taugliches Kriterium stellt – in der vorliegenden Konstellation – ein eventuell objektiv fehlender buchhalterischer Grund dar. Wer die Zweckmäßigkeit des konkreten Vorgehens *ex post* und aus der Sicht des Vorsitzenden einer Wirtschaftsstrafkammer beurteilt, legt erkennbar den falschen Maßstab an. Kein Außendienstmitarbeiter ist in der Lage zu erkennen, ob die von einem Kunden gewünschte Aufteilung für diesen buchhalterisch sinnvoll ist, jedenfalls dann nicht, wenn dem Angeklagten Umstände bekannt sind, die ein solches Vorgehen plausibel erscheinen lassen, zum Beispiel weil er weiß, dass der Kunde mehrere Verkaufsstände hat und an verschiedenen Orten tätig ist.

cc) Auch der Verweis auf die hälftige Umsatzverteilung ist zu beanstanden. Anders das OLG: „Der Schluss des Landgerichts, die etwa hälftige Nutzung beider Konten sei angesichts der sonstigen Umstände auffällig, ist auch ohne die Nennung bestimmter Grenzwerte möglich und nachvollziehbar.“ Dieser Annahme ließe sich allenfalls dann (im Rahmen einer Gesamtschau) zustimmen, wenn die sonstigen Umstände überzeugend wären. Nicht trennen lässt sich die Frage, ob sich aus der Umsatzverteilung eine strafrechtlich relevante Auffälligkeit ableiten lässt, aber von der Zweckzuschreibung des Kontos.

War der Zweck des Kontos weitreichender als vom Landgericht behauptet (was der Fall ist), und sind buchhalterische

Gründe aus einer objektivierten Ex-ante-Perspektive heraus zu beurteilen (was ebenfalls der Fall ist), dann verliert die Umsatzverteilung für die Bestimmung des unerlaubten Verhaltens jegliche Relevanz. Es gab, den angeklagten Zeitraum betreffend, auch keinen entsprechenden allgemeinen Erfahrungssatz. Hätte es diesen gegeben, hätte er lauten müssen: „Wenn ein Gastronom, der seine Einkäufe (*ex post* betrachtet) ohne buchhalterischen Grund bei einem Großhändler über ein Kunden- und ein Barverkaufskonto abwickelt, einen signifikanten Teil der Umsätze über das Barverkaufskonto verbuchen lässt, was jedenfalls bei einer hälftigen Aufteilung anzunehmen ist, dann ist es trotz ordnungsgemäßer Rechnungslegung und -stellung des Großhändlers ‚sehr wahrscheinlich‘, dass der Kunde damit im Zusammenhang stehende Einnahmen gegenüber dem Finanzamt unerlaubt verschweigt.“ – So etwas lässt sich aber weder aus der allgemeinen Lebens- oder Berufserfahrung noch aus wissenschaftlicher Forschung ableiten, weshalb diese Annahme nicht frei von Willkür ist.

Zum Schwur kommt es, wenn die Umsätze auf beiden Konten kein hälftiges Verhältnis aufweisen. Auf dem Boden der Rechtsprechung des Landgerichts muss eine Abweichung Auswirkungen auf den Auffälligkeitsindikator haben. Denn das Auffällige soll ja gerade der hälftigen Verteilung anhaften. Wer aber zu 40 Prozent oder weniger über das Barverkaufskonto einkauft, der würde einem Außendienstmitarbeiter mit mehreren hundert Kunden – die Richtigkeit der „Verteilungsaustregel“ unterstellt – deutlich weniger Anlass geben, ein jenseits von 50:50 liegendes Verhältnis für auffällig zu halten. Das gilt jedenfalls auf Basis der Annahme, dass es für ihn keinen Grund gab daran zu zweifeln, sich im Bereich des firmenintern erlaubten oder jedenfalls tolerierten Verhaltens zu bewegen – wovon nicht nur im vorliegenden Fall auszugehen ist.

Ignoriert hat das Landgericht auch den Umstand, dass die Außendienstmitarbeiter keine genaue Kenntnis von der Umsatzverteilung hatten. Denn kassiert haben die Beträge in der Regel die Auslieferungsfahrer. Und die Bestellungen erfolgten in zahlreichen Fällen über den Telefonverkauf, manchmal auch über die Urlaubsvertretung. Ein Außendienstmitarbeiter erhielt auch keine kundenspezifische Auswertung der monatlichen oder jährlichen Umsätze der über das Tourenverkaufskonto abgewickelten Einkäufe und hatte auch keinen Zugang dazu. Wenn man zudem bedenkt, dass ein Außendienstmitarbeiter mehrere hundert Kunden zu betreuen hat, dann gewinnt man eine Vorstellung davon, was die Zuschreibung der Kenntnis vom Umsatzverhältnis bedeutet. Wer derartige Anforderungen aufstellt, säße heute höchstwahrscheinlich selber auf der Anklagebank, wenn er damals anstelle eines Außendienstmitarbeiters Bestellungen hätte aufnehmen müssen.

dd) Was die Frage des Kunden nach der Möglichkeit zum Schwarzeneinkauf und die dazugehörige ablehnende Antwort des angeklagten Außendienstmitarbeiters angeht, hat das OLG es für hinnehmbar angesehen, die Kenntnis des Angeklagten darauf zu stützen, dass er es möglicherweise mit einem tatgeneigten Täter zu tun hatte und der Angeklagte mit seiner Hilfeleistung sich dessen Förderung angelegen sein ließ.

Diese Sicht hätte – zu Ende gedacht – vor allem bei Vertragsschlüssen mit Gastronomen eine folgenschwere Nebenwirkung, was *Joecks* wie folgt auf den Punkt bringt: „Nähme man an, es sei verboten, mit einer Person Geschäfte zu machen, die die Erträge aus diesem Geschäft nicht ordnungsgemäß versteuern will, führte die Annahme einer Beihilfestrafbarkeit praktisch zu einer Boykottpflicht.“<sup>57</sup>

Ein solches Kontrahierungsverbot schon dann anzunehmen, wenn jemand sich nach der Möglichkeit zum Schwarzverkauf erkundigt, widerspricht nicht nur dem Verweis des BGH auf die Geltung des Vertrauensgrundsatzes, sondern auch den Wertungen von Art. 12 Abs. 1 GG.

Gänzlich unbeachtet geblieben sind bei der Entscheidungsbegründung objektive Zurechnungskorrekturen.<sup>58</sup> Wer trotz (abgelehnter) Anfrage nach der Möglichkeit von Schwarzkäufen mit dem Fragenden Geschäfte durchführt, hat es zwar möglicherweise mit einem tatgeneigten Täter zu tun, nicht aber schafft er eine strafrechtlich missbilligte Gefahr, wenn gleichzeitig Umstände vorliegen, die den Schluss zulassen, dass er sich in einem gegen Steuerhinterziehung „abgeschirmten“ Bereich bewegt. Das ist zu bejahen, wenn ein Kontensystem verwendet wird, das auch aus Sicht des Finanzamts und von sachverständigen Prüfern buchhalterisch ordnungsgemäß war, und es keine Anhaltspunkte dafür gab, dass der Außendienstmitarbeiter vom Gegenteil ausgehen musste oder ausgegangen ist, wenn für sämtliche Umsätze durchnummerierte Rechnungen mit vollständiger Namens- und Adressangabe des Kunden erstellt und diesem übermittelt wurden, und dies dem Außendienstmitarbeiter bekannt war, wenn bei der Lieferung der Ware vom Kunden Lieferscheine unterschrieben wurden, die wiederum seinen korrekten Namen und seine vollständige Lieferanschrift enthielten, und der Außendienstmitarbeiter dies wusste, und wenn bei Bezahlungen, egal über welches Konto die Verbuchung stattfand, der Empfang auch vom Kunden quittiert wurde. – Angesichts solcher „Sicherungen“ muss kein Außendienstmitarbeiter davon ausgehen, es mit einem tatgeneigten Steuerhinterzieher zu tun zu haben.

#### IV. Schluss

BGH und OLG München – zwei unterschiedliche Sachverhalte, zwei unterschiedliche Entscheidungen. Nichts Besonderes, könnte man denken – Einzelfallgerechtigkeit eben. Doch bleibt – hoffentlich nicht nur aus Sicht eines Verteidigers – bei dem Gedanken daran ein ungutes Gefühl zurück, ob unter Berücksichtigung der Sachverhaltsspezifika in beiden Fällen der gleiche Maßstab gegolten hat. Zweifellos: Das OLG zitiert den BGH betont wörtlich, möglicherweise um auf diese Weise den Eindruck zu erwecken, dass alles seine Richtigkeit habe. Doch kommt es eben nicht allein auf die Wiederholung von Voraussetzungen und deren abstrakte Bestimmung an. Entscheidend ist zum einen die Feststellung der Tatsachen (§ 267 Abs. 1 S. 1 StPO), was oft beeinflusst

wird vom individuellen Blickwinkel der Tatgerichte, zum andern die Beweiswürdigung, wofür dasselbe gilt.

Wäre das OLG München für die Entscheidung des BGH-Falles zuständig gewesen, hätte es die Verurteilung der jeweiligen Vorinstanz vermutlich gehalten; wäre der BGH für die Entscheidung des OLG-Falles zuständig gewesen, hätte es die Verurteilung der jeweiligen Vorinstanz vermutlich aus ähnlichen Erwägungen heraus kritisiert und gekippt wie im Fall 5 StR 468/12 geschehen. „Oben“ ist, wo diejenigen stehen, die die Macht haben, Entscheidungen zu treffen über Vorgänge, die nicht nur viele Jahre zurückliegen, sondern die wie in den vorliegenden Konstellationen in einem Bereich angesiedelt sind, wo die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten schwierig zu ziehen ist. Manchmal ist „oben“ eben Karlsruhe, manchmal München. Das ist Recht – ob es uns nun gefällt oder nicht.

Für Entscheidungen mit Augenmaß ist es bei den Außendienstmitarbeitern freilich noch nicht zu spät. Aber vielleicht scheut die Justiz sich auch vor Freisprüchen, weil es dann nach jahrelangen Ermittlungen und der gescheiterten Strafverfolgung gegen die Führungsspitze des Unternehmens hieße: „viel Lärm um nichts“.

<sup>57</sup> *Joecks* (Fn. 17), § 27 Rn. 76; siehe auch *Meyer-Arndt*, *wistra* 1989, 281 (286); *Kindhäuser* (Fn. 44), S. 363.

<sup>58</sup> Siehe dazu *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 5), § 27 Rn. 16.