

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Dr. André-M. Szesny, LL.M.

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Henner Apfel
LOStA Folker Bittmann
Dr. Matthias Brockhaus
Dr. Matthias Dann
Mag. iur. Kathrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Björn Gercke
Dr. Tine Golombek
Antje Klötzer-Assion
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

RA Phillipe Litzka, München

Korruptionsstrafrecht für niedergelassene Vertragsärzte – Eine kritische Bestandsaufnahme zu diskutierten Gesetzgebungsinitiativen

80

RA Christian Rosinus, Rain Sarah Milena Landsberg, beide Frankfurt

Der zivilrechtliche Haftbefehl und dessen Vollzug bei Schuldern mit unbekanntem Aufenthalt bei der Vollstreckung wegen Forderungen aus der Schädigung durch Straftaten

89

Entscheidungskommentare

RA Gernot Zimmermann, Wiesbaden

BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11

94

RAin Dr. Vivien Adamski, Mönchengladbach

BGH, Beschl. v. 12.09.2012 – 5 StR 363/12

97

OStAin Renate Wimmer, München

LG Mannheim, Beschl. v. 03.07.2012, 24 Qs 1/12

102

RA Reinhart Michalke, München

LG Gießen, Beschl. v. 25.06.2012, 7 Qs 100/12

104

Rechtsanwalt Sebastian Juli, Düsseldorf

BAG, Urt. v. 21.06.2012, 2 AZR 153/11

108

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., zweite Ausgabe 2013

Numerologen wissen, dass die Zahl 6 für Vollkommenheit steht. Zu entscheiden, wie nah die inzwischen 6. Ausgabe der WiJ diesem Ideal kommt, bleibt – wie sollte es anders sein – Ihnen als Leser vorbehalten.

Der Autor dieses Editorials nimmt sich jedenfalls die Freiheit, Sie in ganz unvollkommener Weise an zwei hoch aktuelle Themenkreise dieser Ausgabe heranzuführen.

Der Begriff Compliance hat sich aufgrund inflationärer Verwendung teilweise zu einem Reizwort entwickelt. Im Inhaltsverzeichnis der aktuellen WiJ suchen Sie ihn vergebens.

Präsent ist das Thema Compliance gleichwohl. Man werfe nur einen Blick auf die vielen Entscheidungsanmerkungen, an denen Compliance-Interessierte nicht vorbei kommen werden. Die Kommentatoren konnten diesmal aus einem reichhaltigen Fundus schöpfen: Angefangen bei einer Entscheidung des 4. BGH-Strafsenats, durch die das Rohmodell der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung weitere Konturen erhält. Zu diesem wichtigen Judikat gesellt sich ein Beschluss des 5. Strafsenats zur Übertragung strafbewehrter Arbeitgeberpflichten gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Eine weitere Entscheidung, die – trotz ihrer Länge – Pflichtlektüre ist, ist eine solche des LG Mannheim, das sich erfreulicherweise für einen Beschlagnahmeschutz interner Untersuchungsergebnisse ausgesprochen hat. Thematisch reicht hieran ein klarstellender Beschluss des LG Gießen heran, in dem es um den zeitlichen Beginn des Schutzes von Verteidigungsunterlagen geht. Abgerundet wird dieser Teil durch eine arbeitsrechtlich geprägte Entscheidungsanmerkung, welche die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Arbeitsgerichtsprozess zum Thema hat.

Mit welcher Dynamik die Entwicklung des Arzt- und Medizinstrafrechts voran schreitet, belegt die Ankündigung von Bundesgesundheitsminister Daniel Bahr, die Gewährung oder Annahme unzulässiger Vorteile „für alle Berufsgruppen, die an der Versorgung der Versicherten [in der gesetzlichen Krankenversicherung] beteiligt sind“ noch in dieser Wahlperiode unter Strafe stellen zu wollen. Bestechung und Bestechlichkeit von Leistungserbringern sollen künftig mit einer Geldstrafe oder mit bis zu drei Jahren Haft geahndet werden. Hierzu soll das StGB um eine entsprechende Strafvorschrift ergänzt werden. Diesem kriminalpolitischen Thema nimmt sich der Leitartikel der WiJ an.

Die derzeit intensiv diskutierte Frage, ob der Gesetzgeber gut beraten ist, vermeintlich bestehende Strafbarkeitslücken zu Gunsten von Vertragsärzten zu schließen, wird darin verneint. Es steht zu erwarten, dass die These auf lebhaften Widerspruch treffen wird.

Dass der thematische Bogen auch in dieser WiJ-Ausgabe weit gespannt ist, zeigen die übrigen Aufsätze, Rezensionen und ein Tagungsbericht von der letzten WisteV-wistra-Frühjahrstagung. Ich wünsche Ihnen bei der Lektüre viel Vergnügen.

Dr. Matthias Dann, LL.M., Düsseldorf

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Rundeturmstraße 12, 64283 Darmstadt.

Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.
Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Dr. André-M. Szesny, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de

Verantwortliche Schriftleitung: Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel; Kontakt: redaktion@wi-j.de.

Webmaster/ Layout: Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Dr. Friedel Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Tine Golombek, Antje Klötzer-Assion, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.

Manuskripte: Das WisteV-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden (redaktion@wi-j.de). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wi-j.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: Kostenlos.

Newsletter: Anmeldung zum Newsletterbezug unter newsletter@wi-j.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Inhaltsverzeichnis

Editorial	I
Inhaltsverzeichnis	II
Aufsätze und Kurzbeiträge	80
Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka, München Korruptionsstrafrecht für niedergelassene Vertragsärzte – Eine kritische Bestandsaufnahme zu diskutierten Gesetzgebungsinitiativen –	80
Rechtsanwalt Christian Rosinus, Rechtsanwältin Sarah Milena Landsberg, beide Frankfurt Der zivilrechtliche Haftbefehl und dessen Vollzug bei Schuldern mit unbekanntem Aufenthalt bei der Vollstreckung wegen Forderungen aus der Schädigung durch Straftaten	89
Entscheidungskommentare	94
Rechtsanwalt Gernot Zimmermann, Wiesbaden Garantenpflicht eines Betriebsvorgesetzten bei betriebsbezogenen Straftaten, BGH 4 StR 71/11	94
Rechtsanwältin Dr. Vivien Adamski, Mönchengladbach Übertragung strafbewehrter Arbeitgeberpflichten durch ausdrückliche Beauftragung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB, BGH 5 StR 363/12	97
Oberstaatsanwältin Renate Wimmer, München „Gesetzliche Privilegierung“ von internal investigations durch externe Kanzleien? - LG Mannheim 24 Qs 1/12	102
Rechtsanwalt Reinhart Michalke, München Verteidigungsunterlagen sind auch vor Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens geschützt, LG Gießen 7 Qs 100/12	104
Rechtsanwalt Sebastian Juli, Düsseldorf Kein Verwertungsverbot für Videoaufnahmen im Arbeitsgerichtsprozess bei bloßer Rechtswidrigkeit, BAG 2 AZR 153/11	108
Internationales	113
Rechtsanwältin Mag. Kathrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, RAA Mag. Anna Katharina Radschek, RAA Mag. Alexander Latzenhofer, alle Wien Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	113
Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches	120
Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel, Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Rixe, beide Düsseldorf Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2013 am 18/19.01.2013 in Frankfurt am Main	120
Rezensionen	124
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar, Strafprozessordnung	124
Rechtsanwältin Dr. Susanne Stauder, Düsseldorf Handbuch Geldwäscheprävention – Verschleierungstechniken, Normen und Institutionen, Länderrisiken	126
Laura Görtz, Rechtsanwältin Rezension: Stefan Behringer (Hrsg.), Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand	129

Aufsätze und Kurzbeiträge

Medizin- und Arztstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Philippe Litzka*, München

Korruptionsstrafrecht für niedergelassene Vertragsärzte – Eine kritische Bestandsaufnahme zu diskutierten Gesetzgebungsinitiativen –

I. Einleitung

„Krankenkassen fordern Strafen für korrupte Ärzte“ titelte die Zeitschrift „Die Welt“¹ Anfang des Jahres. Diese und vergleichbare Meldungen zum Jahreswechsel 2012/2013 brachten auch der allgemeinen Öffentlichkeit erneut den Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012² in Erinnerung. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof festgestellt, dass der niedergelassene Vertragsarzt, also der freiberuflich tätige Arzt, der eine sogenannte „Kassenzulassung“ innehat, weder Beauftragter im Sinne des § 299 StGB im Verhältnis zu den Krankenkassen ist, noch die Amtsträgereigenschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB inne hat, mit der Folge, dass weder der Tatbestand der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) noch die für die Amtsträger geltenden Korruptionsvorschriften der §§ 331 ff. StGB für ihn Anwendung finden (können). Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.03.2012 war angesichts der in der Literatur³ bzw. von den Instanzgerichten⁴ vertretenen Auffassungen über Strafbarkeit und insbesondere Strafwürdigkeit angeblich korruptiver Verhaltensweisen niedergelassener Vertragsärzte nicht zwingend zu erwarten gewesen. Auch die von Einzelfallentscheidungen geprägte Rechtsprechung zum sogenannten „Amtsträgerbegriff“ machte die Prognose schwierig⁵. In dem auf die Entscheidung folgenden Monat waren Anzahl und Intensität der Reaktionen der am Gesundheitssystem beteiligten „Mitspieler“ angesichts der vorher erfolgten Veröffentlichungen⁶ und des in der Vergangenheit kolportierten wirtschaftlichen Schadens der angeblich weit verbreiteten Verhaltensweisen der Ärzteschaft eher gering.

Erst spät im Jahr 2012 erfolgten durch die Literatur Kommentierungen⁷ der Entscheidung. Erst zum Jahreswechsel 2012/2013 verschärfte sich die Diskussion über die nunmehr von Gesetzgeber zu entfaltenden Aktivitäten, um die „entstandene Strafbarkeitslücke zu schließen“.

Der vorliegende Beitrag nimmt die insoweit in Gang gekommene Diskussion über die strafrechtliche Sanktion korrupter Verhaltensweisen von niedergelassenen Vertragsärzten zum Anlass, der Bestandsaufnahme der inmitten stehenden Rechtslage auf Basis der Gesetze bzw. der einschlägigen Rechtsprechung vorzunehmen. Hieran schließt sich eine Zusammenstellung der maßgeblichen Forderungen und Positionierungen der am Gesundheitssystem beteiligten Interessengruppen an⁸, um sodann nachfolgend die Frage zu stellen und zu beantworten, ob – wie in vielen vergleichbaren Fällen – der Ruf nach dem Strafrecht zur Klärung dieser als vermeintlich strafwürdig erkannter Verhaltensweisen vorliegend berechtigt oder ob nicht auf Basis der bestehenden Gesetzeslage eine ausreichender Schutz der inmitten stehenden Rechtsgüter gewährleistet ist.

* Der Autor ist als Partner in der Sozietät Westpfahl Spilker Wastl (www.westpfahl-spilker.de) schwerpunktmäßig in den Bereichen Wirtschafts- und Steuerstrafrecht tätig.

¹ Die Welt am 04.01.2013, 14:33 Uhr, abrufbar unter <http://www.welt.de/112338826>.

² BGH NJW 2012, 2530.

³ Statt aller: Neupert, NJW 2006, 2811; Pragal, NStZ 2005, 133; Sturm, ZWH 2011, 41.

⁴ Statt aller: OLG Braunschweig NStZ 2010, 392.

⁵ Kölbel, StV 2012, 592.

⁶ Eine Zählung der Veröffentlichungen findet sich bei Kölbel, StV 2012, 592, dort Fn. 2.

⁷ Exemplarisch: Krüger, StraFo 2012, 308; Kölbel, StV 2012, 592.

⁸ Berücksichtigt sind Veröffentlichungen und Verlautbarungen bis Februar 2013.

II. Bestandsaufnahme

Bei der Diskussion über die rechtspolitische oder rechtliche Notwendigkeit strafrechtlicher Normen bei bestimmten Verhaltensweisen von Ärzten ist es zunächst einmal erforderlich, die tatsächlichen strukturellen Gegebenheiten einer tatsächlichen sowie rechtlichen Bestandsaufnahme zuzuführen. Um was geht es vorliegend? Was war Gegenstand der Entscheidung des Großen Senates? Was nicht?

1. In der Regel sind Gegenstand des sogenannten „Pharmamarketings“⁹ Vereinbarungen zwischen Medikamentenherstellern und Ärzten, die letztlich zum Gegenstand haben, dass der das Medikament eines bestimmten Herstellers verschreibende Arzt für diese Verschreibung ein Entgelt in Form eines Rabattes, einer Rückzahlung, eines Kick-backs oder einer sonstigen Vergünstigung¹⁰ erhält. Vorliegend soll nicht weiter thematisiert werden, dass solche Vorteilsgewährungen in der Vergangenheit häufig noch in Geldzahlungen für tatsächlich nicht gehaltene oder inhaltlich hinterfragbare Vorträge oder medizinisch fragwürdige Anwendungsbeobachtungen¹¹ oder ähnliche Zuwendungskonstrukte¹² „verpackt“ wurden. Vorliegend geht es zunächst um die Frage, ob es rechtlich zulässig oder unzulässig (bzw. strafrechtlich relevant) ist oder sein soll, wenn der niedergelassene Vertragsarzt für die Durchführung einer bestimmten Verschreibung ein Entgelt seitens des Pharmaunternehmens erhält. In dieser Konstellation ist für die weiteren rechtlichen Überlegungen noch zu unterscheiden, ob die vom Arzt durchgeführte Verschreibung im konkreten Fall medizinisch indiziert oder tatsächlich nicht indiziert ist. Diese Unterscheidung wird für die weiteren Überlegungen noch von zentraler Bedeutung sein.

a) In der bereits zitierten Entscheidung vom 29.03.2012¹³ hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass ein niedergelassener Vertragsarzt kein Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB ist, mit der Folge, dass die für Amtsträger geltenden Strafvorschriften der Vorteilsnahme bzw. Bestechlichkeit für ihn nicht gelten¹⁴. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang aus, dass – namentlich aufgrund der Eigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen als sonstige Stelle der öffentlichen Verwaltung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB – zwar ein gewisser öffentlich-rechtlicher Bezug bei einer Vertragsarztstätigkeit gegeben sei, jedoch sei der freiberuflich tätige Arzt trotz dieser vom Zulassungsausschuss verliehenen Kassenzulassung nicht dazu bestellt, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen diese sog. „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrzunehmen. Maßgebliches Argument ist damit insbesondere die Stellung des Arztes sowie Ausübung des Arztberufs in freiberuflicher Tätigkeit, bei der der Arzt dem Patienten eben nicht als ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt gegenübersteht, sondern als gleichgeordneter Vertragspartner. Auch die Konkretisierung des gesetzlichen Leistungsanspruches des Patienten auf Sachleistungen¹⁵ durch die Verordnung des Kassenarztes rechtfertigt keine andere Beurteilung, da diese Verordnung untrennbar mit dem vertraglich begründeten Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient verknüpft sei.

b) Auf entsprechende Vorlage des 5. Strafsenates hat der Bundesgerichtshof allerdings auch entschieden, dass freiberuflich tätige, niedergelassene Vertragsärzte darüber hinaus auch nicht Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB, damit also nicht Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen sind. Weder rechtfertigen eine etwaige (vorliegend verneinte¹⁶) Vertreterereignischaft des Arztes noch seine Rechtsmacht zur Konkretisierung des Anspruchs des gesetzlich Versicherten auf Sachleistungen¹⁷ noch die

⁹ Der Begriff „Pharmamarketing“ wird regelmäßig mit korrupter Verhaltensweise gleichgesetzt.

¹⁰ Nicht selten etwa eine Einladung zu einer „Fortbildungsveranstaltung“ an einem freizeitrelevanten Ort mit untergeordnetem medizinisch-fachlichem Programm.

¹¹ Im Grundsatz ist eine Anwendungsbeobachtung eine nach § 67 AMG geforderte Überprüfung der tatsächlichen Nutzung eines Medikamentes in der täglichen Praxis und damit ein rechtlich gestattetes Instrument, die Wirksamkeit und Effektivität eines Medikamentes zu prüfen. In der Praxis ist der Missbrauch von Anwendungsbeobachtungen aber wiederholt zu Tage getreten.

¹² Z.B.: Unentgeltliche Zurverfügungstellung von technischen Geräten.

¹³ BGH NJW 2012, 2530.

¹⁴ Anders ist dies bei Ärzten, die bei staatlichen, kommunalen oder sonstigen öffentlichen Krankenhäusern angestellt sind, unabhängig davon in welcher konkreten Rechtsform (etwa in Form einer mehrheitlich öffentlich gehaltenen GmbH) das Krankenhaus betrieben wird. Diese Ärzte sind als Amtsträger zu qualifizieren. Vgl. auch *Sturm*, ZHW 2011, 41. Nicht jedoch trifft die Amtsträgereigenschaft Ärzte, die an kirchlich oder mehrheitlich privat getragenen Krankenhäusern tätig sind, vgl. BGH vom 09.10.1990, Az.: 1 StR 538/89; für diese gilt gegebenenfalls § 299 StGB.

¹⁵ § 2 Abs. 2 Satz SGB V.

¹⁶ Insoweit widersprach der BGH dem OLG Braunschweig NStZ 2010, 392.

¹⁷ BGH NJW 2012, 2530 m.V.a. BSGE 73, 271.

sich aus der Pflicht zur Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes¹⁸ ergebenden rechtlichen Bindungen die Anwendung des § 299 StGB.¹⁹ Aufgrund des bereits bei der Beurteilung der Amtsträgerschaft zitierten hervorgehobenen Patienteninteresses sei ein Handeln im Interesse der Krankenkassen letztlich zu verneinen.

c) Der BGH verschloss sich in seiner Entscheidung angesichts der im Schrifttum geführten Diskussion bzw. wegen der bisherigen Gesetzesinitiativen ausdrücklich nicht der grundsätzlichen Berechtigung des Anliegens, korruptem Verhalten im Gesundheitswesen auch mit Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten. Gleichzeitig sah er jedoch nicht die Möglichkeit, die zur Überprüfung vorgelegte Sachverhaltskonstellation der Vertragsarztstätigkeit unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze unter die §§ 299 ff. StGB bzw. §§ 331 ff. StGB zu subsumieren. Die Schaffung einer strafrechtlichen Norm hierfür – so der BGH – sei alleinige Aufgabe des Gesetzgebers.

2. Nicht Gegenstand der Entscheidung des BGH war die ebenfalls vorgelegte Frage bezüglich der strafrechtlichen Würdigung im Falle der Verordnung von Hilfsmitteln. Die Entscheidung hierüber wurde vom Großen Senat einstweilen zurückgestellt.²⁰ *Krüger*²¹ hat bereits auf die sich hieraus ergebenden prozessualen und materiell-rechtlichen Fragestellungen hingewiesen. Insoweit wird abzuwarten sein, wie der BGH prozessual, aber auch inhaltlich die Verordnung von Hilfsmitteln gegen Entgelt beurteilen wird. Eine inhaltliche Abweichung von der Entscheidung des Großen Senats erscheint allerdings schwerlich möglich, so dass von einer Nichtanwendbarkeit des § 299 StGB sowie der §§ 331 ff. StGB auch im Bereich der medizinischen Hilfsmittel auszugehen sein wird. Dies wird allerdings ebenfalls den Ruf nach der Schließung von Strafbarkeitslücken zur Folge haben.

3. Ebenfalls nicht behandelt hat der Große Senat das sogenannte „Einweisungsentgelt“. Hierbei erhält der niedergelassene (Vertrags-)Arzt von einem Krankenhaus einen geldwerten Vorteil dafür, dass er den Patienten an dieses Krankenhaus zuweist. Auch hier ist auf Basis der Erwägungen des Großen Senats zur Beauftragteneigenschaft im Sinne des § 299 StGB einerseits bzw. der Amtsträgereigenschaft im Sinne des § 11 StGB andererseits davon auszugehen, dass einschlägige Vertragskonstrukte und deren tatsächliche Umsetzungen strafrechtlich irrelevant sind und die Normen des § 299 StGB bzw. der § 331 ff. StGB somit nicht einschlägig sind²². Dies gilt im Übrigen schon deswegen, weil eine Zuweisung an ein bestimmtes Krankenhaus rechtlich verbindlich von einem Arzt nicht entschieden werden kann.

4. Eine ebenfalls in der Öffentlichkeit als versteckte Geldzuwendung bekannt gewordene Form der Zusammenarbeit zwischen Arzt und Pharmaindustrie stellt die Anwendungsbeobachtung dar. Hierbei wird nach der Zulassung eines Medikaments das Präparat in seiner täglichen (Anwendungs-)Praxis einer Dokumentation durch den Arzt zugeführt, wobei im Gegensatz zur klinischen Prüfung kein vorab festgelegter Prüfplan existiert. Anwendungsbeobachtungen sind damit sog. nicht-interventionelle Studien im Sinne des § 4 Abs. 23 S. 3 AMG, müssen aber gemäß § 67 Abs. 6 AMG diversen Behörden und Institutionen angezeigt werden. Im Rahmen der Anwendungsbeobachtungen erhält der Arzt für seinen Dokumentationsaufwand ein Entgelt.

Üblicherweise werden die Anwendungsbeobachtungen als Vehikel zur Geldzahlung zu Gunsten eines Arztes qualifiziert, wenn entweder der Inhalt der Dokumentation wissenschaftlich nahezu irrelevant ist und/oder das Entgelt nicht äquivalent zum tatsächlichen Dokumentationsaufwand des Arztes ist und auf diese Weise eine Verschreibung des konkreten Medikamentes durch den Arzt erreicht werden soll. Dies ist der Grund dafür, dass Anwendungsbeobachtungen jedenfalls bei Klinikärzten besonderen strafrechtlichen Überprüfungen im Rahmen von Ermittlungsverfahren – namentlich unter dem Aspekt des § 331 StGB – unterzogen werden.

Der Große Strafsenat hat sich zu dieser Form der Zusammenarbeit mit der Pharmaindustrie nicht geäußert. Folgt man allerdings der Entscheidung des Großen Senats und wendet sie auf Anwendungsbeobachtungen an, dürfte bei niedergelassenen Vertragsärzten die Straf-

¹⁸ §§ 70 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 SGB V.

¹⁹ Kritisch hierzu: *Kölbel*, StV 2012, 592.

²⁰ BGH NJW 2012, 2530.

²¹ *Krüger*, StraFo 2012, 308.

²² Zur rechtlichen Bewertung solcher als Kopfprämien bezeichneten Zuwendungen in speziellen Fällen: vgl. *Krüger*, StraFo 2012, 308.

barkeit nach § 299 bzw. §§ 331 ff. StGB auch im Falle wissenschaftlich unsinniger bzw. über-
teuerter Anwendungsbeobachtungen nicht gegeben sein.²³

5. Nicht Gegenstand der Entscheidung war der von der Vorteilsnahme bzw. Bestechlichkeit abzugrenzende Fall des sog. Abrechnungsbetruges, also der Fallgestaltung, dass der Vertragsarzt nicht erbrachte, nicht durch ihn oder in der abgerechneten Form oder Umfang erbrachte Leistungen gegenüber den Krankenkassen abrechnet. Ein solches Verhalten unterfällt nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich dem Tatbestand des Betruges nach § 263 StGB.²⁴

III. Zu den öffentlichen Forderungen zur Schließung der angeblichen Strafbarkeitslücken

Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zu der Frage der Anwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Vertragsärzte bzw. zur Amtsträgereigenschaft dieser Personengruppe führte bei den Beteiligten des Gesundheitssystems zu erwartungsgemäß unterschiedlichen Reaktionen.

1. Von Seiten der gesetzlichen Krankenkassen erfolgte eine Positionierung seitens des GKV-Spitzenverbandes²⁵ bereits am 24.10.2012. Angesichts der Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH votierte der GKV-Spitzenverband für eine Neuregelung in Form einer neuen Strafvorschrift speziell für niedergelassene Ärzte. Dabei ist der zentrale Ausgangsgedanke auf Seiten des GKV-Spitzenverbandes ein angeblich zu Tage tretender Wertungswiderspruch, wonach ein bei einem MVZ²⁶ oder bei einer Berufsausübungsgemeinschaft²⁷ angestellter Arzt bei der Verordnung von Arznei- und Hilfsmitteln als Angestellter die geltende Strafvorschrift des § 299 Abs. 1. StGB erfüllen könne, während der im gleichen MVZ oder in der gleichen Berufsausübungsgemeinschaft niedergelassener Vertragsarzt als Inhaber selbst nicht Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB sei. Es wurde somit ein Vergleich gezogen zwischen dem niedergelassenem Vertragsarzt (Inhaber) und einem angestellten Arzt, der sich nach § 299 StGB strafbar machen kann, wenn er einen eigenen Vorteil (zu Gunsten oder zu Lasten seines Arbeitgebers) vereinnahmt.

Der GKV-Spitzenverband weist darüber hinaus darauf hin, dass die bestehenden sozialgesetzlichen und berufsrechtlichen Verbote nicht ausreichend seien, um korruptes Verhalten im Gesundheitswesen wirksam zu verhindern und zu bekämpfen. Insbesondere wird die Regelung des § 128 SGB V²⁸ als nicht ausreichend angesehen. Darüber hinaus sei auch das berufsrechtliche Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gemäß § 31 MBO-Ä²⁹ nicht geeignet, korruptem Verhalten niedergelassener Vertragsärzte sachgerecht entgegenzutreten. Berufsrechtliche Sanktionen der zuständigen Landesärztekammern seien nach den Erfahrungen des GKV-Spitzenverbandes selten. Diese Ergebnisse sollen auch durch das Resultat einer aktuellen empirischen Studie der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg³⁰ bestätigt werden. Nicht nur, dass nach dieser Studie die Befragten durchaus relevante Erfahrungen zur tatsächlichen Praxis von unzulässigen Zuweisungen gegen Entgelt, Zuwendungen etc. bestätigten, sie berichteten auch von konkreten Nachteilen im Falle der Verweigerung an der Teilnahme wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.³¹ Die Möglichkeit, bei nachgewiesenen berufsrechtlichen Verstößen mit der Sanktion der Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung zu reagieren, beinhalte kein genügend hohes Abschreckungspotential, da diese Sanktion die Berufswahl in einem derart hohen Maße einschränke, dass sie in ihrer Wirkung einer Beschränkung der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG nahe komme. Sie sei damit nur bei schwe-

²³ Krüger, StraFo 2012, 308.

²⁴ Fischer, StGB, 58. Aufl. 2010, § 263 Rn. 35 m.w.N.

²⁵ Position des GKV-Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012, abrufbar unter http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/pressemitteilungen/2013/Position_G-KV_BGH-Urteil_zu_Korruption.pdf.

²⁶ MVZ: Medizinisches Versorgungszentrum.

²⁷ Praxisgemeinschaft oder Gemeinschaftspraxis.

²⁸ Informationspflicht der Krankenkassen gegenüber der zuständigen Ärztekammer sowie der kassenärztlichen Vereinigung im Falle von Verdachtsmomenten.

²⁹ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 - in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel, abrufbar unter: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/MBO_08_2011.pdf.

³⁰ Vgl. hierzu die Presseerklärung vom 22.05.2012, www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/pressekonferenzen_gespraech/2012_2/120522_zuweisungen_gegen_entgelt/PM_2012-05-22_Studie_Zuweisungen_gegen_Entgelt_19731.pdf.

³¹ TNS Emnid befragte hierzu bundesweit 600 niedergelassene Ärzte, 180 leitende Angestellte von stationären Einrichtungen und 361 nicht-ärztliche Leistungserbringer telefonisch.

ren, wiederholten und grob pflichtwidrigen Verletzungen vertragsärztlicher Pflichten überhaupt denkbar.

Zu diesem Zweck schlägt der GKV-Spitzenverband konkret eine Neuregelung im Rahmen des (neu zu schaffenden) § 308 SGB V vor, der wie folgt gefasst werden soll.

§ 308 Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

Wer als angestellter Arzt, Vertragsarzt oder Leistungserbringer im Gesundheitswesen einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen gesetzlichen Aufgaben eine Handlung vorgenommen hat oder zukünftig vornehmen und dadurch seine Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer einen angestellten Arzt, Vertragsarzt oder Leistungserbringer im Gesundheitswesen einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen gesetzlichen Aufgaben eine Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen und dadurch seine Pflichten verletzt hat oder verletzen würde.

2. Erwartungsgemäß gegenläufig ist die Positionierung der Ärzteschaft. In einem Statement vom 02.01.2013³² erklärte der Präsident der Bundesärztekammer, Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery, dass es nicht nur auf ein Sonderstrafrecht für Ärzte ankomme, sondern dass alle am Gesundheitswesen Beteiligten in wirksame Lösungen einbezogen werden müssen. Korruption werde schon jetzt bei Ärzten berufsrechtlich sanktioniert, auch das Kassenzulassungsrecht selbst verbiete Vorteilsannahmen klar und eindeutig. Die Ärzteschaft benötige allerdings mehr Ermittlungskompetenzen, um selbst gegen „schwarze Schafe“ in den eigenen Reihen vorgehen zu können. Eine weitere Möglichkeit wäre es, in Korruptionsfällen schneller die Aberkennung der Kassenzulassung zu ermöglichen. Auch von Seiten der Kassenzulassungs Bundesvereinigung wurde die geltende Gesetzeslage als ausreichend angesehen.³³ Auf die bestehenden Sanktionsmöglichkeiten bis hin zum Zulassungsentzug bzw. bestehende Straftatbestände bei Abrechnungsbetrug wurde ausdrücklich hingewiesen.

3. Von Seiten der Pharmaindustrie erfolgten unterschiedliche Kommentierungen des Urteils. Der vfa³⁴ begrüßte die Entscheidung des Bundesgerichtshofs als eine Bestätigung des Berufsbilds des niedergelassenen Vertragsarztes³⁵. Auf den im Jahr 2004 geschaffenen Kodex der „freiwilligen Selbstkontrolle“ für die Arzneimittelindustrie sowie den im Nachgang hierzu etablierten „Fachkreise-Verhaltenskodex“ der freiwilligen Selbstkontrolle und deren Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Mitgliedsunternehmen (Geldbußen bis zu EUR 400.000,00) wurde besonders verwiesen. Auch der Verein Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V. selbst wies auf die Selbstkontrolle durch die FSA-Mitgliedsunternehmen hin. Weitergehende gesetzliche Regelungen wurden nicht gefordert. Ausdrücklich betonte der FSA in seiner Pressemitteilung, dass sich auch Nicht-Mitgliedsunternehmen den strikten Kodexregelungen nicht entziehen könnten. Denn bei einem Fehlverhalten gehe der FSA als Wettbewerbsverein zivilrechtlich gegen diese Nicht-Mitgliedsunternehmen vor.³⁶ Der Bundesverband der pharmazeutischen Industrie e.V. (BPI) gab erkennbar keine Stellungnahme ab.

4. Auch von der politischen Seite erfolgten Positionierungen zu der etwaigen Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung.³⁷ Von Seiten des Bundesgesundheitsministeriums erfolgte noch keine abschließende Entscheidung für eine konkrete gesetzliche Regelung. Derzeit würden Stellungnahmen, die von den beteiligten Landesministerien und sonstigen betroffenen Institutionen eingeholt wurden, geprüft.³⁸ Allerdings wolle es bei Korruption und Bestechung von Ärzten „juristische Ermittlungen“ ermöglichen.³⁹ Die Prüfung mögli-

³² Abrufbar unter <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.75.77.11029>.

³³ <http://www.kbv.de/presse/42676.html>.

³⁴ Verband der forschenden Pharmaunternehmen, <http://www.vfa.de>.

³⁵ Pressemitteilung vom 22.06.2012, abrufbar unter: <http://www.vfa.de/de/presse/pressemitteilungen/pm-019-2012-aerzte-bleiben-freie-berufsgruppe.html>.

³⁶ Pressemitteilung vom 02.01.2013: „Pharmaindustrie hat klare Regelungen gegen Korruption, FS Arzneimittelindustrie e.V. ahndet Verstöße gegen Selbstverpflichtung konsequent“, abrufbar unter: <http://www.fs-arzneimittelindustrie.de>.

³⁷ Noch vor der Entscheidung des Großen Senates war Ende April im Gesundheitsausschuss eine Initiative der SPD abgelehnt worden, vgl. BT-Drucksache 17/3685.

³⁸ http://www.n24.de/news/newsitem_8517916.html.

³⁹ Krankenkassen ermitteln 53.000 Betrugsfälle, FAZ vom 17.01.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/schummelnde-aerzte-krankenkassen-ermitteln-53-000-betrugsfaelle-12028723.html>.

cher neuer gesetzlicher Regelungen, die noch für diese Legislaturperiode angekündigt wurden⁴⁰, benötige aber noch Zeit. Auch von Seiten des Bundesjustizministeriums wird durchaus eine gesetzliche Regelung erwägt.⁴¹ Zwar würden Regelungen des ärztlichen Standesrechts bzw. des Kassenarztrechts existieren. Von diesen müsse allerdings auch Gebrauch gemacht werden. Im Falle der tatsächlichen Feststellung eines erheblichen Vollzugsdefizits müsse die Bundesregierung über gesetzliche Regelungen zur Ärztekorruption nachdenken.⁴²

IV. Notwendigkeit einer neuen strafrechtlichen Regelung?

Die Frage betreffend die Notwendigkeit einer neuen, zusätzlichen gesetzlichen Regelung zur Korruptionsstrafbarkeit eines niedergelassenen Vertragsarztes lässt sich zunächst am besten beantworten, wenn die Prüfung überhaupt eine Strafbarkeitslücke zu Tage fördert. Selbst wenn eine Strafbarkeitslücke für die beanstandeten Verhaltensweisen der Verschreibung gegen Entgelt, aber auch der weiteren oben dargestellten Verhaltensweisen bestehen sollte, stellt sich nachfolgend die Frage, ob bestehende berufsrechtliche und kassenärztliche Regelungen zur Sanktionierung gleichwohl ausreichend sind oder ob strafrechtliche Regelungen auch unter Beachtung des Ultima-Ratio-Grundsatzes des Strafrechts⁴³ notwendig sind:

1. In Ansehung etwaiger Strafbarkeitslücken ist zunächst festzuhalten, dass die bereits oben angesprochene Konstellation der Verschreibung eines bestimmten Medikaments durch den Kassenarzt und der hierfür erfolgenden Zuwendung durch das Pharmaunternehmen bereits nach heutiger Rechtslage strafrechtlich relevant ist, wenn das Präparat medizinisch nicht indiziert ist. Bereits im Jahr 2003 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass nach den Prinzipien des kassenärztlichen Abrechnungssystems der Vertragssatz bei der Ausstellung seiner Verordnung als Vertreter der Krankenkasse⁴⁴ agiere, indem er an ihrer Stelle bzw. für sie das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Der Arzt darf den materiellen und formellen Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht verlassen⁴⁵ und er darf deshalb Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst nicht eindeutig notwendig, nicht ausreichend oder unzweckmäßig sind, nicht verordnen. Verschreibt der Arzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkassen, obwohl er weiß, dass er die Leistung hier nicht bewirken darf, missbraucht er diese vom Gesetz eingeräumte Befugnis. Damit verletzt er die Betreuungspflicht gegenüber dem betroffenen Vermögen der Krankenkasse.⁴⁶ Ob diese Rechtsprechung nach den neuen Entscheidungen des BSG⁴⁷ bzw. auf Basis der verfassungsrechtlichen Vorgaben⁴⁸ zur eingeschränkten Anwendung des § 266 StGB zukünftig aufrecht erhalten bleibt, kann an dieser Stelle nicht prognostiziert werden. Nach heutiger Rechtslage muss das konkrete Strafbarkeitsrisiko jedoch bejaht werden, wenn ein Vertragsarzt zu Lasten der Krankenkasse ein medizinisch nicht indiziertes Präparat verschreibt. Soweit er nach den jeweiligen Feststellungen des Einzelfalles für die beanstandete Verschreibung seitens des beteiligten (und bevorzugten) Pharmaunternehmens sogar einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, kann dies in der Strafzumessung besonders gewürdigt werden. Auch eine Strafschärfung nach §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB kommt bei gewerbsmäßiger Verhaltensweise des Arztes in Betracht.

Die Notwendigkeit eines gesonderten (!) Korruptionsstraftatbestandes, im Rahmen dessen im Übrigen die erfolgte Zuwendung bzw. die Unrechtsvereinbarung zwischen Arzt und Pharmaunternehmen als zusätzliche Voraussetzungen ermittelt, bewiesen und festgestellt werden müsste, ist damit nicht zwangsläufig gegeben.

2. Es stellt sich darauf aufbauend die Frage, ob eine strafrechtliche Relevanz des Verhaltens des Arztes unter dem Aspekt der Untreue nach § 266 StGB auch gegeben ist, wenn das verschriebene Medikament tatsächlich medizinisch indiziert ist. Auch hier lässt sich aus

⁴⁰ http://www.focus.de/politik/deutschland/gesundheitspolitik/53-000-verdachtsfaelle-korrupte-aerzte-kommen-job-sperre-und-online-pranger_aid_901952.html.

⁴¹ http://www.n24.de/news/newsitem_8517916.html.

⁴² Strafe für bestechliche Mediziner? Legal Tribune online 03.01.2012, http://www.lto.de/persistent/a_id/7899/.

⁴³ Zum ultimo-ratio-Prinzip des Strafrecht bzw. zum sog. fragmentarischen Charakter des Strafrechts instruktiv: Hefendehl, JA 2011, 401.

⁴⁴ Die Vertreterstellung ist vom Großen Senat allerdings in Zweifel gezogen worden.

⁴⁵ BSGE 73, 271.

⁴⁶ BGHSt 49, 17; bestätigt durch BGH NStZ 2004, 568.

⁴⁷ BSG Urteil vom 17.12.2009, - B 3 KR 13/08.

⁴⁸ BVerfGE 126, 170.

der Entscheidung des Großen Senates jedoch einiges herleiten. Der BGH hat insoweit ausgeführt, dass dem Arzt in der Praxis häufig gar nicht die Entscheidung obliegt, das konkret abzugebende Präparat auszuwählen. Nach heutiger Rechtslage verschreibt der Arzt auf dem Rezept grundsätzlich kein Präparat, sondern einen Wirkstoff und der Apotheker⁴⁹ wählt dann das kostengünstigste Medikament aus. Selbst wenn der Arzt ein Präparat namentlich nennt, hat der Apotheker die Möglichkeit bzw. unter Umständen die Verpflichtung, ein wirkstoffgleiches, aber preisgünstigeres Medikament abzugeben.⁵⁰ Diese sog. aut-idem-Substitution kann der Arzt nur durch einen aktiven (!) Ausschluss auf dem einschlägigen Rezept (einschließlich einer fachlichen Begründung) verhindern. Erfolgt dieser Ausschluss pflichtwidrig sowie ohne medizinisch valide Begründung, wird man dies der medizinisch nicht indizierten Verschreibung gleichsetzen müssen, mit der Folge, dass eine Untreuestrafbarkeit in Betracht kommt. Auch insoweit fehlt es daher an der öffentlich beklagten Strafbarkeitslücke.

3. Neben der vorbeschriebenen Strafbarkeit unter dem Aspekt des § 266 StGB stellt sich weitergehend die Frage, ob die Schutzzwecke der §§ 299, 331 ff. StGB eine Anwendung von Korruptionsstrafrecht auf den niedergelassenen Vertragsarzt bzw. eine gesetzliche Neuregelung überhaupt fordern.

Schutzzweck der Delikte im 30. Abschnitt des Strafgesetzbuches ist die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit.⁵¹ Zwar ist festzustellen, dass der Amtsträgerbegriff einer der unschärfsten und ein von der Vielzahl von Einzelentscheidungen geprägter Begriff des deutschen Strafrechts ist, jedoch/gleichwohl kann eine Strafbarkeitslücke nur dann angenommen werden, wenn zwei vergleichbare Fälle ohne sachlichen Grund als strafrechtlich relevant bzw. strafrechtlich irrelevant qualifiziert werden. Anders als bei einem angestellten Klinikarzt ist – wie auch der Große Senat für Strafsachen ausführt – der niedergelassene Vertragsarzt in erster Linie Freiberufler und seine Tätigkeit von der vertrauensvollen zivilrechtlichen Dienstleistung gegenüber seiner Patienten geprägt. Wie der BGH ausführt, fehlt es dagegen bei Rechtsbeziehungen im Rahmen öffentlicher Verwaltung typischerweise an dem bestimmenden Element individuell begründeten Vertrauens, der Gleichordnung und der Gestaltungsfreiheit⁵². Dies ist auch der Grund, wieso der BGH letztlich die Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes abgelehnt hat. Wenn er sie allerdings abgelehnt hat, kann man auch nicht, namentlich nicht unter dem oben dargestellten Schutzzweck der Norm zur Amtsträgerkorruption, von einer Strafbarkeitslücke sprechen. Insbesondere deswegen nicht, weil im konkreten Tätigkeitsbild eines niedergelassenen Arztes ohne Kassenzulassung strukturell, inhaltlich, aber auch in der konkreten Einzelausführung gegenüber dem Patienten kein Unterschied zum niedergelassenen Vertragsarzt mit Kassenzulassung zu erkennen ist.

Auch der „Ruf“ nach der Anwendbarkeit des § 299 StGB bei der Verschreibung gegen Entgelt ist unter dem Aspekt des Schutzzweckes der Norm besonders zu beleuchten. Anerkanntermaßen ist das zu schützende Rechtsgut des § 299 StGB der freie Wettbewerb⁵³, im Falle der Konstellation „Verschreibung gegen Entgelt“ somit der Wettbewerb unter den Pharmaunternehmen des Marktes. Ob in dieser Konstellation auch noch ein besonderer Schutz des Wettbewerbes der Pharmaunternehmen durch eine eigene Strafnorm notwendig ist, erscheint vorliegend zweifelhaft. Dies insbesondere, wenn man – wie oben gezeigt wurde – den Schutz des Vermögens der Krankenkassen bzw. der Versicherten durch andere Normen, namentlich durch den § 266 StGB, tatsächlich erreichen kann. Auch der durch den GKV-Spitzenverband vorgenommene und als Rechtfertigung für die Gesetzesinitiative herangezogene Vergleich zwischen einem bei einem MVZ oder bei einer Berufsausübungsgemeinschaft angestellten Arzt und dem Inhaber des MVZ bzw. Berufsausübungsgemeinschaft ist nicht zielführend. Schließlich ist es bei § 299 StGB immer so, dass der Inhaber des Unternehmens⁵⁴ straflos Vorteile annehmen und sich durch diese bei seinen Beschaffungsentscheidungen leiten lassen kann, während etwa der bei ihm angestellte Mitarbeiter, der die Tatbestandsmerkmale des § 299 StGB aufgrund seiner Anstellung erfüllt, strafrechtlichen Sanktionen unterworfen ist. Das maßgebliche Unterscheidungskriterium ist somit nicht die

⁴⁹ Dies führt zu der Folgefrage zur Stellung des Apothekers in dem gesamten Gefüge der Medikamentenverschreibung.

⁵⁰ BGH NJW 2012, 2530 mit Verweis auf das Arzneimittel-Begrenzungs-gesetz (AAGB) vom 15.02.2002 (BGBl. I 2002, 684); vgl. auch § 129 Abs. 1 SGB V.

⁵¹ BGHSt 10, 241; 14, 310; 15, 96; 30, 48; 31, 246; 39, 45; 47, 22; NStZ 1985, 497.

⁵² BGH NJW 2012, 2530.

⁵³ Fischer, StGB, 58. Aufl. 2010, Vorb § 298 Rn. 1 m.w.N.

⁵⁴ Fischer, StGB, 58. Aufl. 2010, § 299 Rn. 8a m.w.N.

Beauftragteneigenschaft des angestellten Arztes für die Krankenkasse, sondern die Beauftragteneigenschaft für seinen Arbeitgeber.

4. Aber auch bei den weiteren Erscheinungsformen der Zusammenarbeit von Ärzten mit Dritten ist eine Strafbarkeitslücke tatsächlich nicht gegeben. Im Bereich der Anwendungsbeobachtung gilt das zur Verschreibung bereits Festgestellte: Wird ein medizinisch nicht indiziertes Medikament oder im Rahmen einer Substitutionsmöglichkeit pflichtwidrig ein bestimmtes Medikament, ohne dass ein sachlicher Grund gegen ein kostengünstigeres Präparat spricht, verschrieben oder angewandt, steht die Untreue gemäß § 266 StGB im Raum. Für die Anwendbarkeit des § 266 StGB ist der gewährte Vorteil in Form der Dokumentationspauschale gegebenenfalls im Bereich der Strafzumessung relevant.⁵⁵ Im Bereich der Einweisungsentgelte („Kopfprämien“) muss insbesondere ab einer gewissen Intensität der Forderung des Arztes zum Erhalt einer solchen Kopfprämie vom Krankenhaus eine (versuchte) Erpressung geprüft werden.⁵⁶

5. Hinzu treten die bestehenden berufsrechtlichen bzw. kassenarztrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten, die gegen neue strafrechtliche Spezialnormen für Vertragsärzte sprechen. Dem niedergelassenen Vertragsarzt ist es nach der nunmehr angepassten Regelung des § 31 MBO-Ä verboten „für die Verordnung und über den Bezug von Arznei – oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder einem anderen Vorteil zu fordern, sich oder einen Dritten versprechen oder gewähren zu lassen“. Auch die dargestellte Einweisungsvergütung ist berufswidrig. Unzulässig ist es nach § 32 MBO-Ä „Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird“. Die berufsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten reichen über die Verwarnung und dem Verweis bis zu der Geldbuße bzw. – in manchen Bundesländern – der Feststellung der Berufsunwürdigkeit. Die gravierendste Sanktion ist der Widerruf der Approbation, also der Zulassung zur Ärzteschaft. Hierzu muss der Arzt unzuverlässig und unwürdig im Sinn der Bundesärzteordnung sein, was jedenfalls im Falle wiederholter schwerer berufsrechtlicher Verfehlungen zu bejahen sein wird.⁵⁷ Unter diesen Voraussetzungen ist die Rücknahme oder der Widerruf der Approbation durchaus angezeigt. Einer strafrechtlichen Verurteilung bedarf es hierfür gerade nicht.⁵⁸ Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Notwendigkeit eines Widerrufs der Approbation nicht zwingend dadurch entfällt, dass der betroffene Arzt seine Kassenarztzulassung zurückgegeben hat.⁵⁹ Natürlich ist zu beachten, dass die Grundrechtseinschränkung⁶⁰ im Falle eines Widerrufs der Approbation eine hohe Schwelle bedeutet. Die Verhaltensweisen des Arztes, die zur Rücknahme oder zum Widerruf der Approbation führen, müssen in ihrer inhaltlichen Schwere, der Begehungsweise und hinsichtlich der Folgen als gravierend angesehen werden. Die spezifische Unzuverlässigkeit der Ausübung des ärztlichen Berufs muss zu bejahen sein.⁶¹ In den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen unterscheidet sich damit der Entzug der Approbation nicht wesentlich von einem strafrechtlichen Berufsverbot nach § 70 StGB, dessen Verhängung die Feststellung einer groben Verletzung der Berufspflichten und die Gefahr der Begehung weiterer erheblicher rechtswidriger Taten erfordert.

Aber auch in Ansehung der Kassenzulassung selbst existieren seitens des zuständigen Zulassungsausschusses folgenschwere Sanktionsmöglichkeiten. In Betracht kommt die Einleitung eines Disziplinarverfahrens wegen der Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Abrechnung gegenüber den Krankenkassen.⁶² Im Rahmen des Disziplinarverfahrens können Sanktionen wie die Verwarnung, der Verweis sowie eine Geldbuße bis zu EUR 10.000,00 ausgesprochen werden. Die vertragsärztliche Zulassung kann nach § 95 Abs. 6 SGB V entzogen werden, wenn Voraussetzungen zur Erteilung nicht mehr vorliegen.⁶³ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arzt die vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt. Hinzu

⁵⁵ Siehe hierzu schon oben IV. 1.

⁵⁶ Krüger, StraFO, 2012, 308.

⁵⁷ Es muss festgestellt werden, dass der Arzt das für die zuverlässige ärztliche Versorgung der Bevölkerung notwendige Vertrauen in einer nur am Patientenwohl ausgerichteten ärztlichen Berufsausübung nicht mehr gewährleistet.

⁵⁸ BVerwG NJW 1990, 3425; OVG Koblenz NJW 1990, 1553.

⁵⁹ Laufs/Ulmenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 151 Rn. 34 mit Verweis auf OVG Koblenz NJW 1990, 1553.

⁶⁰ Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG.

⁶¹ OVG Münster MedR 1989, 44.

⁶² § 81 Abs. 5 SGB V in Verbindung mit der jeweiligen Disziplinarordnung der kassenärztlichen Vereinigung, z.B. Disziplinarordnung der KV Nordrhein, abrufbar unter <http://www.kvno.de/downloads/disziplinarordnung.pdf>; dort ist sogar ein Regelmaßnahmenkatalog genannt.

⁶³ Dem Arzt ist dann nur noch die Privatliquidation möglich.

tritt die Möglichkeit der Anordnung des Ruhens der Kassenzulassung für die Dauer von bis zu zwei Jahren. Die Entscheidung unterliegt einem erheblichen Auswahlmessen mit der Folge, dass ein ordentliches Gericht sie nur nach Maßgabe des § 54 Abs. 2 S. 2 SGG überprüfen kann.⁶⁴

Die nach dem Berufsrecht bzw. nach dem Kassenarztrecht verhängbaren Sanktionen sind in der Regel – jedenfalls ab einer bestimmten Schwere des Verstoßes – auch in tatsächlicher Hinsicht für den Arzt gefährlicher als strafrechtliche Sanktionen in Form von üblicherweise auszusprechenden Geldstrafen bzw. Bewährungsstrafen. Die strafrechtliche Verteidigungs-Praxis zeigt insgesamt bei Berufsträgern, die auch ständischen Berufspflichten unterliegen⁶⁵, dass die strafrechtliche Sanktion einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheits- oder gar nur Geldstrafe weniger „Gefährdungspotential“ durch den Berufsträger entgegengebracht wird als berufsrechtlichen Berufs- bzw. Tätigkeitsverboten. Bei leichten Verstößen sind die berufsrechtlichen Folgen zwar in der Regel gering. Sobald die dem Arzt nachweisbaren Verstöße allerdings eine gewisse Relevanz haben bzw. sich wiederholen, stellen berufsrechtlichen Berufs- bzw. Tätigkeitsverbote bzw. der Entzug der Kassenzulassung für den Arzt empfindliche Sanktionen dar, mit der Folge, dass der generalpräventive Aspekt dieser Sanktionen nicht zu vernachlässigen ist.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit Blick auf die Schutzzwecke von §§ 299 bzw. 331 StGB eine Strafbarkeitslücke durch die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen beim Bundesgerichtshof nicht „entstanden“ ist. Ein Großteil der in der Literatur und Presse diskutierten, angeblich korrupten Verhaltensweisen von Ärzten können durch andere Straftatbestände, namentlich der Untreue nach § 266 StGB, abgedeckt werden. An einer Strafbarkeitslücke fehlt es daher von vornherein. Soweit Verhaltensweisen, die in der Vergangenheit unter die Korruptionstatbestände fallen sollten, unter Umständen nunmehr strafrechtlich nicht mehr sanktionierbar sind, existiert gleichwohl ein ganzes Bündel berufsrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten. Bei sachgerechter Anwendung dieser Sanktionsmöglichkeiten sind insbesondere geforderte generalpräventive Aspekte, namentlich durch Berufsverbote bzw. Zulassungswiderruf, gewahrt. Ob angesichts der in der Öffentlichkeit laut gewordenen Rufe⁶⁶ nach einer eigenen strafrechtlichen Regelung für Vertragsärzte gesetzgeberische Initiativen zur Schaffung eines Sonderstrafrechts für Vertragsärzte mittelfristig abgewehrt werden können, bleibt abzuwarten. Insoweit ist die Ärzteschaft selbst aufgefordert, durch ein sachgerechtes Aufdecken und konsequente, berufsrechtliche Ahndung von zu beanstandenden Verhaltensweisen dafür Sorge zu tragen, dass diese Sanktionierungen auch in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden und der in der Vergangenheit allzu beliebte Ruf nach strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten durch Untätigkeit und Wegschweigen nicht auch noch zum Erfolg verholfen wird.

⁶⁴ Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 151 Rn. 39 mit Verweis auf LSG Bad-Württ MedR, 1995, 39.

⁶⁵ Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte.

⁶⁶ Nicht hilfreich sind pauschale und öffentlichkeitswirksame Meldungen über strafrechtlich relevante Fälle, in denen sämtliche denkbaren Formen der Schädigung des Vermögens der Krankenkassen herangezogen werden. Vgl. etwa: Krankenkassen ermitteln 53.000 Betrugsfälle, FAZ vom 17.01.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/schummelnde-aerzte-krankenkassen-ermitteln-53-000-betrugsfaelle-12028723.html>.

Haftung aus Straftaten

Rechtsanwalt Christian Rosinus, Rechtsanwältin Sarah Milena Landsberg, beide Frankfurt

Der zivilrechtliche Haftbefehl und dessen Vollzug bei Schuldnern mit unbekanntem Aufenthalt bei der Vollstreckung wegen Forderungen aus der Schädigung durch Straftaten

I. Einleitung

Die Geltendmachung von Schadensersatz durch von Straftaten geschädigte Unternehmen ist ein mühsames Unterfangen. In der Regel werden Schäden durch kriminelle Handlungen erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung überhaupt entdeckt. Häufig bedarf es zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Substantiierung entsprechender Ansprüche Informationen aus Strafverfahren, da bestimmte Beweismittel nur durch hoheitliche Maßnahmen überhaupt sichergestellt und beschafft werden können. Dies führt dazu, dass es bis zur Erlangung eines zivilrechtlichen vollstreckungsfähigen Titels oftmals jahrelang dauern kann. Zur Sicherung des Schadensanspruchs des geschädigten Unternehmens ist die Erwirkung eines dinglichen Arrests in das Vermögen des Schädigers (§§ 916, 917 ff. ZPO) regelmäßig das Mittel der Wahl. Erfahrungsgemäß lassen sich jedoch nur Bruchteile des tatsächlich entstandenen Schadens durch entsprechende zivilrechtliche Maßnahmen wiedererlangen, da in vielen Fällen durch Straftaten erlangte Vermögenswerte/Gelder zur Finanzierung eines aufwendigen Lebensstils genutzt oder verschleiert werden und so im Ergebnis dem Zugriff des Gläubigers, d.h. des geschädigten Unternehmens, entzogen werden. Gerade vor diesem Hintergrund ist es wichtig, ein möglichst umfassendes Bild von den Vermögenswerten des Schädigers bzw. Schuldners zu erlangen. Eine Möglichkeit ist hier im Falle der Durchführung von Finanzermittlungen die Einsicht in die entsprechenden Finanzermittlungsakten. Eine andere Möglichkeit ist es, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzung eine Vermögensauskunft (früher „eidesstattliche Versicherung“) gemäß § 802c ZPO¹ vom Schuldner einzuholen. Die Möglichkeit der Beantragung einer entsprechenden Vermögensauskunft besteht nicht nur auf der Grundlage eines vollstreckbaren Titels in der Hauptsache, sondern es reicht – was häufig nicht gesehen wird – bereits ein Arresttitel nach § 922 ZPO aus.² Weigert sich der Schuldner eine entsprechende Vermögensauskunft abzugeben oder erscheint er unentschuldigt nicht, kann die Abgabe der Vermögensauskunft durch einen zivilrechtlichen Haftbefehl erzwungen werden. Das geschädigte Unternehmen als Gläubiger und der von diesem beauftragte Gerichtsvollzieher sehen sich dabei in vielen Fällen der Problematik ausgesetzt, dass der Schädiger nicht mehr auffindbar ist bzw. sich mutmaßlich ins Ausland „abgesetzt“ hat. Hierbei stellt sich die Frage, inwieweit im Rahmen der Vollstreckung eine Ausschreibung des Schädigers bzw. Schuldners zur Grenzfahndung zulässig ist, um so eine Verhaftung beim Grenzübertritt zum Zwecke der Abgabe der Vermögensauskunft zu erreichen. Dies wäre nach Auffassung der Verfasser auf der Grundlage der bis zum 1. Januar 2013 geltenden Rechtslage möglich gewesen, ist aber nunmehr durch die Einführung von § 755 ZPO ausgeschlossen. Im Einzelnen soll darauf im Folgenden eingegangen werden.

¹ Das Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung vom 29.07.2009 (BGBl. I, 2474) ist zum 1.1.2013 Kraft getreten. Im Folgenden werden die ab dem 1.1.2013 geltenden Vorschriften der ZPO zu Grunde gelegt. Bezugnahmen auf die bis zum 1.1.2013 geltenden Vorschriften werden durch den Zusatz a.F. (alte Fassung) gekennzeichnet.

² Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 802 c Rn. 7; Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 807 Rn. 3; BGH NJW-RR 2006, 996.

II. Zum Hintergrund: Die Bedeutung einer Haftdrohung zur Erzwingung der Vermögensauskunft

Der zivilrechtliche Haftbefehl ist ein in der juristischen Standardliteratur vernachlässigtes Instrument der Zwangsvollstreckung. Dies verwundert angesichts seiner enormen praktischen Relevanz: Allein im Jahr 2011 wurden bei den Amtsgerichten 671.092 Anträge auf Anordnung der Haft zur Erzwingung der eidesstattlichen Versicherung (nunmehr Vermögensauskunft) gestellt; das betrifft fast ein Fünftel aller Vollstreckungssachen vor den Amtsgerichten³. Der zivilrechtliche Haftbefehl zur Abgabe der Vermögensauskunft ist in den §§ 802 g-j ZPO geregelt: Erscheint der Schuldner in dem zur Abgabe der Vermögensauskunft bestimmten Termin unentschuldigt nicht oder verweigert er ohne Grund die Abgabe der Vermögensauskunft, hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers einen Haftbefehl zu erlassen (§ 802 g ZPO). Mit der Haft soll erreicht werden, dass der Schuldner sein gesamtes Vermögen offen legt (früher deshalb sog. "Offenbarungseid"). Die Vermögensoffenbarung, die der Gläubiger mit der Vermögensauskunft erreichen will, ist nach dem Verständnis der ZPO eine unvertretbare Handlung. Ihre Abgabe müsste daher an sich durch Zwangsgeld und Beugehaft erzwungen werden (§ 888 ZPO). Da die Eintreibung von Zwangsgeldern im Verfahren auf Abgabe einer Vermögensauskunft aber mit großer Wahrscheinlichkeit aussichtslos wäre - denn das Vermögen des Schuldners ist in diesen Fällen meist so gering, dass es unpfändbar ist -, ist mindestens Beugemittel sogleich die Beugehaft⁴. Die Haft ist Beugemittel, keine Sanktion. Nach Abgabe der Vermögensauskunft wird der Schuldner unmittelbar aus der Haft entlassen (§ 802 i Abs. 2 ZPO). Dasselbe gilt nach Ablauf einer Haftdauer von sechs Monaten (§ 802 j Abs. 1 ZPO). Die unmittelbare Androhung der Haft, die der Schuldner durch Abgabe der Vermögensauskunft aber abwenden kann, ist sehr effektiv: In der Praxis dauert die etwaige Haft regelmäßig (wenn überhaupt) nur wenige Stunden, bis es zur vollständigen Abgabe der Vermögensauskunft kommt.⁵

III. Vollzug des Haftbefehls bei Schuldnern mit unbekanntem Aufenthalt

1. Problemaufbau

Zuständig für die Verhaftung des Schuldners ist der Gerichtsvollzieher, in dessen Amtsbezirk der Schuldner zur Zeit des Verhaftungsauftrags Wohnsitz oder Aufenthalt hat, also der Gerichtsvollzieher des Haftortes (§ 802 g, 802 e ZPO, § 186 Abs. 2 GVGA).⁶ Der Haftbefehl wird nicht von Amts wegen vollstreckt, sondern nur auf Antrag (§ 802 g ZPO).⁷ Die Verhaftung erfolgt nach den §§ 758, 758a, 759, 762 ZPO, § 87 GVGA und muss innerhalb von zwei Jahren nach Erlass des Haftbefehls vorgenommen werden (§ 802 h Abs. 1 ZPO)⁸. Dabei ist dem Schuldner ein faires Verfahren zu gewährleisten; der Gerichtsvollzieher soll möglichst schonend vorgehen und unnötiges Aufsehen vermeiden (§ 187 Abs. 1 S. 1 GVGA).⁹

Allerdings scheinen die für die Verhaftung maßgeblichen Rechtsnormen der GVGA (Stand des Gesetzes: 01.08.2012) den Fall vor Augen zu haben, dass sich der Schuldner freiwillig zum Geschäftszimmer des Gerichtsvollziehers begibt¹⁰. Sie erinnern teilweise geradezu an einen zwar unangenehmen, aber freiwilligen Gang zum Zahnarzt. So sieht das Gesetz vor, dass der Gerichtsvollzieher den Schuldner schriftlich zum Erscheinen an der Gerichtsstelle auffordern soll (§ 187 Abs. 1 S. 2 GVGA). Nur wenn die Gefahr besteht, dass der Schuldner sich der Verhaftung entzieht oder Vermögensgegenstände beiseite schafft, soll dies unterbleiben (§ 187 Abs. 1 S. 3 GVGA; die Vorschrift ist eine Ausnahmevorschrift!). Der Gerichts-

³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Justizstatistik der Zivilgerichte 2006, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2011, S. 13.

⁴ Zu den Voraussetzungen im einzelnen Wagner in: MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2012, § 802 g Rn. 1-2; Storz in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 901 Rn. 9-20; Gottwald/Mock, Zwangsvollstreckung, 6. Aufl. 2012, § 802 g Rn. 2-4.

⁵ Morgenstern in: NJW 1979, 2277, 2279; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 802 j Rn. 1; Keller, Taktik in der Vollstreckung, 2002, Rn. 767 (S. 208); vgl. schon BT-Drs. 8/693 v. 28.06.1977, S. 50.

⁶ Storz in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 909 Rn. 10.

⁷ Eingehend dazu Wieser in: NJW 1988, 665-672.

⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 802 h Rn. 4.

⁹ AG Augsburg, Beschl. v. 28.08.2003, 2 M 24539/03 = DGVZ 2003, 191; zum Problem der Verhältnismäßigkeit BVerfG, Beschl. v. 20.06.1978, 1 BvL 30/78 = BVerfGE 48, 396; Urt. v. 19.10.1982, 1 BvL 34/80 = BVerfGE 61, 126; krit. dazu Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. I, 12. Aufl. 1995, Rn. 48.18; vgl. auch § 186 Abs. 3 GVGA, Morgenstern in: NJW 1979, 2277 ff.; Storz in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 901 Rn. 3-8, § 909 Rn. 12.

¹⁰ Näher dazu Keller, Taktik in der Vollstreckung, 2002, Rn. 756 (S. 205 f.).

vollzieher kann sogar, wenn der Schuldner die zur Abgabe der Vermögensauskunft notwendigen Unterlagen vergisst, die Vollziehung des Haftbefehls bis zu einem bestimmten Termin aussetzen (§ 802 i Abs. 3 ZPO). Erst wenn – was geradezu fernliegend klingt – der Schuldner nicht freiwillig erscheint, soll der Gerichtsvollzieher eine Verhaftung in der Wohnung des Schuldners versuchen (dies ergibt sich aus § 187 Abs. 4 GVGA); und nach mehreren Verhaftungsversuchen in der Wohnung (von denen mindestens einer kurz vor Beginn oder kurz nach Beendigung der Nachtzeit stattfinden soll) soll er dem Gläubiger schließlich anheim stellen, beim Amtsgericht einen Beschluss über eine Verhaftung an Sonn- und Feiertagen zu beantragen (§ 187 Abs. 4 GVGA). Für den äußersten Fall, wenn der Schuldner Widerstand leistet, gestattet die Anweisung dem Gerichtsvollzieher Gewaltanwendung (§ 187 Abs. 1 S. 4 GVGA). Dieses Leitbild geht an der Praxis vorbei. Tatsächlich wird der Schuldner, gerade dann, wenn es sich um einen Anspruch in Folge kriminogener Schädigung von Unternehmen handelt, oftmals versuchen, einer Verhaftung zu entkommen und Vermögensgegenstände beiseite zu schaffen. Zum Abgabetermin der Vermögensauskunft wird er oft deshalb nicht erscheinen, weil er kurzfristig ins Ausland gereist ist, um „seine Vermögensverhältnisse zu regeln“.¹¹ Sein Aufenthalt wird oftmals unbekannt sein und eine Gefahr für den befriedungsbedürftigen Gläubiger darstellen. Dennoch sieht § 187 Abs. 4 S. 1 GVGA für diesen Fall lediglich vor, dass der Gerichtsvollzieher den Gläubiger über die Erfolglosigkeit der Verhaftung benachrichtigen und zu den Akten vermerken möge, der Schuldner sei weder aufzufinden noch anzutreffen. Das ist sowohl für den Gläubiger wie auch für Gerichtsvollzieher unbefriedigend. In diesen praktisch nicht seltenen Fällen stellt sich daher die Frage, welche Maßnahmen ein Gerichtsvollzieher ergreifen darf, um des Schuldners habhaft zu werden, insbesondere ob und wie ein Gerichtsvollzieher nach dem Schuldner suchen und dessen Aufenthalt ermitteln darf.

2. Ermittlung des Aufenthalts

a) Befugnis des Gerichtsvollziehers aus § 755 ZPO

Mit dem Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung hat der zuständige Gerichtsvollzieher neue Befugnisse erhalten, um den Aufenthaltsort des Schuldners feststellen zu können. Dies oblag zuvor dem Gläubiger, der gegen den Schuldner vollstrecken wollte. Mit der neuen Regelung wird damit der Beibringungsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung durchbrochen. Dies soll der Zeitersparnis im Vollstreckungsverfahren dienen.¹²

Voraussetzung für ein Tätigwerden des Gerichtsvollziehers ist zunächst ein Vollstreckungsauftrag des Gläubigers. Die Vorschrift soll die effektive Durchsetzung der Zwangsvollstreckung sicherstellen, so dass der Gerichtsvollzieher nicht von sich aus Ermittlungen aufnehmen darf.¹³ Liegt ein Auftrag hingegen vor, muss der Gerichtsvollzieher die möglichen Auskünfte einholen und hat insoweit keinen Ermessensspielraum mehr. Der Wortlaut der Norm („darf“) weist nur auf die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers gegenüber den weiteren beteiligten Behörden hin.¹⁴ Weiterhin darf der Aufenthaltsort des Schuldners nicht bekannt sein und der Gläubiger muss die vollstreckbare Ausfertigung des Titels dem Gerichtsvollzieher ausgehändigt haben.

Danach verläuft das Vorgehen in zwei Schritten. Zunächst hat sich der Gerichtsvollzieher an die Meldebehörde zu wenden, um die gegenwärtigen Anschriften sowie Angaben zur Haupt- und Nebenwohnung des Schuldners zu ermitteln. Problematisch ist die Situation, in der der Gläubiger bereits selbstständig eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt gestellt hat und diese erfolglos verlaufen ist. Es stellt sich nun die Frage, ob der Gerichtsvollzieher dann direkt bei den in § 755 Abs. 2 ZPO genannten Behörden weiter ermitteln darf oder, wie nach dem Wortlaut des § 755 Abs. 1 ZPO vorgesehen, erst selbst bei der Meldebehörde anfragen muss.

Gegen ein solches Vorgehen spricht, dass dies letztlich nur zeitaufwendig und kostenintensiv wäre und das Vollstreckungsverfahren unnötig in die Länge ziehen würde. Kann der

¹¹ Besonders häufig sind erfahrungsgemäß Reisen nach Frankreich und eine scheinbare Verlagerung des Wohnsitzes, um in den Genuss der vermeintlich günstigeren Vorschriften des französischen Privatinsolvenzrechts zu gelangen.

¹² BT-Drucksache 16/10069, S. 23.

¹³ Vgl. BT-Drucksache 16/10069, S. 23.

¹⁴ Besken, Reform der Zwangsvollstreckung, 2.1.1, S. 24.

Gläubiger also bei der Auftragserteilung an den Gerichtsvollzieher eindeutig beweisen, dass die Anfrage ohne Ergebnis geblieben ist, muss der Gerichtsvollzieher diesen Schritt nicht wiederholen.¹⁵

Wenn der Schuldner kein deutscher Staatsangehöriger ist, kann der Gerichtsvollzieher auch direkt über das Ausländerzentralregister anfragen. Dabei erfährt er die Bezeichnung und das Geschäftszeichen der zuständigen Ausländerbehörde, bei der er dann wiederum die Adresse des Schuldners erfragen kann.¹⁶ Dem Gläubiger ist daher zu raten, im Vollstreckungsauftrag bereits mitzuteilen, ob der Schuldner die deutsche oder eine andere Staatsangehörigkeit besitzt. Erst wenn diese Möglichkeiten erfolglos verlaufen, kann er sich an die in Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 genannten Behörden wenden, um den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln. Dabei ist zu beachten, dass die zu vollstreckenden Ansprüche mindestens EUR 500,00 betragen müssen. Eine Addition mehrerer Vollstreckungstitel eines Gläubigers ist möglich.¹⁷

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers bestimmt sich nach der letzten bekannten Anschrift des Schuldners. Wenn ein neuer Aufenthaltsort ermittelt werden kann, ist der Vollstreckungsvorgang an den dann zuständigen Gerichtsvollzieher von Amts wegen abzugeben.¹⁸ Für das Tätigwerden des Gerichtsvollziehers entstehen gemäß Nr. 440 des Kostenverzeichnisses zum GVKostG Kosten in Höhe von EUR 10,00.

b) Rechtslage nach altem Recht: Möglichkeit der Befugnis aus § 802 g ZPO bzw. § 901 a.F. ZPO?

Im Rahmen der alten Rechtslage fand sich keine explizite Befugnisnorm, die es dem Gerichtsvollzieher erlaubt hätte, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln.

Eine sach- und praxismgerechte Lösung hierzu wurde daher bereits vor rund 30 Jahren vom Landgericht Stuttgart entwickelt. Wenn aufgrund eines Haftbefehls schon eine Ermächtigung des Gerichtsvollziehers zum Freiheitsentzug besteht, muss diese Ermächtigungsbasis auch die weniger belastende Maßnahme erlauben, den Schuldner zum Vollzug des Haftbefehls zu suchen. Die stärkere Maßnahme des Freiheitsentzuges beinhaltet also, geradezu denknotwendig, die schwächere Maßnahme, die bloße Suche nach dem Schuldner, ohne dass es einer besonderen Anspruchsgrundlage bedürfte.¹⁹ Nach dem Beschluss des Landgerichts Stuttgart vom 13. November 1979 ist ein Gerichtsvollzieher daher auch zur Fahndung nach dem Schuldner berechtigt, weil ein Haftbefehl nach § 901 ZPO (alte Fassung [a.F.], nunmehr § 802 g ZPO) auch gleichzeitig die Ermächtigung zur Fahndung erfasst.²⁰

Die These, dass Entsprechendes auch für den seit 1. Januar 2013 aktuellen § 802 g ZPO gelten würde, der in der Sache insoweit unseres Erachtens keine Änderung enthält, hat mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung nach unserer Auffassung keine Grundlage mehr. Die Befugnisse des § 755 ZPO sind *lex specialis* für die Suche nach dem Schuldner und für die Ermittlung von dessen Aufenthaltsort. So sind zum Beispiel die Behörden, welche um Auskunft ersucht werden können, abschließend geregelt und die Ermittlungsbefugnis ist nicht umsonst in einem Verhältnis aus zwei Schritten aufgebaut. Nur wenn die Informationsbeschaffung im ersten Schritt nicht erfolgreich ist, darf bei den im Weiteren genannten Behörden angefragt werden, denn die dort gespeicherten Daten, stehen grundsätzlich eigentlich nicht für diesen Zweck zur Verfügung. Aus diesem Grund, nämlich der Zweckänderung der gespeicherten Daten, bei Kraftfahrtbehörde und Rentenversicherung, besteht auch die Bagatellgrenze von EUR 500,00.²¹ Darüber hinaus soll mit diesen Einschränkungen vor allem der Datenschutz sichergestellt werden. Die Norm ist demnach eine abschließende Regelung, so dass ein Rückgriff auf § 802 g ZPO unseres Erachtens nicht mehr möglich ist. Dies ergibt sich aus der vorstehend erläuterten Gesetzesbegründung. Daraus lässt sich unserer Ansicht nach entnehmen, dass der Gesetzgeber eine weitergehende Befugnis, wie sie sich aus § 802g ZPO herleiten lassen würde, nicht gewollt hat.

¹⁵ Im Ergebnis gleich: Besken, Reform der Zwangsvollstreckung, 2.1.1, S. 25.

¹⁶ BT-Drucksache 16/10069, S. 23.

¹⁷ Besken, Reform der Zwangsvollstreckung, 2.1.1, S. 24.

¹⁸ Seiler in Thomas/Putzo, 33. Auflage 2012, § 755, RN 4.

¹⁹ Vgl. dazu auch LG Berlin, Beschl. v. 13.08.1979, 81 T 329/79; AG Königstein, Beschl. v. 24.07.1979, 9 M 2970/79; Kaiser in: NJW 1964, 759; Schubert in: NJW 1980, 459; Schneider in: NJW 1980, 2377, 2379; Bischof in: ZIP 1983, 522.

²⁰ LG Stuttgart, Beschl. v. 13.11.1979, 2 T 493/79; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1992, S. 267.

²¹ BT Drucksache 16/13432, S. 43.

3. Zusammenarbeit des Gerichtsvollziehers mit weiteren Behörden. Insbesondere Ausschreibung zur Grenzfahndung

Aufgrund des abschließenden Charakters des § 755 ZPO ist auch eine Ausschreibung des flüchtigen Schuldners zur Grenzfahndung (§ 30 Abs. 3 Satz 1 BPOlG i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 1 BPOlG) im Wege eines Amtshilfeersuchens an die Bundespolizei nicht mehr möglich.

Nach alter Rechtslage hätte man überlegen können, diese Möglichkeit aus den Grundsätzen der Amtshilfe abzuleiten. Die Möglichkeit der Amtshilfe ist verfassungsrechtlich in Art. 35 Abs. 1 GG geregelt und findet Niederschlag in zahlreichen Spezialgesetzen²². Nach Ansicht der Verfasser handelt es sich bei Amtshilfe um die Hilfeleistung einer Behörde auf das Ersuchen einer anderen Behörde hin, um diese bei der Erfüllung ihrer originären Aufgaben zu unterstützen. Zu diesem Zweck wird der Grundsatz strikter Kompetenzverteilung und eigenverantwortlicher Willensbildung eines Entscheidungsträgers durchbrochen.²³

Demgegenüber muss nun allerdings der Zweck gestellt werden, den der Gesetzgeber bei der Einführung des § 755 ZPO zugrunde gelegt hat. Dieser schließt die Möglichkeit der Amtshilfe jedoch aus. Aus der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung ergibt sich ein besonderes Augenmerk des Gesetzgebers für den Datenschutz. Wie oben bereits dargestellt sind aus diesem Grund die Befugnisse des Gerichtsvollziehers zur Erhebung von Informationen auf die aufgeführten Behörden beschränkt und er hat in genau vorgegebenen Schritten vorzugehen. Die Amtshilfe setzt im Fall der Grenzfahndung nach einem flüchtigen Schuldner aber gerade zwecknotwendig voraus, dass der Gerichtsvollzieher als originär zuständige Behörde die Daten des Schuldners an die Bundespolizei weitergibt, damit diese die Grenzfahndung ausführen kann. Der Datenschutz und auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind durch ein solches Vorgehen also in jedem Fall betroffen. Wenn die Behörden für die Auskunftserteilung also bereits abschließend geregelt sind, kann vom Gesetzgeber daher auch im Rahmen der Amtshilfe keine Zusammenarbeit gewollt sein. Der § 755 ZPO ist daher als Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Zweck der Aufenthaltsermittlung von flüchtigen Schuldnern als abschließend anzusehen.

IV. Fazit

Mit dem Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung wollte der Gesetzgeber die Rechte des Gläubigers stärken, in dem er die Ermittlungsbefugnisse des Gerichtsvollziehers ausgeweitet hat. Diesem Anliegen ist er durch die Schaffung des § 755 ZPO unseres Erachtens einen Schritt näher gekommen. Auf Grund des abschließenden Charakters des § 755 ZPO ist dem Gerichtsvollzieher jedoch nun die – aufgrund der alten Rechtslage theoretisch denkbare – Möglichkeit verwehrt, die Bundespolizei um Amtshilfe für eine Grenzfahndung zu ersuchen. Die Grenzfahndung ist jedoch ein höchst effektives Mittel um flüchtigen Schuldnern habhaft zu werden, da sich diese oft ins Ausland absetzen werden. In diesem Fall hat die Gesetzesänderung zu einem Rückschritt geführt. Die Verfasser würden daher ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Aufnahme einer allgemeinen ermessensabhängigen Generalklausel für Fahndungs- und Ermittlungsbefugnisse des Gerichtsvollziehers in die Zivilprozessordnung sowie eine explizite Regelung zur Amtshilfe begrüßen. Datenschutzrechtlich bestehen nach unserer Auffassung keine Bedenken, da innerhalb der Behörden beim Umgang mit Daten ein hohes Datenschutzniveau gewährleistet ist.

²² Vgl. etwa §§ 4-8 VwVfG, §§ 111-115 AO, §§ 3-7 SGB X, §§ 26 f. BVerfGG, § 9 RsprEinhG, § 14 VwGO, § 13 FGO, §§ 13 Abs. 1 S. 2, 106 Abs. 2 ArbGG, § 5 SGG, § 128 PatG, §§ 96 ff. BNotO, §§ 99 Abs. 2, 137 BRAO, §§ 95 ff. StBerG, § 108 HandwO, § 191 BEG, §§ 116, 135 FlurberG, § 125 SeemO, § 27a UWG, § 19 WPflG, §§ 20, 116 ZivildienstG.

²³ *Erbguth* in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 35 Rn. 4.

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Gernot Zimmermann, Wiesbaden

Garantenpflicht eines Betriebsvorgesetzten bei betriebsbezogenen Straftaten

Anm. zu BGH, Urteil vom 20.10.2011 - 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42

Aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter kann sich eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes - unabhängig von den tatsächlichen Umständen, die im Einzelfall für die Begründung der Garantenstellung maßgebend sind - auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 20.10.2011 - 4 StR 71/11

Sachverhalt

1.) Der Angeklagte war in der Straßenbauabteilung der Stadt H. beschäftigt. Nach deren Zusammenlegung mit der Grünflächenabteilung der Stadt im städtischen Bauhof im Frühsommer 2006 war er Vorarbeiter einer Kolonne, der außer ihm die Mitangeklagten S., K. und B. angehörten. Zwischen Februar 2006 und Juli 2008 wurde der ebenfalls beim städtischen Bauhof angestellte, aber in einer anderen Kolonne tätige Geschädigte D. während der Arbeitszeit wiederholt Opfer demütigender körperlicher Übergriffe von Seiten der Mitangeklagten, die hierfür bisweilen auch Knüppel, Ketten oder andere Werkzeuge verwendeten. Unter anderem kam es zu folgenden Vorfällen:

a.) Am 22. Februar 2006 drängten die Mitangeklagten den Geschädigten D. in eine Friedhofskapelle. Die Mitangeklagten K. und B. hielten den Geschädigten an den Armen fest, während der Mitangeklagte S. ihm mit einem Holzknüppel mehrere wuchtige Schläge gegen den Oberkörper versetzte. Nach einem Positionstausch zwischen den Mitangeklagten S. und K. schlug dieser ebenfalls mehrfach auf den Geschädigten ein. Sodann ließen die Mitangeklagten den Geschädigten, der eine Rippenfraktur erlitten hatte und wegen der starken Schmerzen mehrere Stunden nicht bewegungsfähig war, in der Kapelle zurück und entfernten sich.

b.) Anfang 2008 forderten die Mitangeklagten S. und K. einem gemeinsamen Tatplan entsprechend den Geschädigten auf, sich einen vermeintlichen Schaden an einem der zum Bauhof gehörenden Fahrzeuge anzuschauen, packten ihn, als er sich dem Fahrzeug genähert hatte, von hinten und stießen seinen Kopf heftig auf die Motorhaube.

c.) Im Frühjahr 2008 erhielt der Geschädigte D., weil er sich für eine berufliche Fortbildung angemeldet hatte, beim Beladen eines Fahrzeugs Schläge zunächst vom Mitangeklagten S., sodann vom Mitangeklagten K.

2.) Das Landgericht ist zwar zu dem Ergebnis gekommen, dass der Angeklagte bei diesen drei Taten anwesend war; eine ihm mit der Anklageschrift zur Last gelegte aktive Tatbeteiligung in Form psychischer Unterstützung hat es jedoch nicht festgestellt. An einer Verurteilung wegen einer durch Unterlassen begangenen Beihilfe hat es sich gehindert gesehen, weil es eine Garantenstellung des Angeklagten verneint hat. Eine Strafbarkeit nach anderen Vorschriften hat das Landgericht nicht erörtert.

3.) Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung und zur Nötigung in zehn Fällen freigesprochen. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

Rechtliche Wertung

1.) Das Landgericht hat entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts die Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes zu Recht abgelehnt. Die dafür erforderliche Garantenstellung im Sinne einer besonderen Pflichtenstellung, die über die für jedermann geltende Handlungspflicht hinausgeht, hatte der Angeklagte nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht.

a.) Eine solche Garantenstellung ergibt sich zum einen nicht aus einer dem Angeklagten von seiner Arbeitgeberin, der Stadt H., übertragenen Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter des Geschädigten vor Angriffen durch Dritte. Dabei kann dahinstehen, ob die Stadt H. eine solche Schutzpflicht – etwa aus § 618 BGB – überhaupt traf und welche konkreten Vorgesetztenpflichten sich ferner aus dem Arbeitsvertrag des Angeklagten mit der Stadt H. ergaben. Selbst wenn hier eine solche – grundsätzlich mögliche – arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter anzunehmen sein sollte, würde sich diese jedenfalls nicht auf den Geschädigten erstreckt haben. Dieser befand sich zu keinem der Tatzeitpunkte innerhalb des persönlichen Verantwortungsbereichs des Angeklagten. Nach den Feststellungen der Strafkammer war der Angeklagte weder der planmäßige Vorgesetzte des Geschädigten, noch war der Geschädigte ihm und der von ihm geführten Kolonne aus anderen Gründen, etwa vertretungsweise, zugeordnet.

b.) Ebenso wenig ergibt sich eine Garantenstellung aus einer der Stadt H. obliegenden und vom Angeklagten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses übernommenen Pflicht zur Überwachung der Mitangeklagten S., K. und B. mit dem Ziel, von diesen ausgehende Straftaten zum Nachteil des Geschädigten zu verhindern. Zwar kann sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

Betriebsbezogen ist eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist. Die Beschränkung der Garantenhaftung des Betriebsinhabers auf betriebsbezogene Taten ist unabhängig davon geboten, welche tatsächlichen Umstände für die Begründung der Garantenstellung im Einzelfall maßgebend sind. Weder mit einem auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Weisungsrecht gegenüber Mitarbeitern noch mit der Herrschaft über die „Gefahrenquelle Betrieb“ oder unter einem anderen Gesichtspunkt lässt sich eine über die allgemeine Handlungspflicht hinausgehende, besondere Verpflichtung des Betriebsinhabers begründen, auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren sind, sondern die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten.

Gemessen daran handelte es sich bei den Misshandlungen des Geschädigten D. durch die Mitangeklagten nicht um betriebsbezogene Straftaten. Sie standen weder in einem inneren Zusammenhang zur von den Mitangeklagten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit, noch hat sich in ihnen eine gerade dem Betrieb des städtischen Bauhofs spezifisch anhaftende Gefahr verwirklicht. Insbesondere war den Mitangeklagten die Schikanieierung des Geschädigten weder als Teil der „Firmenpolitik“ – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden, noch nutzten die Mitangeklagten ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte arbeitstechnische Machtbefugnisse zur Tatbegehung aus.

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ist eine andere Bewertung auch nicht deshalb geboten, weil die Taten Bestandteil einer Serie wiederkehrender und sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckender Misshandlungen waren. Zwar wird die Betriebsbezogenheit solcher mit dem Begriff „Mobbing“ bezeichneter Tatserien bisweilen mit der Begründung bejaht, dass sich eine in der Betriebsgemeinschaft allgemein angelegte Gefahr verwirklichte, weil für solche Taten der abgegrenzte soziale Raum des Betriebes ohne ausreichende Ausweichmöglichkeiten für das um seinen Arbeitsplatz und damit seine wirtschaftliche Existenz fürchtende Opfer konstitutiv seien. Damit würde das Merkmal der Betriebsbezogenheit jedoch jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden überdehnt. Die Gefahr auch wiederholter, unter Kollegen begangener Körperverletzungen besteht in jedem Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter, ist also keine gerade dem konkreten Betrieb – hier dem städtischen Bauhof – innewohnende Gefahr.

Garantenstellung für nachgeordnete Mitarbeiter kann arbeitsvertraglich begründet werden

Garantenstellung des Betriebsinhabers bzw. Vorgesetzten zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ist auf betriebsbezogene Taten beschränkt

Die wiederholte Begehung von Körperverletzungen am Arbeitsplatz stellt einen Exzess dar und begründet keine Betriebsbezogenheit

Auch ändert sich am Fehlen eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Betrieb des Bauhofs bzw. dem Aufgabenbereich der Mitangeklagten und der Misshandlung des Geschädigten nichts dadurch, dass diese wiederholt begangen wurde. Insbesondere verlieren die Körperverletzungstaten hierdurch nicht ihren Charakter als Exzesstaten. Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit ausreichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht.

2.) Dass das Landgericht eine Strafbarkeit gemäß § 357 StGB verneint hat, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden. Insofern gelten die Ausführungen zum fehlenden Zusammenhang zwischen dem Tätigkeitsbereich der Mitangeklagten und den zum Nachteil des Geschädigten begangenen Straftaten entsprechend.

3.) Der Freispruch hat jedoch keinen Bestand, weil das Landgericht eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323c StGB nicht geprüft, insoweit also seiner umfassenden Kognitionspflicht nicht genügt hat.

Anmerkung

1.) Die Existenz und die Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung beschäftigen die Strafgerichte schon seit jeher.¹ Die Begründung der Geschäftsherrenhaftung liegt dabei in der Organisationsmacht des Unternehmensinhabers bzw. der Unternehmensleitung sowie der Weisungsbefugnis von Führungskräften gegenüber untergeordneten Mitarbeitern. Durch gewichtige jüngere Entscheidungen gewinnt die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung nun immer stärker an Kontur. Den Startpunkt der neueren Rechtsprechung und des wissenschaftlichen Diskurses setzte die Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 17.7.2009.² Hiernach sind Unternehmensinhaber sowie – bei entsprechender Delegation – deren Leitungs- und Führungskräfte innerhalb ihres personalen Verantwortungsbereichs im Einzelfall als Garanten im Sinne des § 13 StGB zur Verhinderung von Straftaten durch Unternehmensmitarbeiter verpflichtet. In einem *obiter dictum* bemerkte der BGH in dieser Entscheidung zudem, dass insbesondere den Compliance Officer schon kraft seines Amtes regelmäßig eine strafrechtliche Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten aus dem Unternehmen zu Lasten Dritter treffe, was zu einem gewaltigen Echo in der Literatur führte.³ Der VI. Zivilsenat des BGH entschied zudem, dass aber jedenfalls allein aus der Stellung als Geschäftsführer einer GmbH bzw. Mitglied des Vorstands einer AG sich noch keine grundsätzliche Garantenpflicht gegenüber außenstehenden Dritten ergebe, eine Schädigung ihres Vermögens zu verhindern.⁴ Das OLG Braunschweig konkretisierte mit seiner Entscheidung vom 14.6.2012⁵ zudem die Garantenpflichten von Aufsichtsratsmitgliedern.

2.) Der vorliegende, durch den 4. Strafsenat entschiedene Fall betrifft zwar das Phänomen des „Mobbings“ und damit strafrechtliche Verstöße im Binnenbereich eines Unternehmens, ist bei näherer Betrachtung aber gleichwohl für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, die in der Regel im Verhältnis von Unternehmen zu unternehmensfremden Dritten diskutiert wird, von Bedeutung. Um sich der grundsätzlichen Bedeutung der vorliegenden Entscheidung für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung zu nähern, ist deren Aussagegehalt zunächst differenzierter zu betrachten: Im vorliegenden Fall wurden innerhalb eines Unternehmens Straftaten von Mitarbeitern gegen Mitarbeiter begangen. Eine Unterlassensstrafbarkeit des Vorarbeiters aus einer Garantenstellung heraus kommt in einer solchen Konstellation, so klingt es in der Entscheidung jedenfalls an, zwar dem Grunde nach in Betracht, wenn dieser eine Stellung als „Beschützergarant“ innehat. Eine solche Stellung vermag der BGH in der vorliegenden Fallgestaltung aber jedenfalls nicht zu erkennen, weil der Vorarbeiter nicht der unmittelbare Vorgesetzte des gemobbten Mitarbeiters gewesen sei. Die im Umkehrschluss daran anschließenden Fragen, nämlich ob dann den unmittelbaren Vorgesetzten eine Beschützergarantenpflicht getroffen und welche Reichweite diese ggf. gehabt hätte, bleiben damit leider unbeantwortet. Der BGH lässt offen, ob sich eine Beschützergarantenstellung schon aus arbeitsvertraglichen Beziehungen ergeben kann. Eine Stellung als „Überwachergarant“ sieht der BGH hingegen im Hinblick auf den Vorarbeiter zwar grundsätzlich als naheliegend an, beschränkt im konkreten Fall dessen Verantwort-

Die Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ist im Fluss

Garantenstellung des Vorgesetzten bei Exzesstaten im Einzelfall denkbar

¹ vgl. RGSt 58, 130; BGH NStZ 1990, 587.

² BGHSt 54, 44 = NStZ 2009, 686.

³ vgl. nur Kraft, wistra 2010, 81; Rübenstahl, NZG 2009, 1341; Wytibul, BB 2009, 2263.

⁴ BGH NJW 2012, 3439; Anm. Szesny, WiJ 2013, 33.

⁵ OLG Braunschweig NJW 2012, 3798.

*Restriktion der
Geschäftsherrenhaftung
durch das Kriterium der
Betriebsbezogenheit*

tungsbereich jedoch durch das Kriterium der Betriebsbezogenheit so restriktiv, dass er letztlich eine Garantenpflicht ablehnt.

3.) Die durch den BGH vorgenommene Einschränkung der Garantenstellung durch das Kriterium der Betriebsbezogenheit steht damit im Mittelpunkt der Betrachtung, da dieses grundsätzliche Bedeutung für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung erlangt. Noch in der Entscheidung des 5. Strafsenats wurde die Stellung von Unternehmensverantwortlichen – und des Compliance-Officers – als Überwachergarant im Verhältnis zu unternehmensfremden Dritten grundsätzlich bejaht, ohne dass diese eine Einschränkung durch ein Erfordernis einer Betriebsbezogenheit erfahren hätte. Es liegt indes auf der Hand, dass dieses nun definierte Kriterium künftig nicht nur im Innenverhältnis, sondern ebenso im Verhältnis zu Dritten zu berücksichtigen sein wird. Die Struktur der Betriebsbezogenheit bleibt jedoch auch nach der Entscheidung des 4. Strafsenats unscharf. Betriebsbezogen ist eine Tat nach der Entscheidung des BGH dann, wenn sie einen „inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes“ aufweist. Die Voraussetzungen der Betriebsbezogenheit grenzt der Senat lediglich negativ ab, indem er zugunsten des Unternehmensinhabers solche Straftaten aus dem Anwendungsbereich ausnehmen möchte, die „nicht Ausfluss [der] seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren sind, sondern die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten.“ Ebenso ausgeschlossen sollen „Exzesstaten“ sein. Diese wenig konkrete Abgrenzung lässt Raum für Interpretationen, da verschiedene Fallkonstellationen denkbar sind, die sowohl innerhalb als auch außerhalb des Unternehmens begangen werden könnten. Es ist daher zu erwarten, dass diese Rechtsprechung weiter konkretisiert werden wird. Ganz offenbar versucht der BGH, die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung an die hiermit verbundene ordnungswidrigkeitenrechtliche (Unternehmens-)Haftung nach §§ 130, 30 OWiG anzugleichen. Naheliegend ist nach der Entscheidung des 4. Senats, dass sich die Rechtsprechung an den Kriterien orientieren wird, die im Rahmen des § 130 OWiG herangezogen werden, da auch diesbezügliche Anlasstaten betriebsbezogen sein müssen.

Annäherung der Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung an § 130 OWiG

4.) Abschließend soll auf den konkreten Sachverhalt zurückgekommen werden: Den Vorarbeiter soll nach der Entscheidung des 4. Senats keine Garantenpflicht getroffen haben, obwohl er Kenntnis um die langjährigen Misshandlungen eines hierarchisch nachgeordneten Mitarbeiters hatte und diese sogar selbst miterlebte. Der BGH kommt überspitzt formuliert zu dem Ergebnis, dass das massive Mobbing am Arbeitsplatz nicht betriebsbezogen sei, weil der Mitarbeiter ja auch außerhalb des Betriebes durch seine Kollegen hätte gemobbt werden können. Die aufgestellten Kriterien der Betriebsbezogenheit werden durch den BGH vorliegend eng ausgelegt. Dabei scheint die Entscheidung durch den Gedanken getragen zu sein, anlässlich einer geeigneten Entscheidung eine als zu weit empfundene strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung wieder zu begrenzen. Dem Gerechtigkeitsgefühl sollte in der vorliegenden Konstellation im Ergebnis möglicherweise durch den Verweis auf § 323c StGB Rechnung getragen werden.

Rechtsanwältin Dr. Vivien Adamski, Mönchengladbach

Übertragung strafbewehrter Arbeitgeberpflichten durch ausdrückliche Beauftragung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Anm. zu BGH, Beschl. v. 12.09.2012 - 5 StR 363/12

Die Frage, ob ein Mitarbeiter ausdrücklich beauftragt wurde, in eigener Verantwortung Aufgaben des Betriebsinhabers wahrzunehmen, hat grundlegende Bedeutung für die Strafbarkeit dieses Mitarbeiters. Nur eine wirksame Beauftragung bewirkt eine Gleichstellung mit dem Betriebsinhaber und somit eine mögliche Bestrafung als Täter eines Sonderdelikts.

Der BGH hatte in seiner Entscheidung darüber zu befinden, ob die Feststellungen des LG Hamburg dazu ausreichen konnten, die Ehefrau eines Geschäftsführers eines Reinigungsunternehmens als Täterin des § 266a StGB zu qualifizieren. In seinem Beschluss nimmt der BGH daneben zu den grundsätzlichen Voraussetzungen Stellung, unter denen eine Arbeitgeberstellung durch ausdrückliche Beauftragung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB zugerechnet werden kann und betont, dass diesbezüglich ein strenger Maßstab anzusetzen ist.

I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Die Angeklagte M. war die Ehefrau des ebenfalls angeklagten Geschäftsführers einer Reinigungsfirma. Diese Reinigungsfirma hatte vertraglich die Reinigung und Überwachung von mehreren Toilettenanlagen in großen Kaufhäusern übernommen. Der Reinigungsfirma oblag es, die Toiletten in den Warenhäusern ständig in einem sauberen und hygienisch einwandfreien Zustand zu halten. Hierzu sollten auftretende Verschmutzungen unverzüglich beseitigt und die Toilettenanlagen desinfiziert werden. Diese Tätigkeit erforderte die ständige Präsenz eines Mitarbeiters vor Ort. Das durch die Reinigungsfirma eingesetzte Personal wurde zunächst nach dem für das Gebäudereinigerhandwerk geltenden Mindestlohn beschäftigt. Um Lohnkosten zu sparen, entschied man sich schließlich für eine Regelung, nach der lediglich die tatsächliche „Putzzeit“ des jeweiligen Mitarbeiters als Arbeitszeit zählte, nicht jedoch seine Anwesenheitszeit. Diese Putzzeit wurde durch die Reinigungsfirma pauschal bestimmt und mit 125,00 € bzw. 128,00 € pro Monat vergütet. Darüber hinaus erhielten die Arbeitnehmer einen Teil des Ihnen durch die Benutzer der Toiletten freiwillig hinterlassenen „Tellergeldes“. Die Arbeitnehmer wurden bei der Minijob-Zentrale angemeldet und die Sozialversicherungsbeiträge auf Basis der offiziell gewährten Entlohnung abgeführt.

Das Landgericht Hamburg verurteilte beide Angeklagte wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gem. § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB in 50 Fällen, da sie über einen Zeitraum von zwei Jahren unzutreffende Meldungen abgegeben und somit Sozialversicherungsbeträge in Höhe von insgesamt knapp EUR 128.000,00 verkürzt hatten. Für die Berechnung der Abgabe sei der Mindestlohn entsprechend den im Gebäudereinigungsgewerbe geltenden Tarifen zugrunde zu legen gewesen.

Die Täterschaft des Ehemannes ergebe sich dabei aus seiner Stellung als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Reinigungsgesellschaft. Als solcher sei er Arbeitgeber im Sinne des § 266a StGB. Aber auch die Angeklagte M. sei als Täterin zu bestrafen. Gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB unterliege sie den gleichen Pflichten wie ihr Ehemann, da sie von diesem beauftragt worden sei, den Personalsektor eigenverantwortlich allein abzuwickeln. Die Personalverhältnisse seien dabei in enger Abstimmung zwischen den Eheleuten geregelt worden.

Dem stimmt der BGH nur teilweise zu. Es sei richtig, dass die Arbeitnehmer des Reinigungsunternehmens dem Mindestlohn für Gebäudereiniger unterliegen. Zugrunde zu legen sei außerdem die gesamte von den Arbeitnehmern vor Ort abgeleistete Zeit. Diese sei in vollem Umfang als Arbeitszeit zu werten, da die durch die Warenhäuser abverlangte Toilettenpflege von den Arbeitnehmern eine ständige Aufmerksamkeit und Arbeitsbelastung verlange. Bei Tariflohnunterschreitung sei die Höhe der Beitragsschuld – wie durch das Landgericht geschehen – außerdem richtigerweise nicht nach dem vereinbarten, sondern nach dem geschuldeten Lohn zu berechnen. Ob auch das sog. „Tellergeld“ vom Landgericht hätte berücksichtigt werden müssen, lässt der BGH offen. Es spreche jedoch Einiges dafür, dass das Tellergeld Lohncharakter aufweise und einen aus dem Arbeitsverhältnis vermittelten Vermögenszuwachs darstelle.

Zu einem vom Landgericht abweichenden Ergebnis kommt der BGH allerdings hinsichtlich der Feststellungen zur Zurechnung der Arbeitgeberstellung zu Lasten der Angeklagten M. Es sei bereits zweifelhaft, ob eine ausdrückliche Beauftragung der Angeklagten M. überhaupt stattgefunden habe. Zwar könne ein Auftrag im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch formfrei geschehen, die Beauftragung müsse jedoch zweifelsfrei erfolgen und ausreichend konkret sein, damit für den Beauftragten das Ausmaß der von ihm zu erfüllenden Pflichten eindeutig erkennbar sei. Hierzu habe das Landgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

An das Vorliegen einer Beauftragung im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB seien darüber hinaus aber auch strenge Anforderungen zu stellen. Schließlich werde mit der Beauftragung eine persönliche Normadressatenstellung des Beauftragten begründet, die diesem strafbe-

LG Hamburg wirksame Übertragung der Arbeitgeberpflichten durch ausdrückliche Beauftragung

BGH: Strenge Anforderungen an eine Beauftragung

*Eigenverantwortliche
Entscheidungsgewalt
des Beauftragten*

wehrt die Erfüllung betriebsbezogener Pflichten überbürde. Es komme zu einer jedenfalls partiellen Verlagerung strafbewehrter Pflichten vom primär zuständigen Organ auf nachgeordnete Mitarbeiter. Aus diesem Grunde dürfe nicht ohne weiteres von der Übertragung von Leitungsbefugnissen auf die Begründung einer Normadressatenstellung geschlossen werden.

Entscheidend sei, dass gesetzliche Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten übergehen. Für die Prüfung sei von indizieller Bedeutung, ob der Betrieb aufgrund seiner Größe überhaupt eine personelle Aufteilung der Verantwortlichkeitsbereiche erforderlich mache. Zu prüfen sei außerdem, ob eine sachliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Aufgabenübertragung bestehe. Je weniger eine solche erkennbar sei, umso ferner liege es, eine Übertragung der Arbeitgeberpflichten anzunehmen.

Fehle dem mit einem bestimmten Aufgabenbereich betrauten Mitarbeiter die notwendige Selbstständigkeit und eigene Entscheidungsfreiheit, so handle er nicht wie ein organschaftlicher Vertreter, sondern allenfalls als dessen Gehilfe.

Im vorliegenden Falle lasse die Einräumung einer Leitungsbefugnis an die Angeklagte M. durch ihren Ehemann nicht den Schluss zu, dass sie damit sämtliche mit den Personalangelegenheiten zusammenhängenden betrieblichen Pflichten übernommen habe. Hiergegen spreche vor allem, dass dem Ehemann die „Büroarbeit“ vorbehalten blieb, zu der insbesondere auch die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten gegenüber den Sozialversicherungen zählte. Die Angeklagte M. sei daher allenfalls als fachliche Vorgesetzte gegenüber dem Reinigungspersonal zu qualifizieren. Dies genüge jedoch ausdrücklich nicht den Anforderungen an eine Beauftragung nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Auch die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Eheleuten sei hierfür kein Kriterium.

Im Übrigen sei die Angeklagte M. auch nicht etwa „Teilbetriebsleiterin“ im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Auf Grundlage der durch das Landgericht getroffenen Feststellungen sei jedoch eine Beihilfe der Angeklagten M. anzunehmen.

II. Anmerkung

Juristische Personen nehmen als eigene Rechtspersönlichkeiten am Wirtschaftsleben teil. Sie treten im Geschäftsverkehr als Vertragspartner auf, können Arbeitgeber, Fahrzeughalter und Schuldner sein. Adressaten von Strafnormen sind sie jedoch nicht. Das deutsche Strafrecht kennt kein Unternehmensstrafrecht, eine „Schuld“ juristischer Personen ist nicht vorgesehen. Die Normbefehle des Strafrechts richten sich ausschließlich an natürliche Personen. Dies gilt auch für die sog. Sonderdelikte des StGB. Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach Delikten wie beispielsweise § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt), § 283 StGB (Bankrott) oder § 264 StGB (Subventionsbetrug) ist das Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale. So muss der Täter des § 266a StGB „Arbeitgeber“, der des § 283 StGB „Schuldner“ und derjenige des § 264 StGB „Subventionsnehmer“ sein. Um zu verhindern, dass sich der Normbefehl solcher Delikte an eine zwar grundsätzlich qualifizierte, jedoch deliktsunfähige juristische Person richtet und damit ins Leere geht, führt § 14 Abs. 1 StGB als Strafausdehnungsvorschrift.¹ zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Vertretungsberechtigten der jeweiligen Gesellschaft. Dies folgt im Übrigen dem allgemeinen Grundsatz, dass juristische Personen durch ihre Organe vertreten werden. Darüber hinaus können aber gem. § 14 Abs. 2 StGB auch durch beispielsweise den Betriebsinhaber Beauftragte zu Normadressaten von Sonderdelikten werden. Dies trägt u.a. der Tatsache Rechnung, dass die Arbeitsteilung zu einem wichtigen Instrument der modernen Wirtschaft geworden ist, mit dem organisatorischen Herausforderungen sowie Haftungsrisiken begegnet werden soll. Eine wirksame Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität muss daher auch die Möglichkeit der (Um-)Verteilung von Verantwortung im Blick haben. In Betracht kommen hier nicht nur nachgeordnete Arbeitnehmer, sondern auch Personen, die nicht Angehörige des Betriebes sind. Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 StGB gilt damit nicht nur für innerbetriebliche, sondern auch für zwischenbetriebliche Arbeitsteilung.

¹ Fischer, StGB, § 14 Rn. 1b; Tsambikakis/Kretschmer in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 1. Aufl. 2011, § 14, Rn. 2.

Eigenverantwortlichkeit und freie Entscheidungsbefugnis

Sinnhaftigkeit der Arbeitsteilung (Sozialadäquanz)

Übertragung von Leitungsbefugnissen führt nicht automatisch zu einer Normadressatenstellung

1. Eigenverantwortlichkeit als zentrales Kriterium

Die strafrechtlichen Folgen einer wirksamen Beauftragung für den Beauftragten sind gravierend. Nachgeordnete Arbeitnehmer werden in ihrer strafrechtlichen Verantwortung den Organen der Gesellschaft oder dem Betriebsleiter gleichgestellt. Es verdient daher Zustimmung, wenn der BGH eine solche Überwälzung² strafrechtlicher Verantwortlichkeiten nur unter engen Voraussetzungen und auf Grundlage umfangreicher Feststellungen erlaubt. Besonders wichtig ist danach, dass der Beauftragte ausdrücklich mit der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Aufgaben betraut ist. Im Falle des § 266a StGB muss es sich hierbei um gesetzliche Arbeitgeberpflichten handeln. Dies ist konsequent. Denn nur wer über entsprechende Befugnisse und Entscheidungskompetenzen verfügt, erfüllt (wenn auch nur in einem jeweils abgesteckten Bereich) Aufgaben des Inhabers und kann diesem gleichgestellt werden.

Die vom BGH geforderte Eigenverantwortlichkeit setzt jedenfalls eine freie Entscheidungsbefugnis voraus. Es muss dem Beauftragten möglich sein, ohne vorherige Abstimmung selbstständig eine Beurteilung der Situation vornehmen und entsprechende Maßnahmen treffen zu können.³ Indizielle Wirkung schreibt der BGH in diesem Zusammenhang der Frage zu, ob der Betrieb aufgrund seiner Größe überhaupt eine personelle Aufteilung von Verantwortungsbereichen erforderlich macht. Hierzu solle mit Blick auf die Gesetzesbegründung auch der Gedanke der Sozialadäquanz fruchtbar gemacht werden. Fraglich sei demnach, ob etwa im Hinblick auf die betriebliche Struktur eine sachliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Aufgabenübertragung bestanden habe. Nach der Gesetzesbegründung zum EGOWiG⁴ soll hierfür ausschlaggebend sein, ob die Übertragung sich im Rahmen des in der modernen Wirtschaft allgemein Üblichen hält. Dies dürfte insbesondere bei Kleinbetrieben zweifelhaft sein und ist vor allem dann abzulehnen, wenn die Verantwortung auch für den betroffenen Teilbereich noch beim Betriebsinhaber liegt. Im vorliegenden Falle war der Ehemann der Angeklagten beispielsweise immer noch für die „Büroarbeit“ zuständig, zu der auch die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten gegenüber den Sozialversicherungsträgern gehörte. Der BGH schlussfolgert hieraus ausdrücklich, dass auf dieser Grundlage nicht davon auszugehen sei, dass die Angeklagte sämtliche mit den Personalangelegenheiten zusammenhängende betriebliche Pflichten übernommen habe.

Teilweise wird zusätzlich darauf abgestellt, inwieweit der Vertreter nach in der Gesellschaft akzeptierten Maßstäben überhaupt als solcher verstanden werden kann. Schulbeispiel ist hier üblicherweise der Inhaber einer Verkaufsstelle, der ein Lehrling damit beauftragt, eigenverantwortlich die Einhaltung der Ladenschlusszeiten zu gewährleisten.⁵ Mangels ausreichender Bestimmtheit und der damit verbundenen Gefahr von Abgrenzungsschwierigkeiten wird die Heranziehung des Gedankens der Sozialadäquanz in der Literatur überwiegend ablehnend beurteilt.⁶ Zu begrüßen ist aber jedenfalls, dass der BGH Anhaltspunkte für die Anwendung des Gedankens der Sozialadäquanz liefert und ausdrücklich eine „sinnvolle Aufgabenteilung“ fordert. Auch wenn auch dies kein ausreichend bestimmtes Kriterium darstellt, können etwaige Härten bei der Anwendung des § 14 StGB auf diese Weise ausgeglichen werden.

Der BGH stellt außerdem ausdrücklich fest, dass weder die Übertragung von Leitungsbefugnissen noch die Einbeziehung in unternehmerische Mitverantwortung zur Begründung einer Normadressatenstellung ausreichen könne (Rn. 14, 15). Dies ist vor allem für die aufgrund ihrer Bezeichnung und ihrer im Regelfalle höheren innerbetrieblichen Verantwortung besonders gefährdeten leitenden Angestellten von Belang. Auch in Bezug auf solche Mitarbeiter dürften nach den Grundsätzen des BGH zukünftig umfangreiche Feststellungen zu treffen sein. Zwar legen die in § 5 Abs. 3 BetrVG formulierten Kriterien eine auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten gegebene Leitungsbefugnis durchaus nahe; ein Automatismus

² Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 14, Rn. 4.

³ Radtke in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, § 14, Rn. 101 unter Hinweis auf *Bottke*, wistra 1991, 52, 53.

⁴ BT-Drucks. V/1319.

⁵ BT-Drucks. V/1319.

⁶ *Marxen/Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 14, Rn. 66; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 14, Rn. 36; *Radtke* in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, § 14, Rn. 103 *Marxen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 14, Rn. 66.

kann sich hieraus jedoch nicht ergeben.⁷ So kann es nach einer Entscheidung des OLG Hamm sogar einem Prokuristen an der notwendigen Eigenverantwortlichkeit fehlen.⁸

Kurz verhält sich der BGH auch zur Frage der Teilleitung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Der Gesetzgeber fokussiert hier solche Mitarbeiter, die entweder eine Leitungsfunktion räumlich und organisatorisch vom Hauptbetrieb getrennter Betriebsteile (Zweigstellen, Filialen etc.) wahrnehmen oder Leitungsfunktionen sachlich abgegrenzter Teilbereiche ausüben (Abteilungen). Der BGH stellt klar, dass die Voraussetzungen für eine Pflichtenübertragung nach dieser Vorschrift – abgesehen von der Ausdrücklichkeit der Beauftragung – „jedenfalls nicht schwächer sein“ dürfen als diejenigen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Eine Strafbarkeit kann sich daher auch nicht über den „Umweg“ des § 14 Abs. 2 Nr. 1 ergeben, soweit eine solche über § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB ob der strengen Anforderungen nicht gegeben ist.

2. Ausdrücklichkeit

Aufgrund der gravierenden strafrechtlichen Folgen, die eine wirksame Beauftragung für den Beauftragten hat, betont der Senat noch einmal, was schon das Gesetz besagt: Die Beauftragung hat ausdrücklich zu erfolgen. Eine stillschweigende oder konkludente Pflichtenübertragung ist damit nicht ausreichend. Zwar muss der Auftrag nicht schriftlich erteilt werden, er muss jedoch zweifelsfrei erfolgen und so konkret sein, dass für den Beauftragten das Ausmaß der übernommenen Pflichten erkennbar ist.

3. Rechtsfolgen der wirksamen Beauftragung

Eine Delegation bestimmter Verantwortungsbereiche führt im Übrigen nicht etwa automatisch zur Straffreiheit des Delegierenden. Dieser kommt auch weiterhin als Zurechnungsobjekt in Frage.⁹ Das Gesetz legt diesen Umstand bereits im Wortlaut fest. Dort heißt es ausdrücklich, die Sonderdelikte seien „auch“ auf den Vertreter/Beauftragten anzuwenden. Hieraus wird allgemein gefolgert, dass selbst die erfolgreiche Pflichtendelegation keine Befreiung des primär Verpflichteten bewirkt,¹⁰ der Begriff der „Pflichtenüberwälzung“¹¹ also insoweit missverständlich ist. Entsprechend stellte sich auch im Rahmen der vorliegenden Entscheidung nicht die Frage einer möglichen Entlastung des Ehemannes durch eine wirksame Beauftragung der Angeklagten M. Es ging vielmehr lediglich darum, ob die Angeklagte M neben ihrem Mann als Täterin für die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge zur Verantwortung gezogen werden konnte. Dabei setzt eine Eigenverantwortung des Delegierenden jedoch selbstverständlich das Vorliegen sämtlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen in seiner Person voraus.

Anders ist dies hingegen im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung. Dort bewirkt die arbeitsteilige Struktur durchaus eine zuständigkeitsbezogene Beschränkung von Sorgfaltspflichten.¹² Fraglich ist dann, ob dem Beauftragenden ein Pflichtverstoß im Hinblick auf die Auswahl und die Beaufsichtigung des Beauftragten vorzuwerfen ist. Für § 266a StGB gilt dies jedoch nicht und war damit für die Entscheidung des BGH nicht relevant.

Hingegen führt die nicht wirksame Beauftragung des Mitarbeiters aber auch nicht zu dessen Straffreiheit. Nach den allgemeinen Regeln der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme kommt hier vielmehr eine Strafbarkeit wegen Beihilfe in Betracht. Dies nahm der BGH im Hinblick auf die Angeklagte auch an.

III. Zusammenfassung/Fazit

Der restriktiven Anwendung des § 14 Abs. 2 StGB durch den BGH ist zuzustimmen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der gravierenden Folgen, die eine wirksame Beauftragung nach sich zieht. Auch wenn es sich bei den im Rahmen der Entscheidung aufgestellten Kriterien vor allem um solche mit lediglich indizieller Wirkung handelt, so hat der BGH den-

*Keine Straffreiheit des
Delegierenden auch bei
wirksamer Beauftragung*

⁷ Strenger und damit für eine regelmäßige Bejahung strafrechtlicher Verantwortung wohl *Marxen/Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 14, Rn. 56; *Radtke* in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, § 14, Rn. 97.

⁸ OLG Hamm MDR 1974, 425 (zum OWiG).

⁹ *Marxen/Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 14, Rn. 15 ff.

¹⁰ *Fischer*, StGB, § 14, Rn. 16; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 14, Rn. 7; *Radtke* in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, § 14, Rn. 127.

Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 14, Rn. 4; vgl. auch BGH SSStR 863/12, Rn. 15 (git. n. juris) der von einer „partiellen Verlagerung“ spricht.

¹² *Marxen/Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 14, Rn. 67.

noch deutliche Anhaltspunkte für die Auslegung der Vorschrift aufgezeigt. Diese werden im Übrigen auch bei der Organisation von arbeitsteiligen Betriebsabläufen Berücksichtigung finden müssen.

Maßstab für die Beantwortung der Frage nach einer wirksamen Beauftragung muss stets die Überlegung sein, ob die Befugnisse und Entscheidungskompetenzen des Beauftragten in dessen jeweiligem Teilbereich mit denen eines Organs oder Betriebsleiters derart vergleichbar sind, dass sich hieraus eine eigene Normadressatenstellung des Beauftragten ergeben muss. Zusätzlich wird man die Struktur des Unternehmens beleuchten müssen, um das durch den BGH aufgestellte Kriterium der sachlichen Notwendigkeit einer Aufgabenverteilung bewerten zu können. Zu beachten ist, dass die durch den Senat angeführten Einzelkriterien lediglich indizielle Wirkung haben. Die Feststellung einer wirksamen Beauftragung ist daher stets das Ergebnis einer fundierten Abwägung der tatsächlichen Gegebenheiten, die ihrerseits umfangreiche Feststellungen des Gerichts voraussetzt.

Oberstaatsanwältin Renate Wimmer, München

„Gesetzliche Privilegierung“ von internal investigations durch externe Kanzleien?

Anm. zu LG Mannheim vom 03.07.2012 - 24 Qs 1/12 / 24 Qs 2/12 und zu v. Saucken, WiJ 2013, 30 ff.¹

Spätestens seit dem Korruptionsfall „Siemens“ und der strafrechtlichen Aufarbeitung desselben haben unternehmensinterne Untersuchungen (internal investigations)² auch für deutsche Unternehmen eine wachsende Bedeutung. Einhergehend damit ist ein zunehmender Bedarf an privaten Untersuchungsführern. „Das Rennen um die Mandate ist eröffnet“ – schreibt JUVE in 4/2011. Ob nun unternehmensinterne Kräfte oder externe Kanzleien zur Aufklärung herangezogen werden, mag von vielen Aspekten abhängen.³ Eine entscheidende Rolle könnte hierbei aber der Beschluss des LG Mannheim vom 03.07.2012⁴ spielen, in dem grundsätzlich von der Beschlagnahmefreiheit von internen Untersuchungsergebnissen im Gewahrsam von extern durch die Unternehmen mandatierten Rechtsanwälten ausgegangen wird. Ob dieser gerichtlichen Entscheidung ohne weiteres gefolgt werden kann, soll im folgenden Beitrag näher erörtert werden.

Bereits im Jahr 2010 hatte sich das LG Hamburg⁵ mit der Beschlagnahmefähigkeit von internen Untersuchungsergebnissen befasst. In ihrem Beschluss hatte die Kammer knapp zusammengefasst darüber zu befinden, ob Interviewprotokolle aus durch den Aufsichtsrat einer Bank beauftragten internal investigations in einem späteren Ermittlungsverfahren gegen ehemalige Vorstandsmitglieder wegen Untreue u.a. in der externen, untersuchungsführenden Kanzlei beschlagnahmt werden können. Das LG hatte dies unter Verweis darauf, dass § 97 StPO, der vorrangig gegenüber § 160a StPO sei, nur das Verhältnis Beschuldigter – Berufsgeheimnisträger schütze, klar verneint. Ein mandatsähnliches oder gar Mandatsverhältnis zum Organ oder Mitarbeiter bestehe nicht, weshalb für ein Beschlagnahmeverbot kein Raum sei. Diese Entscheidung, die noch zur Rechtslage vor der gesetzlichen Neuregelung zu § 160a StPO ergangen war, löste – erwartungsgemäß – gerade unter den Individualverteidigern einen Sturm des Widerspruches aus.⁶ Eine nähere Darstellung des Streitstandes würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen.⁷ Einigkeit bestand jedenfalls weitgehend

¹ Der folgende Text spiegelt die Privatmeinung der Verfasserin wieder und ist nicht als Stellungnahme der Staatsanwaltschaft München I zu verstehen.

² Die Verfasserin verwendet bewusst den Begriff „Untersuchungen“, nicht „Ermittlungen“, da letztere hoheitliches Handeln darstellen und ausschließlich staatlichen Organen vorbehalten sind.

³ Vgl. dazu: Görling, Compliance 2010, Kap 6 Rn. 11ff., S. 451 ff.

⁴ LG Mannheim vom 03.07.2012, BeckRS 2012, 15309.

⁵ LG Hamburg vom 15.10.2010, BeckRS 2011, 01653.

⁶ Vgl. dazu exemplarisch: Jahn, Kirsch, StV 2011, 151 ff.; Anm. Knierim, FD-StrafR 2011, 314177 ff.; Anm. v. Galen, NJW 2011, 942 ff.

⁷ Vgl. dazu näher: Wimmer in FS für Imme Roxin, 2012, S. 537ff.

darin, dass die gerichtliche Argumentation für die Rechtslage nach dem 01.02.2011 nicht aufrecht zu erhalten sei.⁸

Dieser Meinung scheint sich das LG Mannheim in seinem Beschluss vom 03.07.2012⁹ angeschlossen zu haben, wobei trotz der wortreichen Begründung letztlich offen bleibt, ob sich die Kammer generell oder nur im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung von der rechtlichen Bewertung des LG Hamburg distanziert.

Auf eine nähere Darstellung der Entscheidungsgründe darf an dieser Stelle verzichtet werden, da dies bereits Gegenstand des Beitrages von v. Saucken¹⁰ war.

Im Einzelnen:

Beizupflichten ist v. Saucken darin, dass das Ergebnis des LG Mannheim, die identischen Unterlagen betreffend die durchgeführte interne Aufklärung unterlägen zwar beim Auftraggeber, nicht aber, wenn sie sich (zufällig oder bewusst) im Gewahrsam der ausführenden Rechtsanwaltskanzlei befinden, der Beschlagnahme, Befremden auslöst. Dieses Spannungsverhältnis ist jedoch auch nach geltender Rechtslage entgegen v. Saucken dahingehend aufzulösen, dass von einer Beschlagnahmefähigkeit grundsätzlich auch in der beauftragten Kanzlei ausgegangen werden muss.

Die Beurteilung der Beschlagnahmefähigkeit auch in der Rechtsanwaltskanzlei steht und fällt mit der vom LG Hamburg¹¹ zu Recht angenommenen Vorrangigkeit von § 97 StPO gegenüber § 160a StPO¹² und der Annahme, dass § 97 StPO mit der herrschenden Meinung¹³ nur auf das Verhältnis Beschuldiger – Mandatsträger Anwendung findet. Nachvollziehbar führt das LG Mannheim hierzu aus, dass an der Vorrangigkeit des § 97 StPO die Aufnahme von Rechtsanwälten in den absoluten Schutzbereich des § 160a StPO nichts geändert hat. Jedoch verfolgt das LG Mannheim in seinem Beschluss diese Prämisse nicht stringent und kommt bezüglich der Beschlagnahmefähigkeit bei unternehmensexternen Rechtsanwälten daher zu einem unzutreffenden Ergebnis.

Im Ergebnis beizupflichten ist dem LG Mannheim, dass die internen Untersuchungsergebnisse im Unternehmen selbst der Beschlagnahme unterliegen. Jedoch vermag die Begründung der Kammer hier nicht zu überzeugen. Die Kammer stützt sich in den Beschlussgründen auf § 97 Abs. 2 S. 2 StPO, wonach die Beschlagnahmebeschränkungen dem Gesetzeswortlaut zufolge nur gelten, „wenn die Gegenstände im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten sind“ mit Ausnahme der durch die Rechtsprechung¹⁴ entwickelten Grundsätze zu den Verteidigungsunterlagen im Gewahrsam des Beschuldigten. Sie verweist im Anschluss darauf, dass Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen oder drittbeteiligten Betroffenen erst recht nicht der Beschlagnahme unterliegen. Das LG Mannheim scheint damit grundsätzlich § 97 StPO in einem Ermittlungsverfahren gegen ein Organ oder Mitarbeiter des beauftragenden Unternehmens für anwendbar zu erachten und die Beschlagnahmefähigkeit im Unternehmen nur deshalb zu verneinen, weil sich die Unterlagen nicht im Gewahrsam des Berufsgeheimnisträgers befinden. Ob sich die Kammer von der herrschenden Meinung, wonach § 97 StPO richtigerweise nur auf das Verhältnis Beschuldiger – Mandatsträger anwendbar ist, distanziert oder aber hier ein Mandatsverhältnis zum beschuldigten Mitarbeiter oder Organ annimmt, wird nicht näher erörtert und bleibt letztlich offen.

Unter stringenter Anwendung der eingangs aufgezeigten Prämissen unterliegen die Untersuchungsergebnisse sowohl im Unternehmen als auch in der beauftragten externen Kanzlei der Beschlagnahme. § 97 StPO ist vorrangig gegenüber § 160a StPO (§ 160a Abs. 5 StPO) und findet nur dann Anwendung, wenn zu dem Beschuldigten des jeweiligen Ermittlungsverfahrens ein Mandatsverhältnis oder mandatsähnliches Verhältnis besteht. Dass letzteres in Fallkonstellationen der vorliegenden Art regelmäßig nicht der Fall ist, hat das LG Hamburg in seinem Beschluss vom 15.10.2010¹⁵ in nachvollziehbarer Weise ausgeführt. Die Beauftragung der externen Untersuchungsführer erfolgt regelmäßig durch das Unternehmen

⁸ Z.B. Anm v. Galen, NJW 2011, 942ff.; Schuster, NZWiSt 2012, 424 ff.; anders: Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 97 Rn. 10; Wimmer in FS für Imme Roxin, 2012, S. 537 ff.

⁹ LG Mannheim vom 03.07.2012, BeckRS 2012, 15309.

¹⁰ WiJ 2013, 30 ff.

¹¹ LG Hamburg vom 15.10.2010, BeckRS 2011, 01653.

¹² Vgl. dazu auch Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 160a, Rn. 17.

¹³ Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 97 Rn. 10; BVerfG NSTZ-RR 2004, 83ff. zur Beauftragung des Berufsgeheimnisträgers durch eine juristische Person und den Umfang des damit verbundenen Schutzbereiches.

¹⁴ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 97 Rn. 37.

¹⁵ LG Hamburg vom 15.10.2010, BeckRS 2011, 01653.

selbst im Interesse desselben. Für eine Mandats- oder mandatsähnliche Beziehung zum Mitarbeiter oder Organ ist hier schon wegen einer drohenden Interessenkollision kein Raum. So erlaubt z.B. die Suche nach belastendem Material zur Vorbereitung von Schadenersatzansprüchen, basierend auf strafrechtlich relevantem Fehlverhalten des Mitarbeiters oder Organs, keine zeitgleiche „Verteidigung“ desselben gegen den staatlichen Strafanspruch. Die Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen. Ihre Stütze findet diese Meinung im Übrigen auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁶

Unter Anwendung dieser Grundsätze stellt sich die durch das LG Mannheim ausführlich erörterte Frage, welche Unterlagen in der externen Kanzlei der Beschlagnahme unterliegen, nicht. *V. Saucken* ist in diesem Zusammenhang zuzustimmen, dass die landgerichtliche Begründung bzw. Differenzierung insoweit nicht zu überzeugen vermag und vor allem in der Praxis im Hinblick auf wohl kaum entscheidbare Abgrenzungsstreitigkeiten nicht umsetzbar sein dürfte. Dogmatisch darf dabei v.a. keine Rolle spielen, ob der Rechtsanwender die gesetzliche Neuregelung des § 160a StPO für zu weitgehend erachtet.¹⁷

Erörterungswürdig ist allerdings der von *v. Saucken* und auch schon von *Schuster*¹⁸ ins Feld geführte Aspekt, dass das Unternehmen Betroffener im Rahmen eines § 30 OWiG-Verfahren oder eines Verfallsverfahrens sein könnte und diesem damit de facto Beschuldigtenrechte zukommen müssen. Dieser Einwand ist aus dogmatischer Sicht im Hinblick auf §§ 444, 432 Abs. 2 StPO richtig.¹⁹ Greifen kann er jedoch erst dann, wenn ein Ordnungswidrigkeitenverfahren oder die Nebenbeteiligung der Firma als Verfallsbeteiligte durch die Strafverfolgungsbehörden betrieben wird. Die bloße Möglichkeit der Einleitung eines solchen Verfahrens ist nicht ausreichend. Letztlich müssen hier die gleichen Grundsätze wie für den Beschuldigten gelten, bei dem alleine der Willensakt der Strafverfolgungsbehörde die Beschuldigteneigenschaft begründen kann.²⁰

Festzuhalten bleibt damit, dass im Hinblick auf die Vorrangigkeit von § 97 StPO gegenüber § 160a StPO und den Umstand, dass § 97 StPO nur im Verhältnis Mandatsträger – Beschuldigter Anwendung findet, Unterlagen aus internal investigations sowohl im Unternehmen selbst als auch in der beauftragten externen Anwaltskanzlei der Beschlagnahme unterliegen. Eine „gesetzliche Privilegierung“ gegenüber internen Untersuchungen, die durch unternehmenseigenen Kräfte durchgeführt und von daher ohne jeden Zweifel²¹ der Beschlagnahme unterliegen, besteht von daher nicht. Eine differenzierte Betrachtung ist sicherlich dann anzustellen, wenn bereits ein Ordnungswidrigkeiten- bzw. Verfallsverfahren gegen die Firma eingeleitet ist.

¹⁶ BVerfG NStZ-RR 2004, S. 83 ff.

¹⁷ Dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 160a StPO über die Vorgaben des BVerfG hinaus ging und damit die Strafverfolgung nicht unerheblich erschwert hat, ist allerdings richtig und wird von *Siegrist* (wistra 2010, 427 ff.) zutreffend dargestellt.

¹⁸ *Schuster*, NZWiSt 2012, 424ff.

¹⁹ Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 444 Rd. 3.

²⁰ Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 97 Rd. 10, Einl. Rn. 76.

²¹ Vgl. die sog. Akzo-Nobel-Entscheidung des EuGH, Urteil vom 14.09.2010, C-550/07, Celex-Nr. 62007CJ0550; kritisch dazu: *Moosmayer*, NJW 2010, 3548 f.

Rechtsanwalt Reinhart Michalke, München

Verteidigungsunterlagen sind auch vor Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens geschützt¹

Anm. zu LG Gießen, Beschl. v. 25.06.2012 – 7 Qs 100/12

1. Aus dem aus Art. 6 Abs. 3 MRK, Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitenden rechtsstaatlichen Gebot, dem Beschuldigten die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu geben, folgt, dass Unterlagen, die sich im Gewahrsam des Beschuldigten befinden,

¹ Der Autor ist Partner bei LEITNER & PARTNER Rechtsanwälte Wirtschaftsstrafrecht, München.

den und die sich ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren angefertigt hat, über den Wortlaut von § 97 Abs. 2 S. 1 StPO hinaus weder beschlagnahmt noch gegen seinen Widerspruch verwertet werden dürfen. (Ls. d. Red.)

2. Aus dem in § 148 Abs. 1 StPO garantierten ungehinderten Verkehr des Beschuldigten mit seinem Verteidiger wird allgemein gefolgert, dass Verteidigungsunterlagen von der Beschlagnahme auch sonst ausgenommen sind, ohne Rücksicht darauf, wo sie sich befinden. (Ls. d. Red.)

3. Voraussetzung für die Beschlagnahmefreiheit von Mitteilungen aus §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO ist das Bestehen des Verteidigungsverhältnisses. (Ls. d. Red.)

4. Das aus §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO folgende Beschlagnahmeverbot gilt auch für Verteidigungsunterlagen, die vor förmlicher Einleitung des Ermittlungsverfahrens gefertigt wurden. (amtlicher Leitsatz)

LG Gießen, Beschl. v. 25.06.2012 – 7 Qs 100/12

Anmerkung:

Die 7. Große Strafkammer des LG Gießen hat eine Entscheidung getroffen, die in ihrer Tragweite für strafrechtlich beratende Rechtsanwälte und Inhouse-Juristen kaum überschätzt werden kann. Sie stellt in begrüßenswerter Deutlichkeit klar, dass es für die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen nicht darauf ankommt, ob zu dem Zeitpunkt, zu dem die Unterlagen gefertigt wurden, bereits offiziell gegen den Mandanten ermittelt wurde.

Die Entscheidung:

In dem der Entscheidung zugrundeliegendem Fall erteilte der spätere Beschuldigte mit Vollmachtsurkunde vom 1. Februar seinem Rechtsanwalt, einem Fachanwalt für Strafrecht, das Mandat. Dem Mandat lag der „Auftrag über die Beratung und Vertretung in der Angelegenheit ‚Verkauf von Grundstücken der ... in ...‘“ zugrunde. In diesem „Beratungs- und Vertretungsmandat in der Angelegenheit, Beratung und Rechtsgutachten zur strafrechtlichen Beurteilung sog. Rückvergütungsvereinbarungen“ schloss der Rechtsanwalt mit dem Mandanten eine auf den 21. Februar datierte Vergütungsvereinbarung.

Dem Beschluss ist weiter zu entnehmen, dass der Mandant einen Leitz-Ordner Unterlagen angelegt hatte, der erkennbar, also für einen Außenstehenden nachvollziehbar, zum Zwecke seiner Verteidigung angefertigt wurde. Der Inhalt des Ordners legt auch für einen Außenstehenden nahe, dass die Unterlagen zur Vorbereitung einer Verteidigung konzipiert waren. Sie enthalten etwa Darstellungen des Sachverhalts und Überlegungen zu den in Betracht kommenden Strafvorschriften. Ferner war dazu in dem Ordner ein Gutachten enthalten, das vom 28. Februar datierte.

Dem Beschluss zufolge wurden am 29. März des gleichen Jahres die Räume des Mandanten durchsucht und unter anderem der Ordner mit den Verteidigungsunterlagen bei dem dann Beschuldigten sichergestellt.

Mit Beschluss vom 27. April hat das Amtsgericht die Beschlagnahme des sichergestellten und im Beschluss näher aufgeführten Leitz-Ordners angeordnet, da der Beschuldigte der Beihilfe zur Untreue und der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr verdächtig sei.

Mit seiner Beschwerde machte der Betroffene insbesondere geltend, dass die Unterlagen als Verteidigungsunterlagen einem Beschlagnahmeverbot unterlägen. Das LG Gießen hob auf die Beschwerde die Beschlagnahme der als Verteidigungsunterlagen eingestuften Schriftstücke in dem Leitz-Ordner auf.

Das Gericht begründet seine Entscheidung damit, dass die Unterlagen einem aus §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO folgenden Beschlagnahmeverbot unterliegen. Sie werden von § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfasst, auch wenn sie sich nicht im Gewahrsam des zeugnisverweigerungsberechtigten Rechtsanwalts befanden. Das aus § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO resultierende Beschlagnahmeverbot erstreckt sich nach § 97 Abs. 2 S. 1 StPO unmittelbar zwar nur auf Gegenstände, die sich im Gewahrsam der zeugnisverweigerungsberechtigten Person befinden. Aus dem aus Art. 6 Abs. 3 MRK, Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitenden rechtsstaatlichen Gebot, dem Beschuldigten die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu geben, folgt jedoch, dass Unterlagen, die sich im

Gewahrsam des Beschuldigten befinden und die sich ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren angefertigt hat, über den Wortlaut von § 97 Abs. 2 S. 1 StPO hinaus weder beschlagnahmt noch gegen seinen Widerspruch verwertet werden dürfen. Zudem wird aus dem in § 148 Abs. 1 StPO garantierten ungehinderten Verkehr des Beschuldigten mit seinem Verteidiger allgemein gefolgert, dass Verteidigungsunterlagen von der Beschlagnahme auch sonst ausgenommen sind, ohne Rücksicht darauf, wo sie sich befinden. Voraussetzung für die Beschlagnahmefreiheit von Mitteilungen aus §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO ist allerdings das Bestehen des Verteidigungsverhältnisses.

Dem LG Gießen zufolge kommt es gerade nicht darauf an, ob zu dem Zeitpunkt, zu dem die Unterlagen und Aufzeichnungen gefertigt wurden, bereits ein Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten eingeleitet war, d.h. ob er seitens der Staatsanwaltschaft als Beschuldigter geführt wurde. Verteidigung kann auch schon stattfinden, wenn gegen den Betroffenen noch nicht förmlich ermittelt wird, wenn nur der Rechtsanwalt aus gutem Grund seine Tätigkeit materiell als Verteidigung ansehen darf. Wendet sich jemand an einen Rechtsanwalt, um sich in einer strafrechtlichen Angelegenheit beraten und vertreten zu lassen, die ihn als möglicher Täter oder Teilnehmer betrifft, bevor ein Ermittlungsverfahren förmlich gegen ihn eingeleitet wurde, ist der schriftliche und mündliche Verkehr zwischen Rechtsanwalt und Betroffenen in gleichem Maße schützenswert, als wenn bereits ein Ermittlungsverfahren gegen ihn geführt wird. § 148 StPO ist Ausdruck einer Rechtsgarantie, die der Gewährleistung einer wirksamen Strafverteidigung dient, indem sie die Vertrauensbeziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nach außen hin abschirmt und gegen Eingriffe schützt. Eine solche schützenswerte Vertrauensbeziehung zu dem beauftragten Rechtsanwalt besteht auch dann, wenn der Betroffene lediglich befürchtet, es werde zukünftig ein Strafverfahren gegen ihn geführt werden, und sich insoweit strafrechtlich beraten lässt. Zudem hängt es bisweilen von Zufälligkeiten (z.B. Zeitablauf bis zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft von gewonnenen Erkenntnissen) ab, wann förmlich die Beschuldigteneigenschaft festgestellt wird.

Durch dieses Ergebnis wird dem LG Gießen zufolge auch der Schutz des Geheimhaltungsinteresses nicht über Gebühr ausgedehnt. Denn geschützt wird durch das Beschlagnahmeverbot nicht jeder Kontakt mit einem Rechtsanwalt, sondern lediglich die konkrete Beziehung zu ihm als zeugnisverweigerungsberechtigtem Verteidiger in einer bestimmten strafrechtlichen Angelegenheit. Denn § 148 StPO findet keine Anwendung, wenn sich Beschuldigter und Verteidiger aus einem anderen Anlass in Verbindung setzen. Außerdem ist es einem Beschuldigten verwehrt, die Beschlagnahme von Unterlagen und Aufzeichnungen schon dadurch zu verhindern, dass er diese einfach als Verteidigungsunterlagen bezeichnet oder mit solchen Unterlagen vermischt.

Würdigung:

Die Entscheidung des LG Gießen ist vorbehaltlos zu begrüßen. Sie bildet das erforderliche Gegengewicht zu den Beschlüssen, die zuletzt etwa vom LG Hamburg,² LG Bonn³ und vom LG Mannheim⁴ ergangen sind. Man konnte sich nach diesen Entscheidungen des Eindrucks nicht ganz erwehren, dass aktuell am Beschlagnahmeprivileg für Mandats- und Verteidigungsunterlagen gerüttelt werden sollte. Die Schwerpunkte der Entscheidungen mögen anders gelagert gewesen sein. Sie betrafen anwaltliche Berichte, die im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen erstellt wurden. Im Kern ging es jedoch wiederholt um die Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen, die von Rechtsanwälten im Kontext von Ermittlungen wegen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten angefertigt wurden. Im Ergebnis wurde ein Beschlagnahmeprivileg jeweils abgelehnt. Zum Teil wurde angeführt, dass keine Veranlassung bestünde, einem lediglich potenziell Beschuldigten, der in dem Verfahren bislang nur als Zeuge in Betracht kam, den Schutz eines Beschlagnahmeprivilegs zuzubilligen. An anderer Stelle hieß es, dass die Rechtsanwälte ja nicht durch die von der Beschlagnahme Betroffenen, sondern durch deren Konzernmutter mandatiert worden wären. So kamen die Gerichte allesamt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls eines nicht vorliegen würde: ein Verteidigungsverhältnis im Sinne von § 148 Abs. 1 StPO.

² LG Hamburg NJW 2011, 942 m. Anm. v. Galen; NZWiSt 2012, 26 m. Anm. Schuster; GWR 2011, 169 m. Anm. Szesny; wistra 2011, 192; StV 2011, 148.

³ LG Bonn, NJW-Spezial 2012, 602; NZWiSt 2013, 28 m. Anm. Jahn/Kirsch.

⁴ LG Mannheim, WiJ 2013, 30 m. Anm. v. Saucken; NJW-Spezial 2012, 504 m. Anm. Beukelmann; NSTz 2012, 718 m. Anm. Jahn/Kirsch.

Es ist das Verdienst des LG Gießen, dass es der Versuchung widerstand, sich in den Reigen der ausschließlich formalen Betrachtungen einzureihen. Es verweist zu Recht darauf, dass für die Frage der Beschlagnahmefreiheit das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant in *materieller* Hinsicht darauf zu untersuchen ist, ob ein besonders geschütztes Verteidigungsverhältnis vorliegt. Die Prämisse, dass Verteidigung auch dann schon stattfinden kann, wenn gegen den Betroffenen noch nicht förmlich ermittelt wird, wenn nur der Rechtsanwalt aus gutem Grund seine Tätigkeit materiell als Verteidigung ansehen darf, verdient volle Unterstützung.⁵ § 148 StPO ist Ausdruck einer Rechtsgarantie, die der Gewährleistung einer wirksamen Strafverteidigung dient, indem sie die Vertrauensbeziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nach außen hin abschirmt und gegen Eingriffe schützt.⁶ Eine solche schützenswerte Vertrauensbeziehung zu dem beauftragten Rechtsanwalt besteht auch dann, wenn der Betroffene lediglich befürchtet, es werde zukünftig ein Strafverfahren gegen ihn geführt werden, und sich insoweit strafrechtlich beraten lässt. Zudem hängt es bisweilen von Zufälligkeiten (z.B. Zeitablauf bis zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft von gewonnenen Erkenntnissen) ab, wann förmlich die Beschuldigteneigenschaft festgestellt wird. Ferner kann es nicht den Strafverfolgungsbehörden überlassen bleiben, durch Eintragen oder Nichteintragen des Betroffenen in ein Verfahrensregister zu steuern, ob ein Beschlagnahmeverbot besteht. Andernfalls könnten sich die Behörden den Zugriff auf solche Unterlagen, die der Sache nach als Verteidigungsunterlagen einzuordnen sind, allein dadurch bewahren, dass sie mit dem Eintragen des Verdächtigen als Beschuldigten bis nach der Beschlagnahme zuwarten.

Es kommt für die Frage, ob eine von § 148 Abs. 1 StPO geschützte Beziehung besteht, nach richtiger Ansicht nicht auf eine formale Beschuldigteneigenschaft des Mandanten, sondern auf ein *materielles Verteidigungsverhältnis* an. Wie auch schon bei der Phase der Mandatsanbahnung, bei der der Rechtssuchende zwar schon Beschuldigter, der Rechtsanwalt aber noch nicht bevollmächtigter Verteidiger ist,⁷ gilt der Schutz auch dann, wenn der Betroffene nur befürchten muss, es werde zukünftig ein Strafverfahren gegen ihn geführt werden, und sich insoweit strafrechtlich beraten lässt.

Zusammenfassung:

Das LG Gießen macht in dem Beschluss deutlich, dass es nicht darauf ankommt, ob zu dem Zeitpunkt, zu dem Verteidigungsunterlagen gefertigt wurden, bereits ein Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten eingeleitet war. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob der Sache nach eine anwaltliche Beratung zu möglichen strafrechtlichen Vorwürfen erfolgt. In diesem Fall ist der schriftliche und mündliche Verkehr zwischen Rechtsanwalt und Betroffenen in gleichem Maße schützenswert, als wenn bereits ein Ermittlungsverfahren geführt wird. Die Entscheidung verdient im Ergebnis und vor allem in ihrer Deutlichkeit volle Zustimmung. Sie ist für die anwaltliche Arbeit von hoher praktischer Relevanz

Praxistipp:

Ein anwaltliches Beratungsmandat zu potenziell strafrechtlichen Fragestellungen oder zu solchen einer Ordnungswidrigkeit sollte laufend darauf überprüft werden, ob sich gegen den Mandanten der Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit richten kann. In diesem Fall kann das Mandat als Verteidigungsmandat gegen ein drohendes Bußgeld- oder Ermittlungsverfahren ausgestaltet und deutlich als solches bezeichnet werden. Dies dient dem Schutz vertraulicher Mandatsunterlagen als Verteidigungsunterlagen.

⁵ Vgl. auch: Löwe-Rosenberg/Schäfer, StPO, 25. Aufl., § 97 Rn. 83 unter Hinweis auf BGHSt 29, 99 (105).

⁶ BGHSt 33, 347 (349); vgl. zuletzt etwa: BVerfG NJW 2012, 2790 ff.

⁷ Löwe-Rosenberg/Schäfer, StPO, 25. Aufl., § 97 Rn. 83; a.A. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 148 Rn. 4.

Rechtsanwalt Sebastian Juli, Düsseldorf

Kein Verwertungsverbot für Videoaufnahmen im Arbeitsgerichtsprozess bei bloßer Rechtswidrigkeit

Anmerkung zu BAG, Urt. vom 21. Juni 2012 – 2 AZR 153/11

1. Entwendet eine Verkäuferin Zigarettenpackungen aus dem Warenbestand des Arbeitgebers, kann dies auch nach längerer Beschäftigungsdauer eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

2. Das aus einer verdeckten Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Arbeitsplätze gewonnene Beweismaterial unterliegt nicht allein deshalb einem prozessualen Beweisverwertungsverbot, weil es unter Verstoß gegen das Gebot in § 6b Abs. 2 BDSG gewonnen wurde, bei Videoaufzeichnung öffentlich zugänglicher Räume den Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen kenntlich zu machen.

(Leitsätze des Gerichts)

I. Einführung

Spannungsfeld Compliance/
Arbeitnehmerdatenschutz

In den letzten Jahren sind die Anforderungen an Unternehmen zur Verhinderung von Straftaten gestiegen. Mit detaillierten Compliance-Systemen versuchen Vorstände und Geschäftsführer diesen Anforderungen gerecht zu werden, nicht zuletzt auch zur Reduzierung des persönlichen Haftungsrisikos. Demgegenüber hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren den Arbeitnehmerdatenschutz weiter ausgeweitet. In dem hier besprochenen Urteil hat sich das BAG insbesondere mit der für interne Ermittlungen wichtigen Frage auseinander gesetzt, welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, damit durch Videoaufnahmen gewonnene Beweise im Rahmen eines Arbeitsgerichtsverfahrens verwertet werden dürfen.

II. Inhalt der Entscheidung

1. Sachverhalt

a) Kündigungsgrund

verdeckte Videoaufnahmen
von Zigarettendiebstahl

Die Parteien streiten vor dem BAG noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung. Die 1958 geborene Klägerin war bei dem beklagten Einzelhandelsunternehmen und deren Rechtsvorgängerin seit September 1990 als Verkäuferin in Teilzeit beschäftigt. In der Zeit vom 1. bis zum 22. September 2008 hat die Arbeitgeberin mit Zustimmung des bei ihr gebildeten Betriebsrats Videokameras in den Verkaufsräumen der Filiale installiert, in der die Klägerin beschäftigt war. Im Beisein eines Betriebsratsmitglieds wertete die Arbeitgeberin das Filmmaterial am 12. Januar 2009 aus und hielt der Klägerin anschließend vor, dass die Klägerin heimlich Zigaretten geklaut habe. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. Januar 2009 nach Anhörung des Betriebsrats und mit dessen Zustimmung außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächst zulässigen Termin.

b) Vortrag der Klägerin

Die Klägerin hat den Diebstahl der Zigaretten bestritten. Sie habe lediglich die Zigarettenregale ein- und ausgeräumt und gegebenenfalls die Zigaretten geordnet. Ferner habe die Beklagte den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört, da sie dem Betriebsrat nicht das komplette Videoband vorgespielt habe, sondern lediglich einen Zusammenschnitt. Schließlich habe die Beklagte mit der heimlichen Videoaufnahme gegen das Recht der Klägerin auf informationelle Selbstbestimmung verstoßen, woraus ein Beweisverwertungsverbot folge.

c) Anlass für die verdeckte Videoüberwachung

Die Beklagte hat im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens vorgetragen, dass hohe Inventurverluste in der Filiale der Klägerin Anlass für die verdeckte Videoüberwachung gewesen seien. Es habe der Verdacht bestanden, dass diese Inventurdifferenzen aufgrund von Mitarbeiterdiebstählen entstanden seien.

d) Entscheidung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die außerordentliche fristlose Kündigung insbesondere wegen der langen Betriebszugehörigkeit der Klägerin für unverhältnismäßig gehalten. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung habe jedoch das Arbeitsverhältnis wirksam mit Wirkung zum 31. Juli 2009 beendet. Gegen diese Entscheidung wehrte sich die Klägerin mit ihrer Revision.

2. Urteil des BAG

Das BAG hat die Rechtsauffassung des LAG bestätigt.

a) Kein Verstoß gegen § 102 BetrVG

*Ordnungsgemäße Anhörung
des Betriebsrates*

Die Kündigung sei nicht gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte habe den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört. Nach ständiger Rechtsprechung müsse sie dem Betriebsrat die aus ihrer Sicht tragenden Umstände unterbreiten.¹ Der Beklagten lag lediglich ein von dem Überwachungsunternehmen zusammengestelltes Video vor, das Grundlage für den Kündigungsentschluss war. Diese Videoauswertung habe sie dem Betriebsrat zugänglich gemacht und damit den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört.

b) Vorliegen eines ordentlichen Kündigungsgrundes

*Wichtiger Grund iSd § 626
Abs. 1 BGB*

Die ordentliche Kündigung sei auch auf Grundlage des vom LAG festgestellten Sachverhaltes nicht zu beanstanden. Der Arbeitnehmer verletze in schwerwiegender Weise seine schuldrechtlichen Pflichten zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB und missbrauche das in ihn gesetzte Vertrauen, wenn er bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit eine unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtete rechtswidrige und vorsätzliche – ggf. strafbare – Handlung begehe. Auch bei Sachen von nur geringem Wert könne ein solches Verhalten einen wichtigen Grund iSd § 626 Abs. 1 BGB darstellen, und zwar auch dann, wenn die rechtswidrige Handlung zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu keinem Schaden geführt habe. Die Klägerin habe nach den Feststellungen des LAG am 6. und am 17. Dezember 2008 jeweils zumindest eine Zigarettensackung aus dem Warenbestand ihrer Arbeitgeberin entwendet. Damit habe sie wiederholt vorsätzlich gegen ihre arbeitsvertragliche Pflicht verstoßen, keine gegen das Vermögen ihrer Arbeitgeberin gerichteten rechtswidrigen Handlungen zu begehen. Die Klägerin habe das in sie gesetzte Vertrauen als Verkäuferin und stellvertretende Filialeiterin heimlich und vorsätzlich zu einer Schädigung des Vermögens ihrer Arbeitgeberin missbraucht. Auch mit Blick auf die lange Betriebszugehörigkeit von 18 Jahren und den geringen Wert der entwendeten Gegenstände sei eine Wiederherstellung des Vertrauens nicht zu erwarten gewesen. Für den Grad des Verschuldens und die Möglichkeit der Wiederherstellung des Vertrauens sei objektiv zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen, dass es sich bei der Pflichtverletzung um ein Verhalten handelt, das insgesamt auf Heimlichkeit angelegt ist.

c) Prüfung eines Beweisverwertungsverbotes

Problematischer hingegen war die Frage, ob die Videoaufzeichnungen einem Beweisverwertungsverbot unterlegen haben.

aa) Beweiswert des Zusammenschnitts

Zunächst bestätigt das BAG die Rechtsauffassung des LAG, der Beweiswert der Videoaufnahmen sei nicht dadurch gemindert, dass es sich bei den in Augenschein genommenen Videoaufnahmen nicht um ungeschnittene Originalaufnahmen gehandelt habe, sondern um Ausschnitte aus dem Gesamtmaterial. Das LAG habe rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Möglichkeit zur Manipulation wegen der im Bild mitlaufenden Zeit- und Datumsangabe ausgeschlossen sei.

¹ BAG, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10.

Grundrechtsabwägung

bb) Mögliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Das BAG konnte jedoch aufgrund der Feststellungen des LAG nicht abschließend entscheiden, ob die durch die Videoaufnahme gewonnenen Beweise wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht hätten verwertet werden dürfen. Aus diesem Grund hat das BAG das Urteil des LAG aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das LAG zurückverwiesen.

Das LAG habe zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmerin vereinbar sei. Dabei sei das Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege mit dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts als Ausfluss aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuwägen. Dem Interesse an einer Verwertung komme nur dann höheres Gewicht zu, „wenn weitere über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzukommen, die ergeben, dass das Verwertungsinteresse trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung überwiegt“. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel zu sichern, reiche nicht aus. Diese weiteren Aspekte müssten gerade eine bestimmte Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als schutzbedürftig qualifizieren. Nach einer Güterabwägung sei die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitnehmers bestehe, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft seien, die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzige Mittel darstelle und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig sei. Der Verdacht müsse in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen. Er dürfe sich nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden. Er müsse sich jedoch nicht notwendig nur gegen einen einzelnen bestimmten Arbeitnehmer richten. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigten müssten weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft worden sein.

Das LAG müsse nun feststellen, ob ein hinreichend konkreter Verdacht für eine strafbare Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten der Arbeitnehmerin bestanden habe. Zudem habe es nicht festgestellt, welche Inventurdifferenzen tatsächlich vorgelegen haben. Ferner habe es nicht festgestellt, welche Tatsachen den Verdacht von Mitarbeiterdiebstählen gerechtfertigt hätten und welcher zumindest eingrenzbarer Mitarbeiterkreis von diesem Verdacht betroffen gewesen sei. Schließlich lasse sich nicht beurteilen, ob weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung in Betracht gekommen wären. Die Zustimmung des Betriebsrates zur Durchführung der Überwachungsmaßnahme könne die Feststellung der den Eingriff rechtfertigenden Tatsachen nicht ersetzen.

cc) Kein Verstoß gegen § 6b BDSG

Ein Beweisverwertungsverbot folge nicht aus einem Verstoß gegen § 6b BDSG. Nach § 6b BDSG ist Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Zudem sind nach § 6b Abs. 2 BDSG der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen kenntlich zu machen. Problematisch ist nach dem BAG bereits, ob es sich im hier vorliegenden Fall um öffentlich zugängliche Räume handelt, da die streitgegenständlichen Aufzeichnungen nach Geschäftsschluss aufgenommen worden seien. Dies könne jedoch dahin stehen. Der in der Rechtsprechung² vertretenen Rechtsauffassung, nach der eine verdeckte Videoaufzeichnung in öffentlich zugänglichen Räumen ausnahmslos unzulässig sei, folgt das BAG nicht. Falls die verdeckte Videoaufzeichnung das einzige Mittel zur Überführung von Arbeitnehmern sei, die der Begehung von Straftaten verdächtig sind, könne vielmehr eine heimliche Videoaufzeichnung auch in öffentlich zugänglichen Räumen zulässig sein. Das Kennzeichnungsgebot sei weder nach § 6b Abs. 1 BDSG noch nach § 6b Abs. 3 BDSG als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verarbeitung oder Nutzung von nach § 6b Abs. 1 BDSG erhobenen Daten aufgeführt. Auch aus der Gesetzesbegründung ergebe sich nicht, dass es Voraussetzung für eine materiellrechtliche Zulässigkeit der Maßnahme wäre. Ein absolutes Verbot verdeckter Videoüberwachungen im öffentlich zugänglichen Raum wäre nicht mit den in Art. 12 Abs. 1, Art.

*Kein absolutes Verbot
verdeckter Videoaufzeichnungen
im öffentlichen Raum*

² ArbG Frankfurt, Urt. V. 25.01.2006 – 7 Ca 3342/05.

14 Abs. 1 GG geschützten Integritätsinteressen des Arbeitgebers zu vereinbaren. Bestehe gegen einen Arbeitnehmer der konkrete Verdacht auf die Begehung von Straftaten oder anderer schwerwiegender Pflichtverletzungen, könne eine verdeckte Videoaufzeichnung im öffentlichen Raum nach einer Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig sein.

dd) Keine Prüfung einer Verletzung des § 32 BDSG

Ob ein Beweisverwertungsverbot aus einer Verletzung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG folgt, musste das BAG nicht entscheiden. Die streitgegenständlichen Videoaufzeichnungen stammten aus dem Jahr 2008, während § 32 BDSG erst mit Wirkung zum 1. September 2009 in Kraft getreten ist.

III. Rechtliche Bewertung der Entscheidung

1. Voraussetzungen zur Beweisverwertung des BAG

Voraussetzungen für Beweisverwertung verdeckter Videoaufzeichnungen

Mit der hier besprochenen Entscheidung bestätigt das BAG seine bisherige Rechtsprechung zu verdeckten Videoaufzeichnungen.³ Es macht die Zulässigkeit einer verdeckten Videoaufzeichnung wegen der betroffenen Grundrechte des Arbeitnehmers von folgenden Kriterien abhängig:

- Es muss der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Pflichtverletzung bestehen,
- der Arbeitgeber muss sämtliche weniger einschneidende Mittel ausgeschöpft haben, die verdeckte Videoüberwachung muss also „ultima-ratio“ zur Aufklärung des Verdachts sein,
- die verdeckte Videoüberwachung darf unter Berücksichtigung der konkreten Gesamtumstände nicht unverhältnismäßig sein und
- der von der Videoüberwachung betroffene Kreis der Tatverdächtigen ist tatsächengestützt einzuschränken.

Das BAG bestätigt damit auch seine ständige Rechtsprechung, nach der ein Beweismittel nicht verwertet werden darf, wenn es aufgrund einer Grundrechtsverletzung rechtswidrig erlangt worden ist.⁴

2. Kein Beweisverwertungsverbot bei bloßer Rechtswidrigkeit

Kein Vewertungsverbot bei bloßer Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung

Die bloße Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung führt hingegen nicht zwangsläufig zu einem Beweisverwertungsverbot. So kann der Arbeitgeber ein entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates erlangte verdeckte Videoaufzeichnung jedenfalls dann vor Gericht verwerten, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zugestimmt hat.⁵ Eine solche Zustimmung ersetzt jedoch nicht die für die Beweisverwertung erforderliche Grundrechtsabwägung.⁶ Die oben aufgeführten Voraussetzungen müssen in jedem Fall vorliegen, damit die verdeckte Videoaufzeichnung vor Gericht als Beweismittel verwendet werden kann.

3. Kein Verstoß gegen § 6b BDSG

Ferner bestätigt das BAG die Rechtsauffassung diverser Instanzgerichte⁷, dass eine verdeckte Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen nicht in jedem Fall untersagt ist. Auch hier hat eine Grundrechtsabwägung stattzufinden. § 6b BDSG sei entsprechend verfassungskonform auszulegen.

³ BAG, Urt. v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02.

⁴ BAG, Urt. v. 23.04.2009 – 6 AZR 189/08.

⁵ BAG, Urt. v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02.

⁶ BAG, Urt. v. 21.06.2012 – 2 AZR 153/11.

⁷ LAG Hamm, Urt. v. 15.07.2011 – 10 Sa 1781/10; LAG Köln, Urt. v. 18.11.2010 – 6 Sa 817/10; ArbG Frankfurt, Urt. v. 25.01.2006 – 7 Ca 3342/05.

4. Kein Verstoß gegen § 32 BDSG

Das BAG musste sich nicht mit einem Verstoß gegen den 2009 in Kraft getretenen § 32 BDSG befassen, da die streitgegenständlichen Videoaufzeichnungen aus dem Jahr 2008 stammen. Bei Vorliegen der (engen) Voraussetzungen des BAG dürften die Voraussetzungen des § 32 BDSG aber ebenfalls vorliegen, da sich die Voraussetzungen des BAG mit denen des § 32 BDSG in etwa decken. Danach dürfen personenbezogene Daten „eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind“. Problematisch könnte also allenfalls eine verdeckte Videoaufzeichnung wegen einer schweren, aber nicht strafbaren Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis sein.

5. Änderungen im Beschäftigtendatenschutz

Reform des Beschäftigtendatenschutzes

§ 32 BDSG könnte jedoch kurzfristig eine Änderung erfahren. Denn für viele überraschend hat die schwarz-gelbe Bundesregierung doch noch einen Versuch zur Konkretisierung des Beschäftigtendatenschutzes unternommen. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vom 24. August 2010 sieht eine Überarbeitung des § 32 BDSG vor. Nach dem geplanten § 32e Abs. 4 Ziffer. 3 BDSG soll eine Videoüberwachung ohne Kenntnis des Beschäftigten generell untersagt sein. Ebenso untersagt sollen technische Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlichen gesprochenen Wortes sein. Der Einsatz von Ferngläsern und Fotoapparaten soll hingegen nach einer engen Verhältnismäßigkeitsprüfung und Interessenabwägung gestattet sein. Allerdings darf nach dem Gesetzesentwurf die Beobachtung nicht ununterbrochen länger als 24 Stunden oder an mehr als 4 Tagen stattfinden. Macht der Arbeitgeber den Umstand der Videoüberwachung durch geeignete Maßnahmen erkennbar, soll gem. § 32 ff. BDSG eine Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Betriebsgeländen zulässig sein, allerdings ebenfalls nach einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung mit schutzwürdigen Interessen der Betroffenen. Wegen des Widerstandes von Arbeitgeberverbänden, Gewerkschaften und Opposition ist der Gesetzesentwurf nicht - wie zuvor von der Bundesregierung geplant - am 01. Februar 2013 dem Bundestag vorgelegt worden. Wie die flächendeckende Kritik an dem Gesetzesentwurf zeigt, ist dies zu Recht nicht geschehen. Ein generelles Verbot verdeckter Videoaufzeichnungen ist vor dem Hintergrund der grundgesetzlich geschützten Interessen des Arbeitgebers mehr als bedenklich.

IV. Fazit

Nach dem BAG sind aus verdeckten Videoaufzeichnungen gewonnene Beweise nur unter sehr engen Voraussetzungen vor Gericht verwertbar. Bevor ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer mit einer verdeckten Videoaufzeichnung überwachen lässt, hat er zuvor sämtliche, mildere Mittel auszuschöpfen. Hierzu zählt insbesondere die Überwachung eines Arbeitnehmers durch als einen Zeugen dienenden Detektiv. Auch wenn die verdeckte Videoaufzeichnung „ultima-ratio“ ist, müssen die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates beachtet werden. Der Arbeitgeber sollte (ggf. nachträglich) die Zustimmung des Betriebsrates zur Verwertung der Videoaufnahmen als Beweismittel und zur Kündigung des Arbeitnehmers einholen. Für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates reicht es hingegen aus, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat einen Ausschnitt der Videoaufzeichnung zugänglich macht, sofern der Kündigungsentschluss auf diesem Ausschnitt beruht. Um den Verdacht einer Manipulation zu zerstreuen, sollte die Videoaufzeichnung eine Datum- und mitlaufende Zeitangabe enthalten. Die ohnehin schon engen Voraussetzungen für die Verwertung von Videoaufzeichnungen dürften in Zukunft noch enger werden. Der Gesetzesentwurf für eine Konkretisierung des Beschäftigtendatenschutzes sieht bereits ein generelles Verbot verdeckter Videoaufzeichnungen vor. Umso wichtiger ist es, dass Arbeitgeber vor einer verdeckten Videoaufzeichnung mildere Mittel zur Aufklärung eines Verdachtes in Erwägung ziehen.

Praxistipp:

Arbeitgeber können in der Praxis oft nur schwer beweisen, dass ein Arbeitnehmer tatsächlich eine strafbare Handlung begangen hat. Allerdings kann auch der konkrete, dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung ein wichtiger Grund für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sein.⁸ In Fällen wie dem hier vorliegenden ist daher dringend zu raten, dass ein Arbeitgeber insgesamt vier Kündigungen gegenüber dem Arbeitnehmer ausspricht; und zwar eine außerordentliche fristlose Tat Kündigung, eine ordentliche fristgerechte Tat Kündigung, eine außerordentliche fristlose Verdachtskündigung und eine ordentliche fristgerechte Verdachtskündigung. Vor Ausspruch der Verdachtskündigungen muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben.⁹ Ferner ist der Betriebsrat zu allen Kündigungen anzuhören. Im Kündigungsschreiben selbst muss jedoch nicht zwischen Tat- und Verdachtskündigung unterschieden werden.

⁸ BAG, Urt. v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09.

⁹ BAG, Urt. v. 24.05.2012 – 2 AZR 206/11.

Internationales

Länderbericht Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, RAA Mag. Anna Katharina Radschek, RAA Mag. Alexander Latzenhofer, alle Wien

Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Das neue österreichische Lobbying-Gesetz

Das am 01.01.2013 (teilweise mit Übergangsregeln bis zum 31.03.2013) in Österreich in Kraft getretene Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen erlassen wird, Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz-LobbyG, BGBl. I Nr. 64/2012, regelt die Einflussnahme auf die staatliche Willensbildung in Gesetzgebung und Vollziehung. Vor dem Hintergrund rezenter Korruptionsskandale in Österreich will das Gesetz – noch im Vorfeld zu und unabhängig von anderen rechtlichen Schranken wie dem gerichtlichen Strafrecht – durch verwaltungsrechtliche Registrierungs- und Verhaltenspflichten Einflussnahme verhindern, die in einer rechtsstaatlichen Demokratie als illegitim angesehen wird, weil sie einzelnen Interessen zu Lasten der demokratischen Willensbildung unangemessenen Einfluss einräumt oder sich in einer rechtsstaatlichen Demokratie nicht akzeptabler Mittel bedient.

Anknüpfungspunkt des Gesetzes ist – unabhängig von Staatszugehörigkeit oder Standort des Akteurs – die Tätigkeit des Lobbying bzw. der Interessenvertretung durch

1. professionelle Lobbying-Unternehmen,
2. „normale“ Unternehmen, die für ihre eigenen Interessen Lobbying betreiben und
3. die institutionelle Interessenvertretung von öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften und privatrechtlich konstituierten Interessenverbänden (zB Vereinen).

„Lobbying“ bzw. „Interessenvertretung“ wird definiert als organisierter und strukturierter Kontakt mit Funktionsträgern des Bundes, der Länder und der Gemeinden und Gemeindeverbände, durch den unmittelbar auf bestimmte Entscheidungsprozesse Einfluss genommen werden soll. Jedweder Kontakt dieser Art ist grundsätzlich erfasst. Auf Dauer oder Häu-

figkeit kommt es nicht an. Dieser sehr extensive Anwendungsbereich wird jedoch durch zahlreiche Ausnahmen eingeschränkt. Durch diese wird etwa jede von öffentlichen Funktionsträgern selbst veranlasste Tätigkeit, die Vertretung von Interessen in Zusammenhang mit gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren und die rechtsfreundliche Vertretung durch dazu befugte Berufe aus dem Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschieden. Ebenso fällt das Lobbying bzw. die Interessenvertretung gegenüber staatlichen Unternehmen, öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit Ausnahme der Gebietskörperschaften und gegenüber sonstigen, aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederten, jedoch für diese tätigen Rechtsträger aus dem Geltungsbereich des Gesetzes.

Um sein Ziel zu erreichen, will das Gesetz zum einen die Einflussnahme auf staatliche Entscheidungsträger transparent machen, um im Sinne der Missbrauchsprävention die Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten und bereits den Verdacht illegitimer Einflussnahme auszuschließen (Transparenzziel). Zu diesem Zweck wird die Tätigkeit der verschiedenen Gruppen von Akteuren (Lobbyisten, Unternehmen und Interessenvertretungsverbänden) mit umfangreichen Informationspflichten verknüpft. Diesen ist vor allem durch – teilweise gebührenpflichtige – Registrierung verschiedenster – je nach Art des Akteurs unterschiedlicher – Daten in einem vom Bundesminister für Justiz (BMJ) elektronisch geführten Lobbying- und Interessenvertretungs-Register nachzukommen, in das (zumindest teilweise von jedermann) Einsicht genommen werden kann. Diese Registrierungsspflichten beziehen sich auf die Akteure (Unternehmen bzw. Verbände und deren Mitarbeiter) aber auch die wirtschaftliche Relevanz (Lobbying-Umsatz bzw. Kosten des Lobbying oder der Interessenvertretung). Professionelle Lobbying-Unternehmen haben darüber hinaus dem Register den Auftraggeber und den vereinbarten Aufgabenbereich jedes einzelnen Lobbying-Auftrags bekannt zu geben (wobei die Einsichtnahme in diesen sensiblen Teil des Registers nur möglich ist, wenn die rechtlich geschützten Interessen des Einsichtswerbers die Interessen am Schutz von Geschäftsgeheimnissen erheblich überwiegen).

Zum anderen will das Gesetz die Akteure des Lobbying bzw. der Interessenvertretung zur Einhaltung bestimmter (vielfach durch erheblich auslegungsbedürftige Begriffe definierter) Mindestverhaltensstandards verpflichten (Lauterkeitsziel). Dadurch soll die staatliche Willensbildung nicht nur vor bereits strafrechtlich sanktionierten, sondern darüber hinaus auch vor solchen Einflußnahmeversuchen geschützt werden, die den Grundwerten einer rechtsstaatlichen Demokratie nicht entsprechen, jedoch die Schwelle des strafrechtlich Relevanten noch nicht überschreiten. So sind beim erstmaligen Kontakt mit Funktionsträgern Identität und Anliegen offen zu legen und sind die für Funktionsträger anwendbaren Tätigkeitsbeschränkungen zu beachten. Weder dürfen Informationen unlauter beschafft werden noch dürfen diese verfälschend weitergegeben werden (kein Spinning!). Auf Funktionsträger ausgeübter Druck darf weder unlauter noch unangemessen sein. Schließlich haben Unternehmen ihrem Lobbying einen öffentlich zugänglichen Verhaltenskodex zu Grunde zu legen. Unangemessen hohe Erfolgshonorare sowie solche, die für Lobbying vereinbart werden, das auf den Abschluss von Verträgen mit den Gebietskörperschaften zielt, sind verboten. Lobbying-Unternehmen haben die voraussichtlichen Kosten ihrer Tätigkeit vor der Beauftragung und später drohende Kostenüberschreitungen unverzüglich bekannt zu geben.

Zur Durchsetzung seiner Anordnungen sieht das Gesetz – allerdings nur für den unternehmerischen Bereich samt dessen Mitarbeiter geltende – verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen erheblichen Ausmaßes vor. Dadurch wird ein spezielles Berufszugangsregime konstituiert (keine Tätigkeit ohne Registrierung!). Dieses wird durch die verwaltungsbehördliche Streichung aus dem Register als Folge bestimmter strafgerichtlicher Verurteilungen sowie schwerwiegender Verletzungen des LobbyG ergänzt. Weiter ist die Nichtigkeit von entgegen dem Registrierungsregime geschlossenen Verträgen, gesetzwidrigen Erfolgshonorarvereinbarungen sowie der Verfall von dafür gezahlten Honoraren zu Gunsten des Bundes vorgesehen. Konkurrenten und bestimmte öffentliche Institutionen können gegen Gesetzesverstöße mittels UWG-Klagen vorgehen.

Eine spezielle Unvereinbarkeitsnorm für öffentliche Funktionsträger im Zusammenhang mit Lobbying-Tätigkeiten rundet das Bild eines Gesetzes ab, das es versteht, die Verfolgung an sich begrüßenswerter Ziele durch die Kombination einer Fülle von potentiell weitreichenden und gelegentlich wenig determinierten Verpflichtungen mit bisweilen sinnwidrigen Ausnahmen in ein juristisch zumindest kontroverses Licht zu setzen (RAA Mag. *Alexander Latzenhofer* ist Mitautor eines Kommentars zum LobbyG, der im März 2013 erscheinen wird).

II. Das neue Korruptionsstrafrecht

Zum 01.01.2013 trat in Österreich das neue Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012 in Kraft. Es ist zu hoffen, dass sich die neuen Regelungen bewähren und endlich Rechtssicherheit schaffen.

Die Korruptionsstrafnormen knüpfen nun an den neuen „Amtsträger“-Begriff an. Damit wurde die im Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009 noch nicht erfolgte völlige Gleichstellung von inländischen Abgeordneten mit den (übrigen) Amtsträgern mit Wirkung zum 01.01.2013 endgültig vollzogen. Der Begriff "Amtsträger" in § 74 Abs. 4a Buchst. b öStGB-neu umfasst in Zukunft jede Person, die "für den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, für eine andere Person des öffentlichen Rechts, ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft, für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt." Bisher galt das Korruptionsstrafrecht für die Mitglieder des Nationalrates, des Landesrates und des Gemeinderates nur im Zusammenhang mit Stimmenkauf und -verkauf sowie wegen Verstößen gegen die Geschäftsordnung. Durch die neue Definition des § 74 Abs. 4a Buchst. b öStGB-neu erfolgt eine vollständige Einbeziehung der Abgeordneten in den Begriff der Amtsträger und eine volle Erfassung bei den Bestechlichkeitsdelikten.

Ebenso kommt es zu einer Erfassung des gesamten so genannten „staatsnahen Sektors“ durch die Novelle. Als Amtsträger gemäß § 74 Abs. 4a Buchst. d öStGB-neu gilt in Zukunft auch jede Person, die als Organ oder Bediensteter eines Unternehmens des staatsnahen Sektors tätig ist. Umfasst sind nicht nur Angestellte und deren Bedienstete in leitender Funktion, sondern sämtliche Mitarbeiter, unabhängig von ihrer Stellung und Funktion im Unternehmen (mit Ausnahme ganz untergeordneter Hilfstätigkeiten). Betriebe des staatsnahen Sektors sind Unternehmen, an denen eine in- oder ausländische Gebietskörperschaft mit zumindest 50 % beteiligt ist, die von einer Gebietskörperschaft betrieben oder sonst tatsächlich beherrscht werden, sowie alle Unternehmen, die der Kontrolle durch den Rechnungshof unterliegen.

Als weitere wesentliche Neuerung ist die Ausweitung der Strafbarkeit auf Handlungen im Ausland unabhängig vom Recht des Tatortstaates zu nennen. Die §§ 305 bis 309 öStGB-neu finden im Inland Anwendung, auch wenn diese Taten zur Gänze im Ausland begangen worden sind, vorausgesetzt, es sind österreichische Interessen im Sinne der Europarats-Konvention berührt. Die inländische Gerichtsbarkeit ist künftig selbst dann gegeben, wenn die Bestechung ausländischer Amtsträger im Tatortstaat nicht strafbar ist. Die praktisch bedeutsamsten Fälle betreffen die zur Gänze im Ausland abgewickelte Bestechung ausländischer Amtsträger durch Österreicher im Ausland, die bislang nur dann in Österreich strafbar war, wenn auch im Tatortstaat nicht (bloß) die Bestechung der Amtsträger des Tatortstaates, sondern die Bestechung ausländischer Amtsträger strafbar war.

Auch bei den Tatbeständen gibt es Neuerungen; so werden die privaten Korruptionstatbestände § 168c öStGB bis § 168e öStGB (Geschenkannahme durch Bedienstete oder Beauftragte, Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten, Berechtigung zur Anklage) aufgehoben und als § 309 öStGB-neu in den 22. Abschnitt verlagert. Das Privatklageerfordernis entfällt somit, sie sind jetzt als Officialdelikte ausgestaltet. Ebenso gibt es seit der Novelle keine Geringfügigkeitsgrenze mehr. Eine Tatbegehung für Vorteile von mehr als EUR 50.000,00 ist nun mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bedroht. Damit tritt eine massive Verschärfung ein, mit der der Korruption im privaten Bereich verstärkt der Kampf angesagt wurde.

Der Tatbestand der Bestechlichkeit von Amtsträgern und Schiedsrichtern für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäftes (§ 304 öStGB) blieb unberührt.

Nach der in § 305 öStGB-neu geregelten Vorteilsannahme sind Amtsträger oder Schiedsrichter dann strafbar, wenn sie für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes einen - wenn auch nur gebührlchen- Vorteil für sich oder eine dritte Person fordern. Die Dienstrechtsakzessorietät entfällt, das heißt, bei der Vorteilsannahme für Amtsträger wird nicht mehr rein auf das Dienstrecht abgestellt, weil es für einige Berufsgruppen (Minister, Landeshauptleute, Bürgermeister) kein Dienstrecht gibt; nunmehr wird - in Anlehnung an die Schweizer Regelung - klargestellt, dass das Fordern stets strafrechtlich verpönt ist und darüber hinaus für ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft kein "ungebührlchen Vor-

teil" (§ 305 Abs. 4 öStGB) angenommen werden darf. Keine ungebührlichen Vorteile sind solche, deren Annahme ausdrücklich gesetzlich erlaubt sind, im Rahmen der Verpflichtung zur Repräsentation angenommen werden, gemeinnützigen Zwecken, auf deren Verwendung der Amtsträger keinen bestimmenden Einfluss ausüben darf, gewidmet sind oder orts- und landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts darstellen. Das Annehmen oder Sich-Versprechen-Lassen ist hingegen nur dann strafbar, wenn ein "ungebührlicher Vorteil" vorliegt. Die Grenze zur Strafbarkeit wird somit nicht mehr - wie bisher - durch Verweis auf dienst- oder organisationsrechtliche Ge- und Verbote gezogen, sondern mithilfe des "nicht ungebührlichen Vorteils".

Wie auch bisher sind die Annahme oder das Sich-Versprechen-Lassen von Vorteilen im Rahmen von Repräsentationsveranstaltungen, an deren Teilnahme ein amtliches oder sachliches Interesse besteht, von der Strafbarkeit ausgenommen. Laut Materialien sind damit Eintritts- und Teilnahmegebühren sowie - bei mehrtägigen Veranstaltungen - Nächtigungs- und Verpflegungskosten gemeint. Betont wird, dass der Vorteil sich auf die amtliche oder unternehmerische Tätigkeit und nicht auf ein rein privates bzw. persönliches Konsumvergnügen beziehen muss. Damit ist nun endlich eine klare Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten möglich.

§ 306 öStGB-neu und § 307b öStGB-neu pönalisieren das so genannte "Anfüttern", das nach dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009 wieder weitgehend gesetzlich erlaubt war. Strafbarkeit droht dann, wenn der Amtsträger mit dem Vorsatz, sich dadurch in seiner Tätigkeit als Amtsträger beeinflussen zu lassen, für sich oder eine dritte Person einen Vorteil fordert oder einen ungebührlichen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt. Die Grundstrafandrohung ist pönalisiert mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren, Qualifikationen für einen EUR 3.000,00 bzw. EUR 50.000,00 übersteigenden Vorteil sind pönalisiert mit Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren bzw. 6 Monate bis 5 Jahren. Andererseits liegt eine strafbare Vorteilszuwendung zur Beeinflussung vor, wenn einem Amtsträger ein ungebührlicher Vorteil für ihn oder eine dritte Person angeboten, versprochen oder gewährt wird, um ihn in der Tätigkeit als Amtsträger zu beeinflussen.

Nicht mehr von Relevanz ist die Unterscheidung zwischen pflichtgemäßer und pflichtwidriger Amtsführung, es soll vielmehr "auf eine wohlwollende Behandlung, sei es inhaltlicher Natur, sei es proceduraler Natur, im Sinne einer rascheren Erledigung" abgestellt werden.

Die Annahme oder das Sich-Versprechen-Lassen ist dann nicht strafbar, wenn es sich um einen "geringfügigen" Vorteil handelt. Strafbar ist jedenfalls das Fordern zum Zwecke der Beeinflussung, unabhängig von der Werthaltigkeit des Vorteils. Die Geringfügigkeitsgrenze bleibt wie bisher bei EUR 100,00.

III. Nichtausfolgung von Ton- und Bildaufnahmen als verfassungswidrig aufgehoben

Nach § 363a StPO (Art. 89 Abs. 2 B-VG) besteht ein subjektives Recht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch ein Rechtsmittelgericht anzurufen.

Begründend führt der Oberste Gerichtshof dazu aus: "Steht die Verfassungskonformität einer Norm als solche in Frage, hat der Antragssteller unter dem Aspekt der Rechtswegausschöpfung anlässlich der Beschwerde auf die Verfassungswidrigkeit des angewendeten Gesetzes hinzuweisen, um so das Rechtsmittelgericht zu einem Vorgehen nach Art. 89 Abs. 2 B-VG zu veranlassen" (11 Os 132/06f, EvBl 2008/8, 32). Auch die sonstigen gegenüber dem EGMR normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art. 34 und 35 Abs. 1 und 2 MRK, welche sinngemäß auch für Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a öStPO Anwendung finden, denen kein Erkenntnis des EGMR zu Grunde liegt, müssen gelten (13 Os 135/06m, EvBl 2007/154, 832) und müssen erfüllt sein. Insbesondere besteht ein subjektives Recht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch das Rechtsmittelgericht anzurufen (vgl. 13 Os 173/08b, EvBl-LS 2009/63, 380; 11 Os 21/10p, 58/10d, EvBl 2010/122, 824). (vgl. OGH vom 18. 10. 2011, 12 Os 57/11 s).

Der besprochenen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Mai 2009 kam es auf dem Gelände des Wiener Westbahnhofes zu Ausschreitungen zwischen Anhängern rivalisierender Fußballvereine, die Körperverletzungen einschreitender Polizeibeamter und schwere Sachbeschädigungen zur Folge hatten. In dem daraufhin eingeleiteten Strafverfahren dienten die von mehreren Überwachungskameras

aufgenommenen Videofilme als Beweismittel. Noch vor Anberaumung der Hauptverhandlung stellten mehrere Angeklagte beim Landesgericht für Strafsachen Wien den Antrag, ihrem Verteidiger eine Kopie der entsprechenden Videoaufzeichnungen gegen Kostenersatz auszuhändigen. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgewiesen, dass die Bestimmung des § 52 Abs. 1 öStPO die Erlangung von Kopien in Bezug auf Bild- und Tonaufnahmen ausschließe. Das Oberlandesgericht Wien gab der dagegen erhobenen Beschwerde, in der auch die allfällige Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden Vorschrift releviert wurde, keine Folge und führt begründend aus, dass das in der StPO vorgesehene Recht auf Besichtigung derartiger Beweisgegenstände durch Augenschein ausreiche und daher keine Notwendigkeit bestehe, Kopien von sichergestellten Videos ausgehändigt zu erhalten. Diese gesetzliche Bestimmung stehe somit auch nicht in Widerspruch zu Art. 6 EMRK und es bestehe daher kein Anlass für eine Anfechtung der Bestimmung beim Verfassungsgerichtshof.

In dem beim Obersten Gerichtshof eingebrachten Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a Abs. 1 öStPO monierten die Angeklagten einen den befassen Gerichten unterlaufenen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 und 3 Buchst. b EMRK, da die Entscheidungen auf die verfassungswidrige Bestimmung des § 52 Abs. 1 2. Hs öStPO gestützt worden seien. Da sich das Oberlandesgericht Wien nicht zur gebotenen verfassungskonformen Interpretation dieser Vorschrift in die Richtung verstanden habe, dass ein Anspruch auf Erhalt von Kopien auch im Hinblick auf Videoaufzeichnungen gegeben sei, wäre es verhalten gewesen, gemäß Art. 89 Abs. 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Aufhebung dieser Regelung zu stellen; hilfsweise beehrten die Antragsteller die Anfechtung der in Rede stehenden Bestimmung durch den Obersten Gerichtshof. Der Oberste Gerichtshof stellte fest, dass gemäß § 363a öStPO (Art. 89 Abs. 2 B-VG) ein subjektives Recht besteht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch ein Rechtsmittelgericht anzurufen. Der Oberste Gerichtshof verwies die Sache an das Rechtsmittelgericht zur Antragstellung gemäß Art. 89 Abs. 2 S. 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof betreffend die Wortfolge "bezieht sich jedoch nicht auf Ton- und Bildaufnahmen (und)" in § 52 Abs. 1 StPO i.d.F. BGBl 2009/52.

Der Verfassungsgerichtshof stellte in seiner Entscheidung fest, dass § 52 Abs. 1 StPO, der das Recht, Kopien von Ton- oder Bildaufnahmen zu erhalten, ausnahmslos verneint, gegen den Grundsatz auf ein faires Verfahren und gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoße und hob diese Wortfolge als verfassungswidrig auf.

Begründend führte der VfGH aus, dass der Angeklagte gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. b EMRK über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung verfügen müsse. Zum Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK gehörten Teilgewährleistungen wie der Grundsatz der Waffengleichheit und das Recht auf Akteneinsicht. Dies erfordere auch in bestimmtem Umfang den Zugang zu Beweismaterial. In der Rechtsprechung des EGMR betone dieser, aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ergebe sich auch das Recht des Angeklagten, erforderlichenfalls Kopien von Aktenstücken zu erhalten (EGMR 18.3.1997, Foucher gegen Frankreich, Nr. 10/1996/629/812; EGMR 24.4.2007, Matyjek gegen Polen, Nr. 38184/03; EGMR 15.1.2008, Luboch gegen Polen, Nr. 37469/05; EGMR 9.10.2008, Moiseyev gegen Russland, Nr. 62936/00; EGMR 26.11.2009, Dolenc gegen Kroatien, Nr. 25282/06; Meyer-Ladewig, EMRK 3 Art. 6 Rz 115). Es sei davon auszugehen, dass der vom EGMR gebrauchte Begriff "case materials" (EGMR 9.10.2008, Moiseyev gegen Russland, Nr. 62936/00) sich auf alle Aktenstücke, seien diese nun schriftlich oder audio-visueller Natur, beziehe (vgl. auch EGMR 26.7.2011, Huseyn und andere gegen Aserbaidschan, Nr. 35485/05, 45553/05, 35680/05 und 36085/05). Dass § 52 Abs. 1 StPO das Recht, Kopien von Ton- oder Bildaufnahmen zu erhalten, ausnahmslos verneine, solcherart eine Abwägung von Verteidigungsinteressen gegen - der Ausfolgung einer Kopie allenfalls entgegenstehende - schutzwürdige Interessen Dritter (Art. 8 EMRK; vgl. 14 Os 95/09s) ausschließe, erwecke Bedenken (Art. 89 Abs. 2 B-VG) im Hinblick auf die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 Buchst. b EMRK und (allenfalls) - soweit die Regelung eine differenzierende Betrachtung für jene Fälle, in denen (wie hier) Ton- und Bildaufnahmen im Verfahren eine zentrale Rolle als Beweismittel spielten, nicht zulasse - mit dem Gleichheitssatz nach Art. 2 StGG (Art. 7 Abs. 1 B-VG; vgl. Mayer, B-VG⁴ Art. 2 StGG IV. 2.). Daher erfordere der in Rede stehende Grundsatz, dass dem Beschuldigten (Angeklagten – § 48 Abs. 2 öStPO) hinlänglicher Zugang zu allen Beweisen der Strafverfolgungsbehörde ermöglicht werde, was die Einräumung von ausreichend Zeit

und das Bereithalten von Räumlichkeiten zur Vorbereitung der Verteidigung einschlieÙe, um nicht in eine gegenüber der Anklagebehörde nachteilige Position zu geraten (vgl. erneut EGMR 9.10.2008, Fall *Moiseyev*, Appl. 62.936/00, Z 217 f.). Während der Strafverfolgungsbehörde im Verfahren sichergestellte Videobänder unbeschränkt zur Verfügung stünden, der Staatsanwalt also in die Lage versetzt werde, die Filmaufnahmen selbst, allenfalls davon hergestellte Kopien, zu seinen Unterlagen zu nehmen und nach Gutdünken wiederholt sowie ohne jede zeitliche Beschränkung und in jeder Geschwindigkeit (Zeitlupenform eingeschlossen) zu besichtigen, Details auszuwerten, Einzelbilder ebenso wie Bildausschnitte anzufertigen und seine Anklage auf diese spezifischen Bearbeitungen zu stützen, werde der Beschuldigte (Angeklagte) von einer derartigen Möglichkeit ausgeschlossen und gemäß der das Recht auf Besichtigung von Beweisgegenständen regelnden Vorschrift des § 51 Abs. 1 S. 2 öStPO auf den (bei Nachteil für die Ermittlungen beschränkbar sowie zeitlich auf die gerichtlichen Amtsstunden und die Maßgabe personeller Ressourcen eingeeengten) Augenschein verwiesen. Dass der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eine zur zweckentsprechenden Verteidigung allenfalls erforderliche wiederholte oder verlangsamte Besichtigung der Filmaufnahmen im Wege eines (erfolgreichen) Einspruchs (§ 106 öStPO) bzw. der Angeklagte dies in der Hauptverhandlung mittels Beschwerde erwirken könne (die Erlangung von Standbildern oder Ausschnitten einzelner – auch wesentlicher – Details sei überhaupt nicht durchsetzbar), ändere an der grundsätzlichen und nachhaltigen Schlechterstellung im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft nichts.

Daher widerspreche die den Beschuldigten einseitig belastende Anordnung des ausnahmslosen Ausschlusses, Kopien von Bild und Tonaufnahmen zu erhalten, dem Grundsatz der Waffengleichheit des Art. 6 EMRK und sei verfassungswidrig (vgl. VfGH vom 13. 12. 2012, G 137/11).

IV. Neuerungen in der Rechtsprechung

1. Erörterungspflicht bei widerstreitenden Beweisergebnissen bei sonstiger Nichtigkeit nach § 281 Abs. 1 Z 5 zweiter Fall öStPO

Leitsatz: Stimmen mit Bezug auf eine entscheidende Tatsache die Beweisergebnisse nicht überein, ist bei sonstiger Unvollständigkeit der Grund anzugeben, warum die der getroffenen Feststellung widerstreitenden Beweisergebnisse nicht überzeugen konnten.

Hinweis: Ob die Begründung von Feststellungen zu den entscheidenden Tatsachen i.S.d. § 281 Abs. 1 Z 5 zweiter Fall öStPO unvollständig ist, bestimmt sich unter dem Gesichtspunkt einer für den Prozessstandpunkt des Beschwerdeführers günstigeren Tatsachenfeststellung. Blieb ein in abstracto erhebliches Beweismittel, das jedoch nicht in Richtung – für die Lösung der Schuld- oder Subsumtionsfrage entscheidend – günstigerer als der festgestellten Tatsachen weist, unerörtert, fehlt dem Nichtigkeitswerber die erforderliche Beschwerde, weil sich die Unvollständigkeit nicht zu seinem Nachteil auf die getroffenen Feststellungen ausgewirkt hat. (Glosse von Ratz)

Aus dem Urteil: „Damit aber hat das Erstgericht den zu beweisenden Tatumstand stillschweigend als bewiesen vorausgesetzt, an die Stelle einer Begründung also eine Behauptung gesetzt und der Sache nach bloß zirkuläre Überlegungen angestellt, anstatt Aussagen darüber zu treffen, aufgrund welcher Beweisergebnisse es zu dieser Überzeugung gelangte (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 446). Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass ein – hier gar nicht ausdrücklich gezogener – Schluss von einem gezeigten Verhalten auf ein zugrunde liegendes Wissen und Wollen aus dem Blickwinkel der Begründungstauglichkeit grundsätzlich nicht zu beanstanden wäre und bei leugnenden Angeklagten in aller Regel methodisch gar nicht zu ersetzen ist (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 452). Stimmen aber mit Bezug zu einer entscheidenden Tatsache die Beweisergebnisse nicht überein, ist bei sonstiger Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) der Grund anzugeben, warum die der getroffenen Feststellung widerstreitenden Beweisergebnisse nicht überzeugen konnten (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 425). Ob oder aus welchen Gründen die Tatrichter der insoweit leugnenden Verantwortung des Beschwerdeführers, der behauptet hatte, dass ihn die Sparbücher „nicht interessierten“, weshalb er sich um deren weiteren Verbleib nicht kümmerte (ON 89 S 8 ff), als unglaubwürdig ansahen, ist den Entscheidungsgründen jedoch – wie die Mängelrüge zutreffend aufzeigt – nicht zu entnehmen.“ (vgl. OGH 15. 5. 2012, 14 Os 38/12 p)

2. Wegfall einer bei einer anderen von § 29 öStGB erfassten Tat begründeten Qualifikation ändert nichts an der Subsumtion

Leitsatz: Nimmt das Schöffengericht mehrere je für sich nach § 147 Abs. 1 Z 1 erster Fall öStGB qualifizierte Taten an, wird aber nur die Begehung eines Teils dieser Taten unter Benützung einer falschen oder verfälschten Urkunde aus § 281 Abs. 1 Z 5 öStPO bestritten, so steht keine entscheidende Tatsache in Frage, weil die nach § 29 öStGB zu bildende Subsumtionseinheit davon unberührt bleibt.

Anmerkung zum Urteil: Der Angeklagte war mehrerer nach § 147 Abs. 1 Z 1 erster Fall öStGB qualifizierter Betrügereien schuldig erkannt worden und hatte in seiner aus Z 5 des § 281 Abs. 1 öStPO ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde eine der Fälschungen in Abrede gestellt. Der OGH hat die Nichtigkeitsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen.

Hinweis: Der Begriff der "strafbaren Handlung" in § 260 Abs. 1 Z 2 öStPO meint bei wert- oder schadensqualifizierten strafbaren Handlungen, anders als dort, wo der Straffrahmen (nur) nach § 28 öStGB zu bilden ist, zufolge der speziellen Bestimmung des § 29 öStGB eine nach Maßgabe des Zusammenrechnungsgrundsatzes entstandene Subsumtionseinheit sui generis, die aus der höchsten Wert- oder Schadensqualifikation und weiteren, in echter Konkurrenz dazu stehenden unselbständigen Abwandlungen des Grundtatbestands besteht, ebenso, wie wenn statt Tatmehrheit Tateinheit vorläge. Einem Täter, der mehrere strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen derselben Art begangen hat, von denen ein Teil vollendet, der andere bloß versucht wurde, ist also auch im Fall verschiedener Begehungsformen und ungeachtet dessen, dass strafsatzqualifizierende Umstände nur bei einzelnen Taten oder auch nur bei einer im Versuchsstadium gebliebenen Tat erfüllt sind, eine einzige "strafbare Handlung" anzulasten. Ob die Zusammenrechnung auch tatsächlich zur Überschreitung einer Wert- oder Schadensgrenze führt, ist bedeutungslos. Auch bei einem unter EUR 3.000,00 gelegenen Gesamtwert der Beute mehrerer sonst nicht qualifizierter Diebstähle wird demnach das Vergehen nach § 127 öStGB begründet. Damit trug der historische Gesetzgeber dem bereits in § 28 öStGB ausgedrückten Prinzip Rechnung, Tateinheit und Tatmehrheit bei der Straffrahmenbildung gleich zu behandeln. Auch Gegenstand des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs. 1 Z 10 öStPO ist allein diese Subsumtionseinheit (Glosse von Ratz, vgl. OGH 15. 5. 2012, 14 Os 45/12 t).

3. Auch gerichtsnotorische Tatsachen sind bei sonstiger Nichtigkeit gemäß § 258 Abs. 1 öStPO (§ 281 Abs. 1 Z 5 öStPO; Art. 6 MRK) erörterungsbedürftig

Der Angeklagte hat ein aus dem fair-trial-Gebot des Art. 6 MRK fließendes Recht darauf, nicht von einer ihm unbekannten Gerichtsnotorietät im Tatsachenbereich überrascht zu werden. Auch das, was gerichtskundig ist, muss in der Hauptverhandlung vorkommen, um zur Grundlage von Feststellungen werden zu können. Hat das Erstgericht die Feststellung einer durchschnittlichen Wirkstoffkonzentration auch auf eine von ihm angenommene Gerichtsnotorietät gestützt, über die der Angeklagte nicht informiert wurde, so hat es gegen seine aus § 281 Abs. 1 Z 5 vierter Fall öStPO relevierbare Erörterungspflicht verstoßen.

Anmerkung: Der u.a. wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs. 1 fünfter Fall und Abs. 4 Z 3 öSMG schuldig erkannte Angeklagte hatte den Umstand geltend gemacht, dass die Feststellung der Suchtgiftkonzentration auf in der Hauptverhandlung nicht erörterten "Erfahrungswerte" gegründet worden war. Der OGH hat in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde das Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.

Hinweis: Für das vom OGH verlangte Vorkommen genügt es, wenn im Rahmen einer abweislichen Entscheidung nach § 238 Abs. 3 öStPO oder im Anklagevortrag darauf hingewiesen wird. Anders als hinsichtlich bloß gerichtsnotorischer Umstände wird ein Beteiligter von einer auf allgemeine Notorietät (Naturgesetze, grundlegende Erfahrungssätze etc.) gegründeten Feststellung i.d.R. (vgl. aber RIS-Justiz RS0098536: atypische intellektuelle Ausstattung des Angeklagten) nicht überrascht. Insoweit besteht keine mit Nichtigkeit bewehrte Obliegenheit zur Vorführung in der Hauptverhandlung (vgl. OGH 25. 1. 2012, 15 Os 147/11 y).

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel, Rechtsanwalt Dr. Nikolaus Rixe, beide Düsseldorf

Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2013 am 18/19.01.2013 in Frankfurt am Main

Die diesjährige WisteV-wistra Neujahrstagung 2013, die wie üblich bereits lange im Vorfeld ausgebucht war und auf dementsprechend reges Interesse stieß, befasste sich mit dem Thema „Wirtschaftsethik und Privatisierungstendenzen des Wirtschaftsstrafrechts“.

Die wirtschaftsethischen Fragen der dargebotenen Vorträge und Diskussionen bezogen sich weniger auf den Bereich der durch sogenannte „Internal Investigations“ bekannten Privatisierungsmaßnahmen im Wirtschaftsstrafrecht, als vielmehr auf den Kern des präventiven Aspekts der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis, namentlich des Compliance-gerechten Verhaltens.

Einleitend stellte *Salditt* den jüngsten Fall einer umfangreichen Durchsuchungsmaßnahme in der Deutschen Bank Zentrale in Frankfurt am Main dar. Die auf der Grundlage der Maßnahme an das Auditorium gestellte Frage, ob es zulässig oder auch ethisch vertretbar sei, dass sich der Chef der Deutschen Bank im Anschluss an die Durchsuchungsmaßnahme bei dem Ministerpräsidenten des Bundeslandes über die Art und Weise der Durchsuchung beschwerte, veranlasste *Salditt* dazu, den Begriff Wirtschaftsethik als „Ethik des Widerspruchs“ zu bezeichnen. Er machte deutlich, dass sowohl bundes- als auch landesrechtlich ein Recht auf Petition und ein sogenanntes „Notrufrecht des Bürgers“ bestehe, was derlei Schritte durchaus beinhalten könne. Dieser Aufhänger diene als Überleitung zu den thematisch dominierenden Fragen der Privatisierung wirtschaftsstrafrechtlicher Ermittlungen. Problematisch sei, dass bei privatrechtlichen Ermittlungen der schützende Rahmen der Gesetzesvorgaben entfalle. Jedem aktiv oder passiv von internen Ermittlungen bei Privatunternehmen Betroffenen müsse klar sein, dass deren Durchführung nicht nur unter gesetzlichen Maßgaben kritisch zu beleuchten sei, sondern auch oder sogar erst recht unter ethischen Gesichtspunkten.

I. Themenblock 1: Privatisierung der Strafverfolgung - Wirtschaftsethische Orientierung, Selbstregulierung und Selbstreinigung durch Compliance im Wirtschaftsleben?

An die Einleitung schloss sich im ersten Themenblock, der von *Bussmann* moderiert wurde, der Vortrag von *Grüniger* zum Thema „Effizienz der Wirtschaftsethik in der Praxis: Präventionswirkung oder nicht?“ an. Während *Grüniger* die Frage der Präventionswirkung der Wirtschaftsethik aus Sicht der Wirtschaftsethik selbst beurteilte bzw. referierte, betrachtete der Anschlussvortrag von *Moosmayer* die Frage aus Sicht der Unternehmenspraxis, hier einem Unternehmen, das aufgrund der Ereignisse in der Vergangenheit sowohl mit der Aufarbeitung von strafrechtlich relevanten Fällen durch eigene, als auch durch staatliche Ermittlungsmaßnahmen betroffen war und umfangreiche Präventivmaßnahmen getroffen hat.

Grüniger begann seinen Blick auf die Wirtschaftsethik zunächst lapidar mit dem Eingeständnis, dass es ihm bis heute nicht gelungen sei, herauszufinden, worüber er eigentlich vortragen solle, warf aber dann die These auf, dass moralische Maßstäbe für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems unabdingbar seien. Während die Wirtschaftsethik in der Theorie eine Identifizierungs- und Implementierungsaufgabe im Wirtschaftssystem habe, bestehe in der Praxis das Problem, dass ein Unternehmen rechtlich beispielsweise für Menschenrechtsverletzungen in seiner Produktionskette kaum haftbar gemacht werden könne. Allenfalls ein moralischer Druck, der auf den Unternehmen laste, könne zur Durchsetzung und Beachtung (wirtschafts-)ethischer Herausforderungen führen, wobei die gern verwendete Terminologie der sogenannten „Corporate Social Responsibility“ (CSR) oftmals nicht mehr als ein Etikett vieler Unternehmen sei, bei dem der Teufel im Detail stecke. Insofern

warf *Grüninger* die Frage auf, ob Verantwortungsmanagement im Unternehmen tatsächlich die Befürwortung und das Leben ethisch moralischer Maßstäbe beinhalte, oder ob es letztlich nichts anderem diene als der Enthaltung des Vorstands und somit als Marketing-Gag zu qualifizieren sei. Dementsprechend sei es sehr wohl ein Unterschied, ob ein Unternehmen mit unternehmensinterner Compliance Bestechung verhindern wolle, oder ob es die Begehung von Korruptionsstraftaten aus wirtschaftsethischen Gründen verbiete. Um eine Brücke zwischen Compliance- und Ethikmanagement im Unternehmen zu schlagen, schlug der Referent vor, Compliance-Programme an der Werteidentität eines Unternehmens auszurichten und forderte, dass wirksame Compliance auf dem Fundament eines umfassenden Ethik- und Wertemanagements, dem sämtliche Führungsorgane zu folgen hätten, basieren müsse.

Auch *Moosmayer* eröffnete seinen Vortrag mit der Aussage, dass er ein „Problem mit dem Begriff Ethik“ habe: Er, *Moosmayer*, sehe die Problematik, dass ein Unternehmen und dessen Umfeld stets auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei, wogegen per se der Vorwurf unethischen Handelns erhoben werde. Ethik und Gewinnerzielungsabsicht seien nach seiner Ansicht schwer miteinander vereinbar. Die zentrale Frage im Unternehmen sei aber nicht die nach der Ethik, sondern vielmehr, ob die geltenden Gesetze eingehalten würden. Wie und in welchem Umfang Gesetzesverstöße in der Vergangenheit im Unternehmen Siemens aufgearbeitet worden sind und wie die zukünftige Gesetzestreue des Unternehmens und seiner Mitarbeiter gewährleistet wird bzw. werden soll, stellte der Referent anschließend überblicksartig dar. Im Rahmen der Vermeidung zukünftiger Straftaten werde den Themen „Werte“ und „Integrität“ erhebliche Bedeutung beigemessen, während Bestandteilen des Ethikbegriffes im Rahmen des Aufbaus einer Compliance-Struktur keine größere Relevanz zukomme.

Der Anschlussvortrag von *Bock* zum Thema „Wirtschaftsethik und Recht als Quellen präventiver Compliance?“ befasste sich einleitend mit vier Problemstellungen, die die Wirtschaftsethik zu bewältigen habe, und deren positive Beantwortung gleichermaßen Voraussetzung für einen Gleichklang und eine Funktionsfähigkeit von Ethik und Recht seien. Probleme lägen danach in der Legitimation allgemeinverbindlicher Normen der Wirtschaftsethik, in deren Beliebigkeit und Vagheit sowie in ihrer Wandelbarkeit im Lichte der Rechtsgeschichte bzw. der „Unrechtsgeschichte“ und auch in der (wirtschaftlichen) Nachteiligkeit ethischen Handelns. Diese Problemstellungen, so *Bock*, beträfen nicht nur die Wirtschaftsethik, sondern gleichermaßen auch das Recht. Der Referent kam zu dem Zwischenergebnis, dass Wirtschaftsethik sowohl Rechtsbefolgung als auch eine Investition in die Zukunft, aber auch eine „strafbare Geldverschwendung“ im Lichte des § 266 StGB darstellen könne. Alle drei Auswirkungen könnten parallel auftreten. Zur Konkretisierung von Compliance könne die Wirtschaftsethik aufgrund dieser Vielschichtigkeit jedoch wenig beitragen.

Der Themenblock endete mit der aus der Perspektive des Strafrechts durch *Gaedigk* und aus der Perspektive des Zivilrechts durch *Annuß* beleuchteten Frage der „Rechtlichen Grenzen der Privatisierung der repressiven Compliance (Internal Investigations und Whistleblowing)“. Schon diese Terminologie wurde von *Gaedigk* unter dem Aspekt kritisiert, dass Strafverfolgung Aufgabe der Ermittlungsbehörden sei und bleibe. Insbesondere sei zu betonen, dass die Entscheidung, wie in einem Ermittlungsverfahren weiter vorgegangen werde, allein die Staatsanwaltschaft treffe. *Gaedigk*, Oberstaatsanwältin in Hamburg, wagte sich eigener Aussage zufolge mit ihrem Vortrag in die „Höhle des Löwen“ und erntete in der Tat für ihre Thesen keine ungeteilte Zustimmung. Sie betonte nochmals die Legitimation staatsanwaltlicher Zwangsmaßnahmen, und zwar auch dann, wenn das betroffene Unternehmen Kooperationsbereitschaft signalisiert und beispielsweise Herausgabe bestimmter Unterlagen angekündigt habe. Befragt nach der steigenden Anzahl von internen Ermittlungen durch Unternehmen und deren Bewertung äußerte die Referentin, dass die anfängliche Begeisterung nunmehr einer gewissen „Katerstimmung“ gewichen sei, da der Versuch der Einflussnahme der Unternehmen auf die Ermittlungen und deren Ergebnisse unverkennbar sei. Man habe häufig mit einer „Salamitaktik“ der Unternehmen zu kämpfen, bei der nur sukzessive Informationen und Unterlagen geliefert würden. Sie jedenfalls trete der Tendenz entgegen, dass die Staatsanwaltschaft lediglich als „Prüfinstanz“ und nicht mehr als Ermittlungsbehörde angesehen werde.

Die anschließend von *Annuß* beleuchtete Perspektive des Zivilrechts stellte sich als Parforceritt durch die mannigfaltigen Fallstricke für Unternehmen und Berater im Rahmen von Internal Investigations dar. Diese von *Annuß* als „Sternstunde der Gesetzesverletzung“ be-

zeichneten Maßnahmen seien unter zahlreichen gesetzlichen Vorgaben kritisch zu beleuchten, so unter den Problempunkten Datenschutz, Missachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates, Rechte der Mitarbeiter bei der Durchführung von Gesprächen und der Weitergabe von Ermittlungsergebnissen an die Staatsanwaltschaft. Zweifelhaft seien zudem die bei Unternehmen sehr populären Amnestieprogramme, insbesondere unter haftungsrechtlichen Aspekten der Unternehmensführung.

II. Podiumsdiskussion

Die abendliche Podiumsdiskussion zum Thema „Rechtsstaatliche und ethische Fragen der Delegation der Strafverfolgung auf (betroffene) Private – Internal Investigations, Whistle-blowing, Kronzeugenregelung, Selbstanzeigen“, die von Korte geleitet wurde, war mit durchaus namhaften Vertretern aus Theorie und Praxis besetzt: Frau Hohmann-Dennhardt und den Herren Fischer, Jahn und Taschke. Sie litt jedoch etwas unter der Ausgestaltung mehr als Referatsplattform denn als Podiumsdiskussion. Die insofern nur bedingt lebhaft Auseinandersetzung innerhalb des Podiums wurde durch Fischer dankenswerterweise mit Leben gefüllt, nachdem auch er seine Äußerung zunächst mit den Worten einleitete, dass er im Grunde genommen keinerlei Ahnung von dem Thema der Veranstaltung habe und sich wundere, warum er überhaupt eingeladen sei. Das Gros der Teilnehmer ließ anschließend – zu vorgerückter Stunde – den ersten Tag der Neujahrstagung bei Diskussionen und Gesprächen bis spät in der Nacht an der Bar ausklingen.

III. Themenblock 2: Ethik, Sportrecht, Sportgerichtsbarkeit und Sportstrafrecht

Der zweite Tag begann sportlich, dies sowohl thematisch als auch zeitlich um 09:15 Uhr. Der Themenblock wurde von Bannenberg moderiert und genoss insofern hohe Aktualität, als gerade in der Nacht zuvor die Fortsetzung der „Dopingbeichte“ des ehemaligen siebenfachen Tour de France Siegers Lance Armstrong im Fernsehen ausgestrahlt worden war. Bevor das Panel in das hochaktuelle Thema einstieg, wurde zunächst Frau Dr. Katja Rödiger der WiStEV Preis 2012 für ihre wirtschaftsstrafrechtliche Dissertation zum Thema „Strafverfolgung von Unternehmen, Internal Investigations und strafrechtliche Verwertbarkeit von Mitarbeitergeständnissen – Untersuchungen am Beispiel der Siemenskorruptionsaffäre“ verliehen.

Mühlbauer gab sodann in dem ersten Vortrag zum Thema „Praxis des Dopingstrafrechts“ einen nachdenklich stimmenden Einblick in die Praxis des Leistungs- und insbesondere des Breitensports. Darüber hinaus stellte sie die dem Nicht-Fachmann wenig geläufigen Straftatbestände der § 95 ff. AMG einschließlich ihrer Anwendungsschwierigkeiten dar. (Kraftsport-)Doping lässt demnach offenbar nicht nur die Muskeln wachsen, sondern auch die Eingangszahlen bei der Schwerpunktstaatsanwaltschaft München I. Aus Sicht der Referentin besteht gleichwohl gesetzgeberischer Nachholbedarf hinsichtlich der Strafbarkeit des Besitzes auch von geringeren Mengen und vom Handelstreiben mit Dopingmitteln insgesamt – was eine weitere Annäherung an das Betäubungsmittelstrafrecht mit sich brächte – und einer Kronzeugenregelung.

Im Anschluss referierte Prokop zur Frage des „Betrugs durch Sportdoping“ und der Frage der Strafbarkeit gem. § 263 StGB nach Offenbarwerden eines Dopingdelikts. Er lieferte für die Strafbarkeitsfrage relevante Einblicke aus der Praxis des Sports und erläuterte die daraus resultierenden Rechtsprobleme. Gedopt werde i.d.R. zu Trainingszeiten, um dort die Intensität zu erhöhen, und nicht unmittelbar im oder vor dem Wettkampf, so der Referent. Um eine Betrugsstrafbarkeit des dopenden Sportlers zu begründen, müssten die Vertragspartner des Sportlers – Veranstalter, Sponsoren etc. – beispielsweise Erklärungen des Athleten in die jeweiligen Verträge aufnehmen, dass er auch in der Trainingsphase nicht gedopt habe.

Der infolge terminlicher Friktionen vorgezogene Vortrag von Haas zum Thema „Privatisierung der Strafverfolgung im (internationalen) Sportrecht“ führte die Zuhörer in die Art und Weise der Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Sportrecht in Lausanne ein, zu der alle sportrechtlichen Streitigkeiten weltweit gelangen. Infolgedessen gelte für alle Nationen ein einheitlicher Standard, der durch staatliche Institutionen zumindest (aber auch nur) minimal kontrolliert werde. Dem Vorteil des einheitlichen Standards durch eine privatisierte Sportgerichtsbarkeit stünden jedoch auf der Sollseite die faktischen Grenzen des Systems entgegen. So sei es beispielsweise im aktuellen Dopingthema nicht möglich, die Hintermänner des Sy-

stems zu fassen. Aufgrund der „Flucht in die Schiedsgerichtsbarkeit“ komme zudem eine Zuhilfenahme staatlicher Institutionen bei solchen Fällen nicht mehr in Betracht.

Momsen befasste sich im Anschluss mit der Frage „Manipulation von Sportwetten und Schiedsrichterbestechung: Straflöse Korruption im Sport?“. Dass die Manipulation von Sportwetten unter dem Gesichtspunkt des § 263 StGB strafbar sei, stehe außer Frage. Zu erörtern sei jedoch, ob noch eine Strafbarkeit unter korruptionsrechtlichen Aspekten in Betracht komme. Als Ergebnis hielt der Referent jedoch fest, dass das sogenannte „Match-Fixing“ und damit die Manipulation eines Ergebnisses bzw. der ausführenden Belegschaft einer Sportveranstaltung in allen denkbaren Facetten sowohl mangels Handelns im geschäftlichen Verkehr als auch aufgrund fehlender Amtsträgereigenschaft nicht unter das deutsche Korruptionsstrafrecht falle. Dies sei insbesondere deshalb interessant, da von der weltweiten Manipulation von Sportwetten oder auch der Schiedsrichterbestechung erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen ausgingen. Die hier bestehende Strafbarkeitslücke sei deshalb nicht tolerabel. Seinen Vortrag schloss *Momsen* mit der Forderung nach einem eigenen Straftatbestand der Schiedsrichterbestechung, nicht zuletzt aufgrund der erheblichen Praxisrelevanz dieser Fälle.

Der anschließende Vortrag von *Pieth* und *Schenk* zum Thema „Praxis der Selbstregulierung und Selbstreinigung im Wirtschaftsbetrieb Sport am Beispiel der FIFA“ offenbarte erhebliche Defizite in der Selbstregulierung des Weltfußballverbandes. Mangels Einflusses staatlicher Gewalt sei der status quo gekennzeichnet von „Wildwestmethoden“ und „Patronage“ als Folge übermäßigen Liquiditätszuflusses, mangelnder Regularien und der Ausgestaltung von Sportdachverbänden als NPO (non profit organisation). Diese Defizite führten zu einem Nachhol- und Regulierungsbedarf bei den Sportverbänden, der nach dem Vorbild internationaler Großunternehmen in punkto Compliance, Buchführung und anwendbaren Normen und Regularien ausgestaltet werden müsste. Ziel sei hier die Herstellung von Transparenz und Demokratie. In Anbetracht der von *Pieth* zuvor geschilderten Ausgangslage handelt es sich dabei jedoch um ein sehr ehrgeiziges Ziel, dessen Verwirklichung noch in weiter Ferne zu vermuten ist. Ebenfalls einen nachdenklich stimmenden Praxiseinblick gab die Referentin *Schenk*, die die Monopolstellung der Sportverbände kritisierte und auf die sogenannte „Inzucht“ der Verbände hinwies: Die Vorstände der Verbände seien alle ehemalige Aktive und damit Teil des Systems einschließlich der darin existenten Seilschaften. Der Wille zur Aufklärung und zur Neuerung sei dementsprechend eher gering. Zudem seien die Vorstände der Sportverbände sowie die Verbände selbst in einer Art Popularitätsfalle gefangen, die jegliche Fähigkeit zur Selbstkritik im Keim erstickte. Der aktuellen Tagespresse ist zu entnehmen, dass die u. a. von *Pieth* und *Schenk* geforderten Reformen allenfalls in Ansätzen von der FIFA umgesetzt werden und sich die Befürchtungen der Referenten bewahrheitet haben.

Thematisch an die Forderungen von *Mühlbauer* anknüpfend ging *Rübenstahl* auf das Dopingstrafrecht de lege ferenda ein. Während ein generelles, mengenunabhängiges Verbot des Besitzes von Dopingmitteln geplant sei, ferner auch der Umgang mit Dopingmitteln in verschiedensten Facetten unter Strafe gestellt werden solle, werde eine weitgehende Strafbarkeit des Handelns vorerst nicht Gesetz werden. *Rübenstahl* nahm eine verfassungsrechtliche Einordnung möglicher strengerer Strafvorschriften vor.

IV. Themenblock 3: Steuergerechtigkeit und Strafbarkeit der Steuerhinterziehung

Am zweiten Tag der Veranstaltung, einem Samstag, ab 14:00 Uhr zum Themenblock „Steuergerechtigkeit und Strafbarkeit der Steuerhinterziehung“ zu referieren, erscheint prima facie als Herausforderung für Redner wie Zuhörer. Unter der Leitung von *Wulf*, der sich als Moderator, Fragensteller und Diskutant glänzend aufgelegt zeigte, schafften es *Tappe*, *Bülte* und *Hechtner* nichtsdestotrotz, eine Fülle von Informationen unterhaltsam zu präsentieren. Dass Steuern steuern, also nicht nur finanzieren, sondern auch gestalten, erläuterte *Tappe* u.a. anhand einprägsamer historischer Beispiele wie der „Mordsteuer“, die vom verantwortlichen Ermittler für nicht aufgeklärte Tötungsdelikte zu leisten war. Zielgerichtet schiffte der Referent auf das Kernproblem der Steuerung durch Entlastung von Steuern zu, für die es gute Gründe – etwa den Umweltschutz – gebe, die aber schlechte Folgen zeitigen können, wie die Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. *Bülte* forderte juristische Kategorien für die Antwort auf die Frage, ob es strafbar sei, ein ungerechtes Steuergesetz zu verletzen. Er fand diese in der Differenzierung zwischen vom Bundesverfas-

sungsgericht als nichtig festgestellten Steuergesetzen auf der einen Seite – mit der Folge fehlender Strafbarkeit – und mit der Verfassung unvereinbaren Steuergesetzen auf der anderen Seite, die aber mit einer befristeten Weitergeltungsanordnung versehen würden – hier sei ein Verstoß strafbar.

In seinem Referat über die „Gerechtigkeits- und Anwendungsfragen der Selbstanzeige sowie von Amnestieregelungen im Steuerstrafrecht“ beschäftigte sich der Ökonom *Hüchtner* u.a. mit dem (endgültig gescheiterten?) Steuerabkommen Deutschlands mit der Schweiz. Um die Frage der persönlichen Steuergerechtigkeit beantworten zu können, brauche der Ökonom Daten. Solche würden seitens der Politik auch auf Anfrage selten herausgegeben, man müsse „sich da einen Abgeordneten greifen“, so die sympathische, direkte und basisdemokratische Herangehensweise des Ökonomen, der anschließend entsprechende Daten präsentieren konnte. Der Referent berichtete sodann zum Thema Selbstanzeige u.a. auch über die Arbeitsgemeinschaft „Zweifelsfragen Schwarzgeldbekämpfungsgesetz“, in der offene Anwendungsfragen für die Praxis beantwortet würden.

Zusammenfassend darf gesagt werden, dass es absolut lohnenswert war, auch den letzten Teil der insgesamt wieder sehr gelungenen Neujahrstagung aufmerksam zu verfolgen.

Rezensionen

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln

Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar, Strafprozess- ordnung

5. Auflage (2012), C.F. Müller, 159,95 €, 2845 S.

Drei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufage ist die Neuauflage des Heidelberger Kommentars zu Strafprozessordnung auf den – an Kommentierungen dieses Gesetzes nicht armen – Buchmarkt gekommen. Es darf vorweggenommen werden, dass das auf über 2840 Seiten – und damit gegenüber der Voraufage um mehr als 250 Seiten – angewachsene Werk die durch die Voraufagen geweckten hohen Erwartungen (vgl. etwa die Rezension von *Krenberger* NJ 2009, 465) erfüllt. Wäre der Heidelberger Kommentar zur StPO – wie zur Zeit – stets auf dem neuesten Stand, d.h. erschiene er in noch kürzeren Abständen, bestünde kein zwingender Anlass, ergänzend auf ein allseits bekanntes einbändiges Anmerkungs-buch zur StPO zurückzugreifen. Aber auch so ist das besprochene Werk – mit dem der Rezensent sehr gerne und häufig arbeitet – ein wichtiges Korrektiv zu dem einflussreichen, besonders rechtsprechungs-nahen StPO-Kommentar *Meyer-Goßners*. Eine klare Kaufempfehlung sei daher vorweg ausgesprochen.

Der Kreis der Autoren hat sich im Vergleich zur Voraufage erheblich verändert. Ausgeschieden sind altersbedingt der Mitbegründer und Mitherausgeber des Werkes, Ministerialdirigent a.D. Professor Dr. *Lemke* und der langjährige Mitkommentator Bundesanwalt a.D. Dr. *Kurth*. Erweitert und verjüngt wurde das Kommentatorenteam durch das Hinzutreten von Rechtsanwalt Dr. *Ahlbrecht*, Düsseldorf, des leitenden Oberstaatsanwalts bei der Staatsanwaltschaft Trier, Dr. *Brauer*, des Vorsitzenden Richters am OLG Hamm *Posthoff*, des Richters am Landgericht Osnabrück, *Schmidt*, sowie von Frau Professor Dr. *Weißer* (Universität Münster). Durch die Auswahl der neuen Autoren wurde zum einen sichergestellt, dass die fruchtbare und ausgewogene Mischung von Kommentatoren aus Justiz, Anwaltschaft und Wissenschaft beibehalten wird, zum anderen – durch die Vergrößerung des Autorenkreises – aber auch, dass die einzelnen Autoren ihre Kommentierungstätigkeit auf eine kleinere Zahl an Normen konzentrieren konnten. Gerade Letzteres macht sich bereits in der besprochenen Neuauflage anhand der Intensität und Vertiefung zahlreicher Kommentierungen

sehr positiv bemerkbar. Vielerorts wird eine im besten Sinne praxisbezogene Herangehensweise der Autoren sichtbar, die – für den Rechtsanwender – einen weiteren großen Vorteil des Kommentars darstellt. In formaler Hinsicht ist zudem festzuhalten, dass der Kommentar durch seine ausgeprägte Lesbarkeit besticht, die durch eine maßvolle und durchdachte Wiedergabe von (nicht zu vielen, sondern der wichtigen) Fundstellen, durch Hervorhebungen im Fettdruck durch eine ausreichende Schriftgröße und besonders durch einen – im Vergleich zu Referenzwerken – größeren Zeilenabstand bewirkt wird.

Eigene inhaltliche Akzente setzt der Kommentar besonders mit Ausführungen zu der verfassungsrechtlichen Positionen des Beschuldigten, zum – primär aus anwaltlicher Sicht auszu-schöpfen – Argumentationspotential der EMRK, zur – gerade der verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterworfenen – Verständigung im Strafverfahren, sowie zu Besonderheiten im Wirtschaftsstrafverfahren. Letzteres begrüßt der Rezensent tätigkeitsbedingt besonders. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang unter anderem die Ausführungen von *Gerccke* zur Vermögensabschöpfung (§§ 111b ff. StPO) und die sehr gründliche und eingehende Kommentierung von *Temming* zur Verständigung im Strafverfahren gemäß § 257c StPO, die in der Praxis einen hauptsächlichen Anwendungsbereich im Bereich der Wirtschaftsstrafverfahren, insbesondere im Zuständigkeitsbereich der Wirtschaftsstrafkammern (§ 74c GVG), findet. Ähnliches gilt für die Kommentierung der §§ 153, 153a StPO durch *Gercke*.

Sehr gelungen sind auch die sehr eingehenden, EMRK-Aspekte und die Interessenlage des Verteidigers umfassend berücksichtigenden Kommentierungen der §§ 136, 136a StPO durch *Ahlbrecht*. Qualitativ sehr hochwertig und zugleich außergewöhnlich tiefgründig sind auch die umfangreichen Kommentierungen der §§ 158-160a, 161-177 StPO durch *Zöller*, denen die umfangreiche Forschungs- und Publikationstätigkeit des Autors – insbesondere auch zum Verhältnis des Strafprozessrechts zu polizeirechtlichen und nachrichtendienstlichen Maßnahmen und den diesbezüglichen Rechtsrahmen – ersichtlich zu Gute kommt. Hervorgehoben seien hier die hervorragenden Kommentierungen *Zöllers* zu § 160a StPO n. F. (Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsheimnisträger), zu § 161 StPO (Ermittlungen) und zu § 163 StPO (Erster Zugriff der Polizei), die nach Qualität, Umfang und Intensität durchaus auch einem Großkommentar gut anstehen würden.

Eine große Stärke des Kommentars liegt zudem in der klaren und verständlichen Schilderung des Potentials elektronischer Datenverarbeitung, technischer Ermittlungsmaßnahmen und ihrer prozessrechtlichen Einordnung im Kontext der jeweils einschlägigen strafverfahrensrechtlichen Eingriffsgrundlagen. Beispielhaft kann hier auf die Ausführungen *Gerckes* zu § 94 StPO im Zusammenhang mit EDV-Anlagen und Daten (Rn. 17 ff.) verwiesen werden.

Durch diese Einzelhinweise sollen jedoch die übrigen Autoren und Beiträge keinesfalls abgewertet werden. Insgesamt kann – was bei elf Autoren nicht selbstverständlich ist – auch bezüglich der hier nicht im einzelnen angesprochenen Kommentierungen von einer *durchgehend* sehr guten Qualität der kommentierenden Anmerkungen gesprochen werden, nicht nur in zentralen Bereichen – wie in der Kommentierung des Rechts der Hauptverhandlung durch *Julius* (vgl. etwa die umfangreiche und gut strukturierte Kommentierung zu § 261 StPO) bzw. der Untersuchungshaft durch *Posthoff* (vgl. die Kommentierung zu § 112 StPO) – sondern gerade auch bei Vorschriften, die üblicherweise nicht zu den zentralen Normen der Strafprozessordnung gerechnet werden (etwa im Bereich des Rechts der Nebenklage; der Akteneinsichtsrecht der gemäß §§ 406e, 475 StPO; des Strafvollstreckungs- und Kostenrechts).

Sehr vorteilhaft ist, dass der Heidelberger Kommentar nunmehr auch eine praxisnahe Kommentierung der GVG-Vorschriften enthält (ca. 240 Seiten), die für die Neuauflage von *Schmidt* und *Temming* übersichtlich, gut lesbar und aus einem Guss gefertigt wurde. Das Ziel, schwerpunktmäßig die praxisrelevanten Fehlerquellen aus dem Bereich des GVG darzustellen und im Übrigen die GVG-Komentierung nicht zu überfrachten, erscheint sinnvoll und wurde erreicht.

Sander hatte in einer Besprechung der 2. Auflage zum Heidelberger Kommentar¹ noch angemerkt, die „äußere Aufmachung“ des Buches sei „eher schlicht“ und die „praktische Handhabung wäre erleichtert, wenn das zwar übersichtliche, aber teilweise etwas grobmaschige Stichwortverzeichnis zukünftig verfeinert würde“. Beiden Kritikpunkten sind meines Erachtens

¹ NJW 2000, 3193.

Autoren und Verlag inzwischen bestens gerecht geworden. Gerade das Stichwortverzeichnis besticht inzwischen – jedenfalls aus Sicht des Rezensenten – nicht nur durch Übersichtlichkeit, sondern auch durch Vollständigkeit. Soweit überhaupt noch (konstruktive) Kritik veranlasst ist, könnte diese an die ebenfalls bereits von *Sander* ausgesprochene Anregung anknüpfen, der „*wachsenden Bedeutung der EMRK*“ nicht nur durch eine Kommentierung "an Ort und Stelle" im Text, sondern durch eine „*zusammenhängende kommentierende Darstellung der strafprozessual relevanten Artikel*“ Rechnung zu tragen. Die Kommentierung der GVG-Vorschriften weist hier meines Erachtens der 6. Auflage den richtigen Weg. Der Bezug der EMRK zu den StPO-Vorschriften sollte durch präzise wechselseitige Verweise hergestellt werden.

Rechtsanwältin Dr. Susanne Stauder, Düsseldorf

Handbuch Geldwäscheprävention – Verschleierungstechniken, Normen und Institutionen, Länderrisiken

Dr. Dirk Ehlscheid/Brigitte Pfeiffer, 1. Auflage (2012), Erich Schmidt Verlag, 510 Seiten, 79,95 Euro.

Die Autoren sind Mitarbeiter des Bundesrechnungshofes und haben mit dem o.g. Handbuch ein Werk verfasst, das jeder Praktiker, der mit Geldwäsche und ihren mannigfachen Erscheinungsformen im Alltag zu tun hat, regelmäßig zur Hand nehmen wird. Es ist ihnen gelungen, das komplexe Thema der Geldwäsche strukturiert darzustellen und insbesondere auch Nicht-Juristen die mit der Geldwäsche verbundenen rechtlichen Schwierigkeiten verständlich zu machen. Vice versa findet der auf diesem Gebiet beratende Rechtsanwalt zahlreiche Beispiele und Darstellungen zur Vorgehensweise der Täter sowie eine Übersicht zu den einzelnen Sorgfaltspflichten nach dem GwG. So kann er sich, ohne sich in den langen und unübersichtlichen Paragraphen des Gesetzes zu verlieren, einen ersten guten Überblick darüber verschaffen, welche konkreten Sorgfaltspflichten sein Mandant zu erfüllen haben könnte.

Das Handbuch, inklusive Vorwort und Stichwortverzeichnis insgesamt 510 Seiten lang, untergliedert sich in fünf große, eigenständige Kapitel, die wiederum in zahlreiche Unterkapitel aufgeteilt sind, um so der Bandbreite des Themengebietes Rechnung zu tragen. Die Autoren treffen dabei den Zeitgeist des Phänomens Geldwäsche, die sich längst nicht mehr nur im Bereich der Drogenkriminalität und des Waffenhandels abspielt, sondern mehr und mehr sämtliche Wirtschaftszweige unterwandert.

Nach der Einleitung (1. Kapitel) beginnen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* im 2. Kapitel (Verschleierungstechniken) systematisch und erläutern zunächst den Geldwäschebegriff, den Umfang der Geldwäsche sowie die verschiedenen Phasen ebendieser. Insbesondere die Ausführungen zur ersten der insgesamt drei Phasen der Geldwäsche fallen ausführlich aus und sind mit Beispielen aus der Praxis unterlegt. Der Schwerpunkt dieses Kapitels liegt sodann in der Darstellung der zahlreichen verschiedenen Verschleierungstechniken. Die Autoren setzen sich eingehend mit verschiedenen handelsbasierten Methoden, wie beispielsweise der Über- und Unterfakturierung, dem Umsatzsteuerkarussell, Scheingeschäften, der Mehrfachfakturierung sowie den Methoden der sog. „Black Market Peso Exchange Methode“ sowie dem „Loan-Back-Verfahren“ und „Back-to-Back-Darlehen“ auseinander. Dabei folgt der allgemeinen Darstellung der jeweiligen Methode immer eine Darstellung der verschiedenen, zur Anwendung kommenden Verschleierungstechniken, bevor *Ehlscheid* und *Pfeiffer* wertvolle Hinweise liefern, anhand welcher Indikatoren das jeweilige Vorgehen der Täter identifiziert werden kann. Im Anschluss daran widmen die Autoren der Freizeit- und Unterhaltungsindustrie, speziell dem Sportsektor, ein ausführliches Augenmerk. Insbesondere den professionellen Sportbereich betreffend haben die Autoren die Zeichen der Zeit erkannt,

gerade im Profi-Fußball liegt erhebliches Potenzial für Geldwäscher – man erinnere sich nur an die Geldwäschewürfe im Vorfeld der Fußball-Europameisterschaft 2012 gegenüber zahlreichen italienischen Fußballnationalspielern oder jene im Zusammenhang mit den Transfers von *Javier Mascherano* und *Carlos Tevez* zum mittelmäßigen Fußballclub West Ham United. Abgerundet wird das Kapitel durch Ausführungen zu den Erscheinungsformen und Präventionsmöglichkeiten der Geldwäsche im Glücksspielbereich.

Im 3. Kapitel (Geldwäschenormen) widmen sich *Ehlscheid* und *Pfeiffer* nach einem kurzen Abriss zur Entwicklung der Geldwäschegesetzgebung eingehend den aufgrund des Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprevention eingetretenen umfangreichen Gesetzesänderungen im Geldwäschegesetz (GwG) sowie den entsprechenden Folgeänderungen im Kreditwesengesetz (KWG), im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) sowie im Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz (ZAG). Die Gesetzesänderung war notwendig geworden, weil die Financial Action Task Force (FATF), eine unabhängige Organisation zur Bekämpfung der Geldwäsche, erhebliche Defizite im deutschen Rechtssystem bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung festgestellt hatte. Die Änderung hat in erster Linie erhebliche Umstrukturierungen und Neuerungen im GwG mit sich gebracht, auf die die Autoren in der Folge im Detail eingehen. Sie fassen dabei zunächst die wesentlichen Regelungen des GwG zusammen und stellen die für die Arbeit mit dem Gesetz unerlässlichen Definitionen dar. Sodann erfolgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Sorgfaltspflichten und ihrer konkreten Umsetzung in der Praxis, bevor die übrigen, sich aus dem GwG ergebenden Pflichten systematisch dargestellt werden. Hinsichtlich der Meldepflicht von Verdachtsfällen führen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* Einzelheiten zu dem Vorgehen in der Praxis aus, ohne sich dabei im Detail zu verlieren. Für die Praxis wertvoll ist schließlich auch die tabellarische Auflistung zu den jeweiligen Aufsichtsbehörden über die einzelnen, in § 2 Abs. 1 GwG genannten Verpflichteten sowie der tabellarische Überblick zu den Bußgeldvorschriften, die es dem Praktiker ermöglichen, auf einen schnellen Blick zu beurteilen, ob ein Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht als Ordnungswidrigkeit zu ahnden ist oder nicht. Der Schwerpunkt dieses Kapitels liegt in der Folge in der Darstellung der zu beachtenden Besonderheiten durch die einzelnen Verpflichteten nach dem GwG. Dabei widmen die Autoren jedem der derzeit insgesamt 17 im Katalog des GwG aufgeführten Verpflichteten ein eigenes Unterkapitel, in welchem sich zunächst eine kurze Darstellung des Tätigkeitsfeldes des jeweilig Verpflichteten findet, bevor – soweit möglich – verschiedene Praxisbeispiele dargestellt werden. Ferner werden für jeden dieser Verpflichteten noch einmal separat die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten nach dem GwG und – wo einschlägig – auch nach dem KWG, dem VAG sowie dem ZAG aufgeführt. Vereinzelt finden sich überdies weiterführende Literaturhinweise, die es dem Praktiker im Bedarfsfall ermöglichen, sich eingehender mit der jeweiligen Thematik zu befassen.

Den Autoren gelingt es, auch aktuelle Themen aufzugreifen: Im Rahmen der Auseinandersetzung mit den einzelnen Verpflichteten erfolgt so beispielsweise die ausführliche Darstellung von Instituten im Sinne des § 1 Abs. 2a ZAG und hier insbesondere die Darstellung der in der Praxis häufig anzutreffenden Finanzagenten sowie dem sich immer weiter verbreitenden Phänomen des E-Geldes. Der Praktiker findet in diesem Zusammenhang u.a. eine Aufstellung sämtlicher E-Geld-Produkte. Darüber hinaus stellen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* die für diese Verpflichteten geltenden Regelungen, die über das GwG hinausgehen, dar und zeigen den jeweiligen Regelungsinhalt der einschlägigen Norm auf. Schließlich gelingt die Darstellung zu den verpflichteten Personen, die gewerblich mit Gütern handeln (§ 2 Abs. 1 Nr. 12 GwG). Nach einer kurzen Übersicht über deren Verpflichtungen und intern vorzunehmenden Sicherungsmaßnahmen führen die Autoren weitergehende Hinweise zu den einzelnen Bereichen an, in denen das Geldwäscherisiko als hoch einzustufen ist.

Im 4. Kapitel (Institutionen) bringen die Autoren Licht in den Dschungel der zahlreichen, mit dem Phänomen der Geldwäsche befassten nationalen und internationalen Institutionen. Im Unterkapitel mit der Überschrift „Internationale Institutionen“ folgt zunächst eine Darstellung der Institutionen auf internationaler Ebene einschließlich ihrer Arbeitsgruppen und Einrichtungen zur Geldwäschebekämpfung. Die Autoren zeigen auf, wie die einzelnen Institute aufgebaut sind, in welcher Form sie sich mit dem Thema Geldwäsche auseinander setzen und welche konkreten Aufgaben die einzelnen Gruppierungen in diesem Zusammenhang übernehmen. Im internationalen Bereich legen die Autoren dabei ein besonderes Augenmerk auf die FATF, den wichtigsten internationalen Standardsetzer beim Kampf gegen

die Geldwäsche und auch die Terrorismusfinanzierung. Diese Expertengruppe befasst sich ausschließlich damit, die verschiedenen Geldwäschemethoden zu analysieren, Instrumente zu ihrer Bekämpfung zu entwickeln und die von ihr entwickelten Standards zu verbreiten und die Umsetzung in den Mitgliedsstaaten zu überwachen. Auch die von der FATF vorgebrachten Rügen bezüglich der Geldwäschebekämpfung in Deutschland finden Eingang in das Handbuch. Ein eigenes Unterkapitel wird überdies den Institutionen im Banken- und Wertpapiersektor zuteil, was sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund erklärt, dass Geldwäsche kaum einmal ohne die Involvierung von Kreditinstituten abläuft. Einen breiten Raum innerhalb dieses Kapitels gewähren *Ehlscheid* und *Pfeiffer* den europäischen Institutionen, die sich dem Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verschrieben haben, so werden beispielsweise die verschiedenen Institutionen auf EU-Ebene, wie das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), Eurojust (eine Einrichtung der EU zur Förderung und Verbesserung der Koordinierung und der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden bei der Verfolgung schwerer grenzüberschreitender Kriminalität in der EU), Europol sowie die Europäische Bankaufsichtsbehörde und die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde näher vorgestellt. Den letzten Teil dieses Kapitels widmen die Autoren den Institutionen auf Bund-Länder-Ebene. Dargestellt werden hier neben dem BKA und der Zentralstelle für Verdachtsmeldungen (FIU) auch verschiedene Einrichtungen der Bundesfinanzverwaltung, der Landesfinanzverwaltung und der Bundes- und Landesrechnungshöfe. Auch auf nationaler Ebene kommt dem Kreditwesen insofern eine besondere Bedeutung zu, als dass die Deutsche Kreditwirtschaft (DK), ein Zusammenschluss des Bundesverbandes der Deutschen Volks- und Raiffeisenbanken, des Bundesverbandes deutscher Banken, des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands, des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes und des Verbandes Deutscher Pfandbriefbanken Erwähnung findet. Die Deutsche Kreditwirtschaft, die gemeinsam mit der BaFin und dem Bundesministerium der Finanzen eine gemeinsame Arbeitsgruppe zur Geldwäscheprävention gegründet hat, gibt in regelmäßigen Abständen Auslegungs- und Anwendungshinweise zu den geldwäscherechtlichen Vorschriften heraus, was die Autoren in der gebotenen Kürze ebenfalls im 4. Kapitel erwähnen.

Nur konsequent ist dann im 5. Kapitel (Länderrisiko) die Auseinandersetzung mit verschiedenen Listen und Indizes der relevanten Risiken in einzelnen Ländern, haben diese Risiken doch unmittelbare Auswirkungen auf die bereits dargestellten Sorgfaltspflichten, die der einzelne Verpflichtete einzuhalten hat. Das relativ kurz gefasste Kapitel schneidet nach einer kurzen Einführung in einem eigenen Unterkapitel die geldwäschegefährdeten Länder an, führt die einzelnen Länder jedoch nicht gesondert auf, sondern verweist insoweit auf die entsprechenden Veröffentlichungen durch die jeweiligen Institutionen. Auch das Thema Offshore-Finanzzentren findet Erwähnung, da in der Praxis häufig komplexe länderübergreifende Finanztransaktionen – gerne unter Einbeziehung von Offshore-Finanzplätzen – durchgeführt werden. Da in solchen Ländern in der Regel Buchführungspflichten und Bankenaufsicht fehlen sowie eine nur ungenügende Steuerkontrolle stattfindet, ist die Abwicklung von Finanztransaktionen über derartige Steueroasen ein willkommenes Vorgehen für Geldwäscher.

Das Handbuch schließt im 6. Kapitel (Allgemeine Präventionsmaßnahmen) mit einem praxisrelevanten Part, nämlich der Darstellung geldwäscherelevanter und in diesem Zusammenhang sich ergebender allgemeiner Präventionsmaßnahmen. Hierbei gehen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* nicht nur auf den Compliance-Bereich der Geldwäsche ein, sondern widmen sich angesichts des Umstands, dass sich im Zusammenhang mit der Geldwäsche immer auch steuerliche und korruptionsrechtliche Fragen stellen, zugleich auch den Compliance-Bereichen „Steuer“ und „Korruption“. In letztgenanntem Kontext finden sich u.a. Ausführungen zu den verschiedenen, internationalen Regelungen. Nach der Darlegung der verschiedenen gesetzlichen Regelungen, aus denen sich die Pflicht des Unternehmens für die Leitung und Überwachung durch ein internes Kontrollmanagement ergibt, folgt in einem separaten Unterkapitel eine Auseinandersetzung mit der derzeitigen Unternehmenskultur in Deutschland im Hinblick auf ein Compliance-System. Dem gegenüber stellen die Autoren kurz die entsprechende Regelung in angelsächsischen Ländern dar, bevor sie sich den einzelnen Compliance-Maßnahmen widmen. Dabei gehen sie neben der Implementierung eines Compliance Officers auch auf die Einrichtung eines Whistleblowing-Systems und das sog. Business-Partner-Screening ein. Insbesondere dieses Screening, das der Erfüllung des Know-your-Customer-Prinzips Rechnung trägt, wird dargestellt. Im Zusammenhang mit den Ausführungen

rungen zur Anti-Korruptions-Compliance finden die hinlänglich bekannten Empfehlungen und Konventionen der OECD, der UK Bribery Act, der US Foreign Corrupt Practices Act sowie der US Dodd Frank Act Erwähnung. Ihrer Auffassung zufolge hat letztgenannte Regelung Auswirkungen auf die Anti-Geldwäsche-Compliance der Finanzinstitute. Bedauerlicherweise gehen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* an dieser Stelle nicht näher auf die Auswirkungen ein oder führen praktische Beispiele auf.

In einem weiteren separaten Unterkapitel stellen die Autoren schließlich die sog. Tax- Compliance vor. Nach einer Auseinandersetzung zu verschiedenen steuerlichen Compliance-Themen gehen sie in einem nächsten Teil eingehend auf den Umstand ein, dass die Sicherheit im Warenhandel zunehmend durch die organisierte Kriminalität beeinträchtigt wird, weshalb auch insoweit erhebliche Sicherheitsbedürfnisse bestünden. In diesem Zusammenhang stellen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* verschiedene Informationssysteme vor, die diesem Bedürfnis Rechnung tragen können. Ferner widmen sie der Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs sowie bestehenden Meldepflichten bei Auslandszahlungen und Auslandsbeteiligungen einige allgemeine Ausführungen und zeigen in diesem Zusammenhang die einschlägigen Normen in der gebotenen Kürze auf. Abgerundet wird dieses letzte Kapitel mit Hinweisen zur Zusammenarbeit mit den relevanten Ermittlungsbehörden – sowohl auf EU- wie auch auf nationaler Ebene. Zum Abschluss gehen *Ehlscheid* und *Pfeiffer* knapp auf den Straftatbestand der Geldwäsche ein und versäumen es nicht, auf knapp vier Seiten einige Sätze zum Unternehmensstrafrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz zu verlieren.

Ein insgesamt gelungenes Werk, das sowohl die stark gestiegenen Anforderungen an die einzelnen Verpflichteten dokumentiert als auch mögliche Gefahrenquellen für Unternehmen identifiziert und zugleich Maßnahmen zur Prävention und Vermeidung von Haftung aufzeigt. Den Autoren ist es insgesamt gelungen, das Themengebiet Geldwäsche entsprechend den Anforderungen zu bearbeiten, ohne sich an einzelnen Stellen zu sehr im Detail zu verlieren. Sie versäumen es überdies nicht, an zahlreichen Stellen weiterführende Literaturhinweise anzuführen, um so dem Leser die Möglichkeit zu geben, sich – sofern nötig – noch ausführlicher mit dem konkreten Problem zu befassen.

Laura Görtz, Rechtsanwältin ¹

Rezension: Stefan Behringer (Hrsg.), Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand

Erich Schmidt Verlag, Berlin, September 2012, 272 Seiten, 29,95 Euro.

I. Einleitung

Compliance ist in aller Munde. Die Veröffentlichungen zum Thema sind vielfältig. Eine Fokussierung speziell auf kleinere und mittlere Unternehmen findet sich jedoch selten. Das von *Stefan Behringer*, Dekan der EBC Hochschule und Professor für Rechnungswesen und Betriebswirtschaftslehre an deren Hamburger Campus, im vergangenen Jahr herausgegebene Buch „Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand“ nimmt sich des Themas an. Der Praxisleitfaden gibt – in einer für den juristischen Laien verständlichen Sprache – einen Überblick über strafrechtliche und zivilrechtliche Haftungsrisiken, welche durch Compliance vermieden werden sollen. Das Handbuch widmet sich dabei zahlreichen Compliance-Feldern von der Korruptionsprävention über die Produkthaftung bis hin zur IT-Compliance. In den nach einzelnen Rechtsgebieten aufgeteilten Kapiteln wird zunächst die

¹ Laura Görtz ist Rechtsanwältin am Düsseldorfer Standort von Heuking Kühn Lüer Wojtek. Sie berät und vertritt Unternehmen und Einzelpersonen auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts.

Rechtslage überblicksartig dargestellt. Am Ende der meisten Kapitel finden sich sodann Checklisten mit Handlungsempfehlungen.

II. Im Einzelnen

Kleinere und mittlere Unternehmen

Das Buch gliedert sich in 12 Kapitel. Im ersten Kapitel „Compliance und KMU“ erläutert der Herausgeber die Begriffe Compliance und KMU (kleinere und mittlere Unternehmen) und gibt damit gleichzeitig vor, an wen sich das Buch richtet: Er schließt sich einer Definition der EU-Kommission von kleineren und mittleren Unternehmen an. Danach seien KMU Unternehmen mit maximal 249 Beschäftigten, einem maximalen Jahresumsatz von EUR 50 Mio. und einer Bilanzsumme von maximal EUR 43 Mio. Wichtiges Kriterium sei zudem, dass Unternehmen, die selbst keine KMU sind, mit maximal 25% an dem Unternehmen beteiligt sind. Aus dieser Definition, so *Behringer*, ergebe sich zugleich die Wesensverschiedenheit von KMU zu Großunternehmen. Bei KMU sei der Unternehmer die zentrale Gestalt, in dessen Person sich Eigentum und Management vereine. Damit habe der Eigentümer – im Gegensatz zum Aktionär eines Großunternehmens – die Möglichkeit, die Unternehmensziele selbst zu bestimmen und der Unternehmenskultur sein Gepräge zu verleihen. Außerdem habe die geringere Größe der Unternehmen auf die Compliance-Möglichkeiten einen erheblichen Einfluss: Regelmäßig gebe es in kleineren Unternehmen weniger Hierarchieebenen und die Zahl der Entscheidungsträger sei geringer. Dies führe zu schnelleren, weniger formalisierten Entscheidungsprozessen.

Im zweiten Kapitel „Legal Compliance“ gibt *Thomas Uhlig* einen Überblick über die zivilrechtlichen Haftungsrisiken, welche aus mangelnder Compliance resultieren können. Dabei erläutert er zunächst in einer für den juristischen Laien verständlichen Weise die Unterschiede zwischen Privatrecht, Öffentlichem Recht und dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Anschließend stellt er die verschiedenen zivilrechtlichen Haftungstatbestände dar. Am Ende des Kapitels befindet sich eine Checkliste „Haftungsminimierung für Unternehmensträger“. Hier werden recht allgemeine Hinweise zu möglichen Compliance-Maßnahmen gegeben. Da sich das Handbuch an den Unternehmensverantwortlichen in KMU richtet, wäre es wünschenswert gewesen, die Handlungsempfehlungen an konkreten Beispielen zu verdeutlichen und mit Hinweisen zur praktischen Umsetzung zu versehen.

Wirtschaftsstrafrecht

Im dritten Kapitel beschäftigt sich *Doreen Müller* mit „Wirtschaftsstrafrecht bei KMU“. *Müller* stellt auf 20 Seiten überblicksartig das Wirtschaftsstrafrecht dar. Dabei erläutert sie zunächst die Zurechnung über § 14 StGB bzw. § 9 OWiG und die Verletzung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG. Anschließend geht sie kurz auf die Unternehmensgeldbuße ein und weist daraufhin, dass auch die Regelungen „des Verfalls gem. §§ 73 ff. StGB und § 29a OWiG und der Mehrerlösabführung nach §§ 8 ff. WiStG (...) von großer praktischer Relevanz für ein Unternehmen“ sind. Schließlich stellt *Müller* die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Straftatbestände in verständlicher Weise dar. Eine umfassende Darstellung aller relevanten Tatbestände ist auf 20 Seiten selbstverständlich ein unmögliches Unterfangen. Dennoch stellt sich die Frage, ob nicht eine andere Schwerpunktsetzung den praktischen Bedürfnissen eher entsprochen hätte: Während *Müller* auf Tatbestände, die dem Strafrechtspraktiker eher selten begegnen, wie z. B. die strafbare Werbung oder Verstöße gegen das Außenwirtschaftsrecht, eingeht, fehlen Erläuterungen zu den „Klassikern“ des Wirtschaftsstrafrechts, wie der Untreue und des Betruges, vollends. An das Kapitel von *Müller* schließen sich Checklisten zu Präventivmaßnahmen geordnet nach den einzelnen besprochenen Tatbeständen an.

Das vierte, von *Malte Passarge* verfasste Kapitel trägt den Titel „Korruption im Strafrecht, Zivilrecht und ausländischen Rechtsordnungen sowie Schutzmaßnahmen gegen Korruption“. Zunächst gibt *Passarge* einleitend einen Überblick über die gewandelte Verfolgungsintensität im Bereich der Korruption. Im Folgenden erläutert *Passarge* die verschiedenen Korruptionstatbestände und widmet sich sodann der Korruption in ausländischen Rechtsordnungen. Dabei erläutert er über sieben Seiten die Vorgaben aus dem US-amerikanischen und dem britischen Recht. Diese Schwerpunktsetzung ist im Hinblick auf den Adressatenkreis des Buches nicht wirklich glücklich: Der Darstellung der angloamerikanischen Rechtslage gibt der Autor mehr Raum als der Darstellung des deutschen Rechts. Am Ende des Kapitels gibt *Passarge* Hinweise zu Schutzmaßnahmen gegen Korruption. Dies erfolgt in Form von Fragenkatalogen zu den Bereichen „Allgemeines“, „Einkauf“ und „Vertrieb“. Eine Erläuterung der Fragenkataloge erfolgt nicht. Abhängig von der Vorbildung des Lesers, kann es schwie-

rig sein, allein aus den Fragenkatalogen den Hintergrund der Fragen und vor allem die Konsequenzen, die aus ihrer Beantwortung zu ziehen wären, zu erkennen. Hier wäre es wünschenswert gewesen, zumindest hinsichtlich einiger Beispiele, konkretere Ausführungen zu geeigneten Compliance-Maßnahmen zu machen, um dem Leser ein Gefühl für die Materie zu vermitteln.

Im fünften Kapitel beschäftigt sich *Anja Becher* mit arbeitsrechtlicher und personalwirtschaftlicher Compliance. Nach einer kurzen Einführung rät sie Unternehmen dazu, die bestehenden gesetzlichen Pflichten ihrer Mitarbeiter durch Erklärungen zu verdeutlichen. Diese sollten als Annex zum Arbeitsvertrag unterschrieben werden. Unter anderem schlägt sie vor, alle Mitarbeiter, die häufig mit Kunden oder anderen Geschäftspartnern in Kontakt stehen, unterschreiben zu lassen, dass sie *„keine Geschenke annehmen oder geben bzw. keine Bewirtungen annehmen oder geben, wenn die Möglichkeit besteht, dass damit das Urteilsvermögen eines Dritten beeinflusst wird oder das Geschenk bzw. die Bewirtung als Beeinflussung angesehen werden kann“*. Dieser Formulierungsvorschlag kann durchaus kritisch beäugt werden. Die Selbstverpflichtung der Mitarbeiter wird maßgeblich von einer subjektiven Komponente abhängig gemacht, namentlich der Frage, ob ein Vorteil von ihnen selbst oder von Dritten als Beeinflussung angesehen werden könne. Zur Eindämmung von unrechtmäßigen Verhaltensweisen, hätte es sich vielmehr angeboten, die Annahme von Geschenken oder Bewirtungen an bestimmte Wertgrenzen zu koppeln bzw. von der Genehmigung des Vorgesetzten abhängig zu machen. Weiterhin bietet *Becher* u. a. Formulierungsvorschläge zur Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter, zur Einhaltung des Diskriminierungsverbots sowie zum Schutz des Eigentums des Arbeitgebers und von Insiderinformationen an. Im Rahmen ihrer Formulierungsvorschläge für innerbetriebliche Richtlinien geht *Becher* nicht auf die Möglichkeit ein, eine sogenannte IT-Richtlinie zu erlassen. Zwar umreißt sie später in ihrem Kapitel noch die Rechtsproblematik der Auswertung des Email-Verkehrs im Falle der Gestattung der Privatnutzung, jedoch leitet sie daraus – obwohl es sich um eine in Unternehmen ständig wiederkehrende Fragestellung handelt – keine Handlungsempfehlung ab.

Nach diesem arbeitsrechtlichen Einstieg beschäftigt sich im nächsten Kapitel *Eberhard Jung* mit „Arbeitsschutz und Compliance“. Hierbei stellt er die wesentlichen Gesetze des Arbeitsschutzes wie das Arbeitsschutzgesetz, die Vorschriften zur Unfallverhütung im Sozialgesetzbuch VII, das Arbeitssicherheitsgesetz, das Arbeitszeitgesetz, das Jugendarbeitsschutzgesetz, das Mutterschutzgesetz und das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dar. Auch geht er auf andere Rechtsmaterien ein, die im Einzelfall zu berücksichtigen sein können, wie z. B. die Gefahrstoffverordnung, das Bundesemissionsschutzgesetz, das Schwerbehindertenrecht oder das Heimarbeitsgesetz. Auch dieses Kapitel endet mit Checklisten, an denen der Unternehmer die Einhaltung der wesentlichen Vorschriften und Präventionsmaßnahmen überprüfen kann.

Steuern und Rechnungslegung

Im siebten Kapitel beschäftigt sich *Thomas Ull* mit „Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Steuern bei KMU“. Dabei erläutert er zunächst die gesetzlichen Grundlagen, welche größere Unternehmen gerade mit Kapitalmarktbezug zu bestimmten Compliance-Maßnahmen verpflichten. Anschließend stellt er umfassend das auch für kleinere und mittlere Unternehmen bestehende Bedürfnis einer Kontrolle von Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Steuern dar. Nach dieser Einführung erläutert er die gesetzlichen Grundlagen der Buchführungspflichten, die Vorschriften, welche den Rahmen für die Abfassung eines Jahresabschlusses bei kleineren und mittleren Unternehmen bilden, sowie die zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen ihrer Nichtbeachtung. Schließlich werden in dem Unterkapitel „Compliance und Abschlussprüfung“ der Begriff des Bestätigungsvermerks des Abschlussprüfers sowie die gesetzlichen Voraussetzungen zu seiner Erteilung erläutert. In einem weiteren Unterkapitel beschäftigt sich *Ull* mit „Compliance und Steuern“. Dabei wirft der Autor den Begriff der „Tax Compliance“ in den Raum. Der Leser kann sich hier des Eindrucks nicht erwehren, dass dieses Kapitel eher ein Werbeblock für Tax Compliance ist, der darauf verzichtet, dem Kunden die Funktionsweise des Produkts näher zu bringen. Wie ein kleineres oder mittleres Unternehmen – gerade in Anbetracht seiner Strukturunterschiede zu Großunternehmen – diese Tax Compliance betreiben soll, lässt der Autor offen.

In seinem Kapitel „IT-Compliance“ stellt der Professor für Wirtschaftsinformatik, *Georg Distler*, umfassend die Risikofelder für kleinere und mittlere Unternehmen im Bereich der IT-Sicherheit dar. Er erläutert die entsprechenden rechtlichen Vorgaben des Datenschutzes sowie der externen Kontrolle auf Grund der Bestimmungen im HGB und der Abgabenord-

IT-Compliance

nung. Auch weist er auf besondere branchenspezifische Regelungen z. B. für die Pharma- und Lebensmittelbranche hin. Er erläutert die Stellung des Datenschutzbeauftragten bzw. der Unternehmensverantwortlichen, sofern kein Datenschutzbeauftragter bestellt ist. Anhand einer Checkliste stellt er dar, welche technischen und organisatorischen Maßnahmen ergriffen werden müssen, um IT-bezogene Risiken zu vermeiden. Er geht auf Aufbewahrungs- und Archivierungspflichten nach dem Handels- und Steuerrecht ein sowie auf die Problematik der Privatnutzung von geschäftlichen Email-Adressen. Auch Risiken im Zusammenhang mit Softwarelizenzen und die Verantwortlichkeiten bei der Darstellung des Unternehmens auf Homepages werden erläutert. Insgesamt kann die Darstellung als praxisorientiert und umfassend angesehen werden. Nach dieser Einführung zu den Problemfeldern erläutert der Autor den Prozess hin zu einer wirksamen IT-Compliance. Es handelt sich damit um ein durchaus gelungenes Kapitel des Handbuches, das tatsächlich den Weg hin zu einem Compliance-System durch eine Risikoanalyse, eine effiziente und effektive Implementierung geeigneter Maßnahmen sowie einer Kontrolle dieser Maßnahmen und die Schaffung einer Dokumentationslage, erläutert. Diesen Ansatz hätte man sich in anderen Kapiteln ebenfalls gewünscht.

Compliance in der Produkthaftung

Im neunten Kapitel beschäftigt sich *Harald Potinecke* mit „Compliance in der Produkthaftung“. Dabei stellt er zunächst die zivilrechtlichen Grundlagen der Produkthaftung und auch die strafrechtlichen Risiken des Inverkehrbringens fehlerhafter Produkte dar. Anschließend erläutert er die Möglichkeiten der Compliance als Mittel zur Verhinderung von Produkthaftungsfällen. Dabei setzt er einen Schwerpunkt auf das Krisenmanagement für den Fall, dass fehlerhafte oder gefährliche Produkte auf den Markt gelangt sind. Hier gibt er konkrete Empfehlungen zur Krisenbewältigung, wie z. B. die vorherige Aufstellung eines Notfallplans und die Einsetzung eines Krisenstabs zur Koordination und Kommunikation bei der Durchführung der Krisenbewältigung. Weiterhin weist er darauf hin, dass auch im Vorfeld von Produkthaftungsfällen Strategien zur Schadensbegrenzung und Verlagerung für den Ernstfall, z. B. der Abschluss von Qualitätssicherungsvereinbarungen, getroffen werden können.

Unternehmenskultur

Im folgenden Kapitel beschäftigt sich *Mathias Wendt* mit „Compliance-Management und Unternehmenskultur in mittelständischen Unternehmen“. Dieses Kapitel stellt in erfreulicherweise eine wichtige Besonderheit im Bereich der Compliance mittelständischer Unternehmen, nämlich die Eigentümerführung und die damit verbundene Möglichkeit der Einflussnahme auf die Unternehmenskultur, dar. *Wendt* erläutert wissenschaftlich fundiert das Phänomen der Unternehmenskultur und seine Auswirkungen auf das Rechtstreuverhalten von Unternehmenszugehörigen. Daran anschließend zeigt *Wendt* Möglichkeiten auf, die Unternehmenskultur zu evaluieren und aus den erlangten Ergebnissen einen „Compliance-Mehrwert“ für das Unternehmen zu schaffen.

Im vorletzten Kapitel nimmt *Patrick Ulrich* eine Bestandsaufnahme hinsichtlich der Compliance bei kleineren und mittleren Unternehmen vor. Dieses Kapitel, welches Begriffsdefinitionen vornimmt und auf vielfältiges statistisches Material hinsichtlich der Aktualität und Notwendigkeit von Compliance-Managementsystemen verfügt, wäre durchaus auch im Einführungsbereich des Handbuches sinnvoll gewesen. In dem Kapitel werden sehr interessante Background-Informationen z. B. zur Frage der Motivation von kleineren und mittleren Unternehmen zur Ergreifung von Compliance-Maßnahmen gegeben. So wird z. B. die Risikominimierung nur von 13% der ca. 2.000 befragten Unternehmen als wesentliches Ziel ihrer Compliance genannt. Die „gute Unternehmensführung“ ist hingegen mit 30 % die meistgenannte Motivation zur Einführung von Compliance-Maßnahmen. Hinsichtlich der Relevanz rechtlicher Bereiche für die Compliance werden die Regelungen des Privatrechts von 60% der befragten Unternehmensverantwortlichen als sehr relevant eingestuft, die Regelungen des öffentlichen Rechts von 27%. Die strafrechtlichen Normen fallen in der Statistik unter „andere Regelungen“, welche von 6% der Befragten als relevant angesehen werden. Als wichtigste Instrumente des Compliance-Managements werden die Vorbildfunktion von Führungskräften und das Unternehmensleitbild angesehen. Instrumente, die zu einer Umstrukturierung im alltäglichen Handeln führen, wie z. B. Dokumentationen, ein organisiertes Berichtswesen oder Compliance-Checklisten werden nur von ca. 25 % der Unternehmen als Compliance-Instrumente genutzt.

Compliance-Maßnahmen im KMU

Im letzten Kapitel beschäftigen sich der Herausgeber, *Stephan Behringer*, sowie *Philipp Reusch* mit der Organisation von Compliance in kleineren und mittleren Unternehmen. Dabei gehen sie auf spezifische Aspekte der organisatorischen Ausgestaltung von Compliance

in kleineren Unternehmen ein. So wird z. B. verdeutlicht, dass der Unternehmereigentümer in kleinen Unternehmen quasi gleichzeitig „Compliance-Beauftragter“ ist. Dies habe naturgemäß den Nachteil, dass der Unternehmer als gestaltende, nach unternehmerischer Entfaltung strebende Person oftmals eher den Weg als die Grenzen im Blick hat. Hinzu komme, dass der Unternehmer von einer Gewinnmaximierung regelmäßig direkt profitiere, was auf einen echten Compliance-Beauftragten meist nicht zutreffe. Als Empfehlung leiten die Autoren daraus ab, dass – insofern das Unternehmen auf Grund seiner Größe nicht die Möglichkeit hat einen echten Compliance-Officer zu bestellen – ein Mitarbeiter neben seinem eigentlichen Aufgabengebiet mit der operativen Tätigkeit im Bereich der Compliance beauftragt wird und diese unabhängig ausführen sollte. Zudem bestehe die Möglichkeit die unterschiedlichen Compliance-Aufgaben an eine bestimmte Unternehmensabteilung anzugliedern. Hierfür empfehle sich die Finanzabteilung, da viele Risikofelder ihren unmittelbaren Niederschlag im Rechnungswesen finden. Als weitere Möglichkeiten der Organisation von Compliance in kleineren Unternehmen stellen die Autoren die Möglichkeit der Unternehmenskooperation im Bereich der Compliance sowie das Outsourcing der Compliance-Funktion dar.

III. Fazit

Aus der Sicht des wirtschaftsstrafrechtlichen Praktikers ist nach der Lektüre von „Compliance für KMU – Praxisleitfaden für den Mittelstand“ positiv hervorzuheben, dass das Buch nahezu alle wesentlichen Compliance-Bereiche bespricht. Die Ausführungen zur Rechtslage und zu den bestehenden strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftungsrisiken sind für den juristischen Laien in verständlicher Weise aufbereitet. Das Handbuch hätte jedoch gewonnen, wenn es auf diesem theoretischen Fundament aufbauend konkretere Hinweise zur praktischen Implementierung einzelner Compliance-Maßnahmen gegeben hätte. In einigen Kapiteln bleiben entsprechende Ausführungen sehr theoretisch und oberflächlich, teilweise fehlen sie vollends. Zudem wird der spezielle Bezug zu kleineren und mittleren Unternehmen fast ausschließlich durch das 1. Kapitel sowie die beiden abschließenden Kapitel hergestellt. Insgesamt ist das Buch für juristische Laien zur Verschaffung eines Überblicks hinsichtlich bestehender Haftungsrisiken geeignet. In vielen Bereichen kann man den Leitfaden auch als praktische Orientierungshilfe bei der Einführung von konkreten Compliance-Maßnahmen begreifen. In Teilbereichen wird das Buch dieser Aufgabe jedoch nicht gerecht.

Wer steht am Steuer?



**Interdisziplinärer Austausch, internationale Vernetzung,
mehr Rechtssicherheit schaffen.**

WisteV

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.

**Sie haben Interesse an einer Mitgliedschaft oder weitere Fragen?
Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme!**

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.
Rundeturmstraße 12 | 64283 Darmstadt

Telefon: 0179 – 486 40 62 oder 0160 – 7844214 | Fax: 06151 – 501 30 20

info@wistev.de | www.wistev.de