

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder
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. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Hans-Joachim Gerst
Dr. Tine Schauenburg
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Dr. Ulrich Leimenstoll
Norman Lenger
Prof. Dr. Nina Nestler
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann
ÖStA Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 www.wi-j.de

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Mein Geheimnis, Dein Geheimnis: EU-Geheimnisschutzrichtlinie und deren Umsetzung in nationales (Straf)Recht 175

Entscheidungskommentare

Dr. Matthias Peukert, LL.M. (Canterbury) und Matthias Amador, LL.B

Die Jones Day Entscheidung – Kein Freibrief für Staatsanwaltschaften, aber eine Chance für den Gesetzgeber 182

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

BVerfG, Urteil vom 24. Juli 2018, 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16
Zulässigkeit der Fixierung von Untergebrachten Patienten 191

Internationales

Dr. Daniel M. Gajek, Frankfurt a.M., Dr. Carolin Raspé und Dr. Julia Schlösser-Rost, beide Berlin

Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil I) 200

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.

(Präventive) Ermittlungen der (Unternehmens-)Verteidigung im
Verbandssanktionenverfahren und unternehmensinterne
Ermittlungen nach italienischem Recht 212

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M.,
Rechtsanwaltsanwärtin Mag. Katharina Satish, alle Wien

Die Absprache (Plea Bargaining) aus österreichischer Sicht 223

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., vierte Ausgabe 2018

Man kann trefflich darüber streiten, ob die fortschreitende Internationalisierung des Wirtschaftsstrafrechts nun eher vor- oder aber nachteilig ist. Jedenfalls macht sie auch vor der WiJ nicht halt, deren neu vorliegende vierte Ausgabe so international wie wohl nie zuvor ausgefallen ist. Und hier ist dies als uneingeschränkt positiv zu bewerten, was die vielen sehr lesenswerten Artikel zeigen. Diese verdeutlichen, dass der Blick auf das ausländische Recht und dessen praktische Anwendung auch ohne vertiefte Rechtsvergleichung neue Argumentationsansätze aufzeigen und damit bestehende Strukturen aufbrechen oder zumindest wichtigen Diskussionsstoff bieten kann. Ich will dies für das schweizerische Recht exemplarisch anhand zweier Aufsätze der aktuellen Ausgabe kurz aufzeigen.

So hat auch die Schweiz, schneller als sein „nördlicher Kanton“, bereits seit dem Jahre 2016 eine zumindest in den Grundzügen vergleichbare „Jones Day-Rechtsprechung“. Das höchste schweizerische Gericht, das Bundesgericht, stellte in seinem Entscheid vom 20. September desselben Jahres (1B_85/2016) nämlich fest, dass sich eine Bank, die ihre eigenen gesetzlichen Compliance- und Controlling-Aufgaben sowie die damit verbundene Pflichten, verdächtige Geschäftsabläufe sachgerecht zu dokumentieren, an eine Anwaltskanzlei delegiert, im Falle von strafrechtlichen Untersuchungen nicht auf das anwaltliche Berufsgeheimnis berufen kann. Der Aufschrei in der Schweiz auf diesen Entscheid war gewaltig. Matthias Peukert und Matthias Amador zeigen in ihrem Beitrag „Die Jones Day Entscheidung – Kein Freibrief für Staatsanwaltschaften, aber eine Chance für den Gesetzgeber“ nun für die deutsche Praxis sehr anschaulich auf, dass auch mit einem höchstrichterlichen Entscheid noch nicht alle Fragestellungen definitiv entschieden sind und es durchaus gute Gründe für ein Verwertungserbot gibt. Dies gilt es für die Situation in der Schweiz unbedingt zu berücksichtigen.

Auch die Ausführungen von Markus Rübenstahl zu den präventiven „Ermittlungen der (Unternehmens-) Verteidigung im Verbandssanktionenverfahren und unternehmensinternen Ermittlungen nach italienischem Recht“ sind aus schweizersicher Sicht von besonderem Interesse. Denn von einem formalisierten Verteidigungsmandat nach italienischem Vorbild (Art. 391-bis ff. CPP) und den damit verbundenen Privilegien können die hiesigen Anwälte nur träumen. Vielmehr sind sie spätestens seit einem (standesrechtlichen) Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Oktober 2010 (136 II 551) strengen Vorgaben unterworfen, was den ausserprozessualen Zeugenkontakt und damit – noch nicht entschieden – die Durchführung von Interviews bei unternehmensinternen Ermittlungen betrifft. Andererseits: zumindest aus Verteidigersicht ist eine erschwerte private Beweisbeschaffung wohl nicht nur negativ zu bewerten.

Bei den vorerwähnten Beiträgen bleibt es indes nicht, die neue WiJ bietet noch viel mehr. So garantieren Antje Klötzer-Assions Ausführungen zur EU-Geheimnisschutzrichtlinie (die mittelbar auch für schweizerische Rechtsanwender von Bedeutung sein kann), der Aufsatz von Carolin Raspé, Julia Schlösser-Rost und Daniel Gajek zum Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht sowie die Entscheidunganmerkung von Kathie Schröder zum „Fixierungs“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (welches, in diesen Zeiten nicht mehr ganz selbstverständlich, die Wichtigkeit der Freiheitsrechte unmissverständlich zur Geltung bringt) eine hochinteressante Lektüre.

Zuletzt stellt der von Yannic Hübner verfasste Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung nochmals sehr anschaulich sämtliche Themen dar, die im vergangenen Januar diskutiert wurden. Damit wirft er aber auch die Frage auf, „wo die Zeit schon wieder geblieben ist“?! Denn die nächste, nunmehr bereits zehnte WisteV-wistra-Neujahrstagung (Thema: „Dazu hab ich 'nen Fall – Praxisprobleme im Wirtschaftsstrafrecht“) findet schon bald wieder statt, nämlich am 18. und 19. Januar 2019. Melden Sie sich an, liebe Leserinnen und Leser. Aber lesen Sie davor noch die aktuelle Ausgabe der WiJ.

Friedrich Frank, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.

Vertreten durch LOStA Folker Bittmann, Rosemarie Helwig, Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Hannah Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder, 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, Friedrich Frank, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Schauenburg, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Prof. Dr. Nina Nestler, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann, OStA Raimund Weyand.

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

Editorial

II

Inhaltsverzeichnis

III

Aufsätze und Kurzbeiträge

175

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Mein Geheimnis, Dein Geheimnis: EU-Geheimnisschutzrichtlinie und deren Umsetzung in nationales (Straf)Recht

175

Entscheidungskommentare

182

Dr. Matthias Peukert, LL.M. (Canterbury) und Matthias Amador, LL.B

Die Jones Day Entscheidung des BVerfG – Kein Freibrief für Staatsanwaltschaften, aber eine Chance für den Gesetzgeber

182

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

Zulässigkeit der Fixierung von untergebrachten Patienten: BVerfG, Urteil vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16

191

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

197

Internationales

200

Dr. Daniel M. Gajek, Frankfurt a.M., Dr. Carolin Raspé und Dr. Julia Schlösser-Rost, beide Berlin

Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil I)

200

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.

(Präventive) Ermittlungen der (Unternehmens-)Verteidigung im Verbandssanktionenverfahren und unternehmensinterne Ermittlungen nach italienischem Recht

212

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M., Rechtsanwaltsanwältin Mag. Katharina Satish, alle Wien

Die Absprache (Plea Bargaining) aus österreichischer Sicht und WisteV Länderbericht Österreich: aus der aktuellen Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht

223

Veranstaltungen und politische Diskussionen

230

Yannic Hübner, Frankfurt am Main

Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2018 am 19./20.1.2018 in Frankfurt am Main

230

Aufsätze und Kurzbeiträge

Wettbewerbsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Mein Geheimnis, Dein Geheimnis: EU-Geheimnisschutzrichtlinie und deren Umsetzung in nationales (Straf)Recht

I. Richtlinie (EU) 2016/943

1. Zielsetzung

Zum Schutz vertraulichen Know-hows, also vertraulicher Geschäftsinformationen als Geschäftsgeheimnisse, haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union bereits 2016 die Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 08.06.2016¹ erlassen. Die Richtlinie geht zurück auf einen Vorschlag der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2013², zu dem der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss im Juli 2014 Stellung genommen hatte.³

Die Harmonisierungsbestrebungen tragen der Erkenntnis Rechnung, dass die Wirtschaft, aber auch nichtkommerzielle Forschungseinrichtungen, in den „Erwerb, die Entwicklung und die Anwendung von Know-how und Informationen - die Währung der wissensbasierten Wirtschaft, die einen Wettbewerbsvorteil schafft“⁴ in erheblichem Umfang investieren und diese Begründung - insbesondere intellektuellen - Kapitals ein bestimmender Faktor für die Wettbewerbsfähigkeit in der EU ist. Nicht allgemein bekanntes und öffentlich zugängliches Wissen sei besonders schützenswert. Gerade „die Förderung der Innovationsleistung und der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen im Allgemeinen und der KMU im Besonderen“⁵ sei strategisch wichtig.⁶

Verstärkt seien außerdem unlautere Praktiken, die ihren Ursprung sowohl innerhalb als auch außerhalb der Union hätten, zu beobachten, welche auf die rechtswidrige Aneignung von Geschäftsgeheimnissen abzielten: „Diebstahl, unbefugtes Kopieren, Wirtschaftsspionage oder Verletzung von Geheimhaltungspflichten.“⁷

Zwar habe die Welthandelsorganisation (WHO) auf internationaler Ebene Anstrengungen zur Lösung derartiger Probleme unternommen, u.a. durch Erzielung des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)⁸.

Im Übereinkommen heißt es in „Section 7: protection of undisclosed information, Article 39:

1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10bis of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.

2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices (10) so long as such information:

¹ ABl. EU Nr. L 157/1 vom 15.06.2016.

² COM (2013) 813 final - 2013/0402 (COM).

³ ABl. EU Nr. C 226/48 vom 16.07.2014.

⁴ RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund 1.

⁵ COM (2013) 813 final - 2013/0402 (COD), Schlussfolgerung Nr. 1.4, ABl. EU Nr. C 226/48.

⁶ Zu den Regulierungszielen siehe auch *Hoeren/Müller*, WRP 2018, 150 f.

⁷ RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund Nr. 4.

⁸ Abrufbar unter https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04d_e.htm; dazu auch *Graf von Bernsdorff*, AW-Prax, 372.

(a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;

(b) has commercial value because it is secret; and

(c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.⁹

An diesen internationalen Standard seien auch alle EU - Mitgliedstaaten sowie die EU als Ganzes gebunden, dem Abkommen beigetreten.¹⁰ Dessen ungeachtet bestünden jedoch erhebliche Unterschiede im Schutzniveau existierender Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten: Nicht alle Mitgliedstaaten hätten Begriffe wie „Geschäftsgeheimnis“, „rechtswidriger Erwerb“, „rechtswidrige Nutzung“ oder ähnliches definiert. Folglich variere der Schutzzumfang beträchtlich. Häufig sei nicht ohne weiteres ersichtlich, in welchem Umfang überhaupt Schutz durch die Rechtsordnungen gewährt werde. Ebenso fehle es „an Kohärenz hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsbehelfe, die im Falle eines rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung stehen, da nicht in allen Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Unterlassungsverfügung gegen Dritte besteht, die nicht Wettbewerber des rechtmäßigen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses sind.“¹¹

Es sei daher angezeigt, auf Unionsebene eine entsprechende Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten herbeizuführen, wobei die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert seien, weitergehenden Schutz vorzusehen. Von erheblicher Wichtigkeit sei eine einheitliche Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“, „ohne den vor widerrechtlicher Aneignung zu schützenden Bereich einzuengen.“¹²

2. EU - Vorgaben zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Nunmehr definiert Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie das „Geschäftsgeheimnis“ als Informationen,

- die in dem Sinne geheim sind, „dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind“,
- die - weil geheim – „von kommerziellem Wert“ sind,
- die Gegenstand von „den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt“ sind.

Die Richtlinie definiert in Art. 2 Nr. 2 ferner, wer Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses oder Rechtsverletzer sein kann und was rechtsverletzende Produkte, also „Produkte, deren Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf rechtswidrig erworbenen, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnissen beruhen“ im Sinne der nachfolgenden Bestimmungen sind.

Zum Schutz nicht offengelegter Informationen und dem Schutz gegen unlauteren Wettbewerb haben die Mitgliedstaaten der WHO und Mitglieder den Geheimnisschutz im 7. Abschnitt des Abkommens festgelegt. Die Definition der „nicht offengelegten Informationen“ wurde mit minimalen Abweichungen in Art. 2 Nr. 1 der EU-Richtlinie übernommen und findet sich entsprechend in § 1 wieder.

⁹ Abrufbar unter https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04d_e.htm.

¹⁰ Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22.12.1994, ABl. Nr. L 336/1 vom 23.12.1994.

¹¹ RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund Nr. 6.

¹² RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund Nr. 14.

In Art. 3 und 4 der Richtlinie werden der rechtmäßige Erwerb, die rechtmäßige Nutzung und rechtmäßige Offenlegung von dem rechtswidrigen Erwerb, der rechtswidrigen Nutzung und der rechtswidrigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen abgegrenzt. Hierfür ist maßgeblich, dass das spezielle Know-how geschützt, also Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen war/ist. Nur, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, liegt ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des Art. 2 der Richtlinie vor, kann überhaupt in die Prüfung eingetreten werden, ob ein solches möglicherweise rechtswidrig erlangt, genutzt oder offengelegt wurde.

Vor diesem Hintergrund wird Unternehmen und Forschungseinrichtungen, also jedem Inhaber schützenswerten Know-hows abverlangt, Maßnahmen zu implementieren, die nicht nur kennzeichnen, dass Geschäftsgeheimnisse bestehen, sondern die erkennen lassen, dass es dem Inhaber gerade auf den Schutz *dieser* Geheimnisse ankommt. Auf den bloßen subjektiven Geheimhaltungswillen kann nach Maßgabe dieser Vorschriften nicht mehr abgestellt werden.

Das Maßnahmenprogramm soll sich an Art und Betätigung des Unternehmens bzw. Geheimnisinhabers orientieren. Denkbar sind Maßnahmenbündel von Zugangs- und Zugriffssicherungen bis hin zu konkreten Geheimhaltungsvereinbarungen für Mitarbeiter.¹³

Artt. 6 ff. der Richtlinie enthalten Vorgaben zu zivilrechtlichem Schutz und damit Regelungen zu Maßnahmen, Verfahren, Verjährungsvorschriften, Rechtsbehelfe etc. Ausdrücklich ist darauf hingewiesen, dass diese Normen nicht dazu dienen sollen „Whistleblowing-Aktivitäten einzuschränken. Daher solle sich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht auf Fälle erstrecken, in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird.“¹⁴

Zur (zusätzlichen) Abschreckung haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass auf Antrag des Geheimnisinhabers Gerichtsentscheidungen wegen des rechtswidrigen Erwerbs, der rechtswidrigen Nutzung etc. veröffentlicht werden, Art. 15 der Richtlinie.¹⁵

Schließlich haben die Mitgliedstaaten Sanktionen bei Zuwiderhandlungen sicherzustellen, Art. 16 der Richtlinie.

II. Umsetzung in nationales Recht

Deutschland ist mit der Umsetzung der Richtlinie, die bis zum 09.06.2018 hätte umgesetzt sein sollen, in Verzug. Die nationalen Regelungen werden jedenfalls bis zum Inkrafttreten des nachstehenden beschriebenen Gesetzes europarechts- also richtlinienkonform auszulegen sein.

1. Referentenentwurf vom 19.04.2018

Zunächst wurde im April diesen Jahres ein Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)¹⁶ vorgelegt.

Dessen Inhalt in Artikel 1 lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Interessant für diejenigen, die Geschäftsgeheimnisse schützen möchten, ist zum einen, dass sämtliche im Zusammenhang stehenden Vorschriften nunmehr in einem – dem – Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen zusammengefasst werden sollen.

a) Allgemeiner Teil

Die gesetzlichen Regelungen betreffen nur Rechtsverhältnisse zwischen Privaten, gelten also nicht für Angehörige des öffentlichen Dienstes und deren Verschwiegenheitspflichten und sollen auch nicht anwendbar sein für öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen.

Der RefE regelt im allgemeinen Teil Begriffliches, Handlungsverbote und etwaige Rechtfertigungsgründe.

¹³ Dazu *Koch/Farkas*, Intellectual Property 2018, 7 f.

¹⁴ RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund Nr. 20; zur „Schutzschranke für Whistleblower“ *Kalbfus*, DB 2018, M4 ff.; siehe ferner *Hoeren/Münker* mit Verweis auf die Definition des dem europäischen Recht fremden Whistleblowing und Fragen zur Beweislast, WRP 2018, 150, 154.

¹⁵ RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund Nr. 31.

¹⁶ Abrufbar unter <https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/GeschGehG.html>.

Die Definition des Geschäftsgeheimnisses in § 1 Abs. 1 Nr. 1 RefE erfolgt nicht eins zu eins zu der Begriffsbestimmung in Art. 2 der Richtlinie, eröffnet aber nach Auffassung der Entwurfsverfasser den Schutzbereich der EU-Richtlinie, entspricht der eingangs wiedergegebenen Definition des Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens und im Wesentlichen der von der Rechtsprechung zu § 17 UWG alte Fassung entwickelten Definition des Geschäftsgeheimnisses.¹⁷

Die Geheimhaltungsmaßnahmen, welche als objektive Voraussetzung für die Erfüllung des Geschäftsgeheimnisbegriffes auch nach § 1 RefE vorzunehmen sind, belasten im zivilrechtlichen Streitfall den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses. Es komme hinsichtlich der Ausgestaltung von Geheimhaltungsmaßnahmen auf die Art des Geschäftsgeheimnisses, etwaige Zugangs-/Zugriffsbeschränkungen, vertragliche Sicherungsmechanismen etc. an. Hinsichtlich der Angemessenheit von Schutzmaßnahmen könnten der Wert des Geschäftsgeheimnisses sowie dessen Entwicklungskosten, die Bedeutung für das Unternehmen, Art der Kennzeichnung der Information und vertragliche Vereinbarungen mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern berücksichtigt werden.¹⁸

Im Hinblick auf erlaubte Handlungen, die in § 2 RefE bezeichnet sind, weicht der RefE von dem Wortlaut der Richtlinie insofern ab, als anstelle des Begriffs „Erwerbs“ der Begriff „Erlangung“ verwendet wird. Begründet wird dies damit, dass über den „rechtsgeschäftlichen Erwerb hinaus jegliche Kenntnisnahme eines Geschäftsgeheimnisses in dem Sinne erfasst werden soll, dass faktisch darüber verfügt werden kann. Das beinhaltet eine aktive Kenntnisnahme des Geschäftsgeheimnisses oder bei in Gegenständen verkörperten Geschäftsgeheimnissen ein an sich bringen des Gegenstands.“¹⁹

Dem steht der Katalog von Handlungsverboten in § 3 RefE gegenüber, deren Missachtung zu einer rechtswidrigen Erlangung bzw. rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung führt. Diese Vorschrift setzt Art. 4 Abs. 1 Nr. 1-5 der Richtlinie um, weicht in § 3 Abs. 1 Nr. 2 RefE terminologisch allerdings von dieser ab, um eine Angleichung an die deutsche Rechtsterminologie zu gewährleisten.

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 RefE qualifiziert als Handlungsverbot „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten entspricht.“ Demgegenüber bezeichnet Art. 4 Abs. 2 lit. b der Richtlinie „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraxis nicht vereinbar gilt „als rechtswidrigen Erwerb von Geschäftsgeheimnissen.“

Zur Auslegung dieses Handlungsverbots könne Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens herangezogen werden, wonach natürlichen und juristischen Personen möglich sei zu verhindern, dass Informationen, die rechtmäßig unter ihrer Kontrolle stehen, ohne ihre Zustimmung in einer Weise, „die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel zuwiderläuft“ Dritten offengelegt werden. In Fußnote 10 zu Art. 39 Abs. 2 TRIPS-Abkommen werde erläutert, dass jedenfalls „Gepflogenheiten wie etwa Vertragsbruch, Vertrauensbruch und Verleitung dazu“ in diesem Sinne unanständige Gepflogenheiten sind und der „Erwerb nicht offengelegter Informationen durch Dritte“ eingeschlossen sein soll, die „wussten oder grob fahrlässig nicht wussten, dass solche Gepflogenheiten beim Erwerb eine Rolle spielten.“²⁰

b) Ansprüche bei Rechtsverletzungen

Des Weiteren werden bestehende (zivil)rechtliche Regelungen zwecks Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie ergänzt. Im Mittelpunkt stehen die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sowie solche auf Vernichtung, Herausgabe, Rückruf etc. nach §§ 5, 6 RefE. Außerdem regelt § 7 RefE den Anspruch des Geheimnisinhabers auf Auskunftserteilung gegen den Rechtsverletzer und Schadensersatzansprüche.

§ 9 RefE sieht die Haftung des Rechtsverletzers vor, § 10 RefE regelt die Abfindung des Geheimnisinhabers in Geld, wenn die Rechtsgutsverletzung nicht schuldhaft, also weder vorsätzlich noch fahrlässig erfolgte, um dem Rechtsverletzer die Möglichkeit einzuräumen, im Übrigen nachteilige Folgen abzuwenden.

Unter Compliance- und Haftungsvermeidungsgesichtspunkten ist § 11 RefE beachtlich. Denn § 11 RefE sieht die Haftung eines Unternehmensinhabers für Ansprüche nach §§ 5 bis 7 RefE vor,

¹⁷ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 1, S. 21.

¹⁸ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 1, S. 21 f.

¹⁹ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 2, S. 22.

²⁰ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 3 Abs. 1 Nr. 2, S. 25.

wenn das Geschäftsgeheimnis im Unternehmen von einem Beschäftigten oder Beauftragten rechtswidrig verletzt worden ist.

Vergleichbare Regelungen - so die Entwurfsbegründung - bestünden in § 8 Abs. 2 UWG²¹, § 44 DesignG²² und § 14 Abs. 7 MarkenG²³. Die Regelung solle also verhindern, dass man sich Ansprüchen Verletzter dadurch entziehen könne, dass der Geschäftsinhaber an der Rechtsverletzung nicht selbst beteiligt war, sondern „nur“ dessen Mitarbeiter zur Verantwortung gezogen werden können. Dem sei vorzubeugen, da § 3 Abs. 3 RefE das Verbot zur Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen davon abhängig mache, dass der Handelnde vorsätzlich agiere oder fahrlässig nicht wisse, dass ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 oder 2 RefE vorliegt.²⁴

c) Verfahrensrechtliche Vorschriften

Verfahrensrechtliches findet sich im 3. Abschnitt unter §§ 14 ff. RefE.

Geregelt werden die sachliche und örtliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, § 14 RefE. Es soll für Geschäftsgeheimnisstreitsachen eine ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern der Landgerichte begründet werden, um wettbewerbsrechtliche Erfahrung und Sachkunde der Landgerichte in Streitigkeiten dieser Art angemessen einzubringen.²⁵

Auf Antrag der Partei kann eine Information als geheimhaltungsbedürftig eingestuft werden; die Glaubhaftmachung durch den Antragsteller soll genügen, § 15, 19 Abs. 3 RefE. Des Weiteren soll § 17 RefE in Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 S. 3 der Richtlinie die Verpflichtung zur Geheimhaltung auf die Zeit nach dem Abschluss des zivilrechtlichen Verfahrens erstrecken. Durch diese Regelungen werde der Rechtsschutz von Kläger und Beklagtem „dauerhaft verbessert.“²⁶

Die Möglichkeit, Gerichtsurteile öffentlich bekannt machen zu lassen, eröffnet künftig § 20 RefE.

d) Strafvorschriften

Auch Strafvorschriften, die jedenfalls hinsichtlich des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wegen des Wettbewerbsbezugs bislang in § 17 UWG geregelt waren, werden nach dem Willen der Entwurfsverfasser künftig in das GeschGehG aufgenommen.²⁷ Damit werden Änderungen des UWG und der Strafprozessordnung notwendig, soweit auf die Vorschriften in §§ 16-19 UWG verwiesen worden war.

Die Umsetzung der Richtlinie erfordere Änderungen auch der deutschen Strafnormen, da die Richtlinie „eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nicht wie die §§ 17 bis 19 UWG vom Vorliegen einer besonderen Absicht abhängig macht.“²⁸

Gemäß § 22 Abs. 1 RefE soll mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen ein Geschäftsgeheimnis entgegen § 3 erlangt, nutzt oder offenlegt oder als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäftsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich gemacht worden ist, während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses offenlegt.

§ 22 Abs. 1 RefE enthält die Straftatbestände des § 17 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 UWG.²⁹ Anders als nach § 17 Abs. 1 UWG a.F. sei es aber ausgeschlossen, dass sich Whistleblower wegen Geheimnisverrats strafbar machen.

²¹ „Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so sind der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet.“

²² „Ist in einem Unternehmen von einem Arbeitnehmer oder Beauftragten ein eingetragenes Design widerrechtlich verletzt worden, so hat der Verletzte die Ansprüche aus den §§ 42 und 43 mit Ausnahme des Anspruchs auf Schadenersatz auch gegen den Inhaber des Unternehmens.“

²³ „Wird die Verletzungshandlung in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten begangen, so kann der Unterlassungsanspruch und, soweit der Angestellte oder Beauftragte vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, der Schadenersatzanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs geltend gemacht werden.“

²⁴ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 11, S. 32.

²⁵ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 14 Abs. 1, S. 34.

²⁶ RefE 19.04.2018, S. 1.

²⁷ Zur Umsetzung siehe *Schlund*, NJW-Spezial 2018, 376 f.

²⁸ RefE 19.04.2018, Begründung, Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen, S. 17.

²⁹ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 22 Abs. 1, S. 40.

Ebenso soll bestraft werden, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen, ein Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt, das er durch eine fremde Handlung nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 erlangt hat, § 22 Abs. 2 RefE. D

Bei geringer Strafandrohung – nämlich mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe – wird bestraft, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs oder aus Eigennutz entgegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 ein Geschäftsgeheimnis, das eine im geschäftlichen Verkehr anvertraute geheime Vorlage oder Vorschrift technischer Art ist, nutzt oder offenlegt, § 22 Abs. 3 RefE. § 22 Abs. 3 RefE entspricht § 18 UWG. Bisherige Auslegungen des alten Straftatbestandes, wonach auch ein Anvertrauen von Vorlagen oder Vorschriften technischer Art geheim sei, sind jetzt durch den angepassten Wortlaut der Norm aufgenommen.

Strafschärfungen sieht der Entwurf für gewerbsmäßiges Handeln oder Konstellationen vor, in denen das Geschäftsgeheimnis im Ausland genutzt werden soll oder genutzt wird (Qualifikation statt Regelbeispiel). Hier soll die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe betragen, § 22 Abs. 4 RefE.

§ 22 Abs. 5 RefE ordnet die Strafbarkeit des Versuchs an. Die Norm entspreche § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 2 UWG. Die in § 22 Abs. 5 RefE geregelte Strafbarkeit der versuchten Anstiftung und entspreche § 19 UWG.³⁰ Im Grundsatz ist die Strafvorschrift als Antragsdelikt ausgestaltet, § 22 Abs. 7 RefE.

2. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 18.07.2018

Seit Mitte Juli 2018 liegt nun der Gesetzesentwurf der Bundesregierung (RegE) für ein Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)³¹ vor, der im Wesentlichen dem RefE aus April 2018 folgt, aber Abweichungen im Aufbau beinhaltet. Im Vergleich zum RefE regelt der RegE in § 1 – vor die Klammer gezogen – zunächst den Anwendungsbereich und stellt klar, dass § 203 StGB vom Gesetz unberührt bleiben soll. Die oben vorgestellten Begriffsbestimmungen sind sodann Gegenstand des § 2 GeschGehG-E. Es erfolgt die weitere Klarstellung, dass die Definitionen nur für dieses Gesetz gelten sollen. Sämtliche weiteren Normen sind durch die Anpassung / das Voranstellen des § 1 redaktionell nach hinten verschoben, zum Teil nur im inneren Aufbau oder sprachlich deutlicher ausgestaltet. Inhaltlich unterscheiden sich die Fassungen nicht wirklich. Die Begründung des RegE ist hinsichtlich der Ausführungen zum Allgemeinen Teil deckungsgleich mit der Begründung des RefE. Im Besonderen Teil ergeben sich Änderungen auch hier durch die abweichende Fassung des § 1. Im Übrigen sind die Änderungen marginal (z.B. zu § 12 GeschGehG-E [Haftung des Inhabers eines Unternehmens], in dem nicht auf § 10 [Haftung des Rechtsverletzers] verwiesen werde, weil „dieser anders als die Ansprüche nach §§ 6 bis 8 Verschulden voraussetzen.“³²)

3. Stellungnahme des Bundesrats

Der Gesetzesentwurf hat dem Bundesrat zur Stellungnahme vorgelegen³³ und wurde in der 970. Sitzung des Bundesrats am 21.09.2018 erörtert.³⁴ In seiner Stellungnahme vom 21.09.2018³⁵ hat der Bundesrat Anpassungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren angeregt und konkrete Änderungen vorgeschlagen. Über weitere Klarstellungen zu § 1 GeschGehG-E hinaus und Vorschläge zu §§ 17 – 19 GeschGehG-E interessieren hier im Wesentlichen folgende Vorschläge:

Zu Artikel 1 (§ 12 GeschGehG-E, Haftung des Inhabers eines Unternehmens)

„§ 12 GeschGehG-E erstreckt die Verantwortlichkeit für verschuldensunabhängige Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Vernichtung, Herausgabe, Rückruf, Rücknahme vom Markt sowie die Auskunft über rechtsverletzende Produkte auf das Unternehmen, bei dem der Rechtsverletzer beschäftigt oder von dem er beauftragt ist. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist sehr weit gefasst. Angemessen kann eine solche Haftungserweiterung jedoch nur sein, wenn es eine Kausalität oder zumindest einen engen Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und Funktion des Rechtsverletzers für das Unternehmen gibt. Im Interesse der Rechtsklarheit soll der Inhaber des Unternehmens nur dann Adressat der genannten Ansprüche sein, wenn zwischen der Ver-

³⁰ RefE 19.04.2018, Begründung zu § 22 Abs. 5, S. 41.

³¹ RegE abrufbar unter <https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/GeschGehG.html>.

³² Gesetzesbegründung zu § 12, S. 33.

³³ BR-Drs. 382/18 vom 10.08.2018.

³⁴ BR-Drs. 382/1/18 vom 10.09.2018.

³⁵ BR-Drs. 382/18 (Beschluss) vom 21.09.2018.

letzungshandlung und der Funktion des Rechtsverletzers für das Unternehmen ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Zugleich werden Unternehmen durch diese Ergänzung vor missbräuchlichen Rechtsstreitigkeiten geschützt.³⁶

Zu Artikel 1 (§ 23 Absatz 1, 2 und 3 GeschGehG, Strafvorschriften, Verletzung von Geschäftsgeheimnissen)

„In Artikel 1 ist in § 23 Absatz 1, 2 und 3 jeweils das Wort „Wettbewerbs“ durch das Wort „Wettbewerbsvorteils“ zu ersetzen. Begründung: In der Wissenschaft gibt es unterschiedliche Ansätze, das Phänomen Wettbewerb zu beschreiben und zu definieren. Einvernehmen besteht darüber, dass es sich um einen marktbezogenen Prozess handelt. Wettbewerb wird in der Regel jedoch nicht als etwas begriffen, das eine Person oder eine Institution besitzen kann. Die vorgeschlagene Formulierung dient insoweit der Klarstellung.“³⁷

Über den Gesetzentwurf wurde am 11.10.2018 in der 55. Sitzung des Deutschen Bundestages kontrovers beraten.³⁸ Es erfolgte wie vorgeschlagen die Übertragung an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, den Ausschuss für Arbeit und Soziales sowie den Ausschuss für Kultur und Medien.

III. Ausblick

Die veränderten Abläufe in der Arbeitswelt, die Digitalisierung, u.a. das dezentrale Lagern, also Speichern von Wissen in Form von Daten und die damit einhergehende Vernetzung von betriebsinternen Prozessen über Ländergrenzen hinweg, nehmen Einfluss auf den Umgang mit vertraulichen Geschäftsinformationen und etwa zu ergreifende Sicherungsmaßnahmen.

Also rücken Beschränkungen bei der Nutzung von Geschäftsgeheimnissen künftig stärker in den Vordergrund, wenn es darum geht, illegalem Wissenstransfer aus der eigenen Reihe vorzubeugen. Denn das Geschäftsgeheimnis, also das nach dem Willen des Know-how-Inhabers gerade nicht öffentliche Wissen, ist nur solange ein schützenswertes Geheimnis nach den zu implementierenden Vorschriften des GeschGehG, wie es mit geeigneten Maßnahmen vor rechtswidrigem Zugriff, rechtswidriger Verwendung etc. geschützt ist.

Das ruft den Betriebs-/ Geschäftsinhaber, den Arbeitgeber auf den Plan. Nach dem RegE³⁹ können und müssen im Arbeitsverhältnis vertragliche Verpflichtungen im laufenden Arbeitsverhältnis geregelt werden, aber auch im Rahmen nachvertraglicher Verschwiegenheitsklauseln Schutzmechanismen angelegt werden. Denn sonst wird es dem Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses schwer möglich sein, die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen ahnden zu lassen, zivilrechtliche Klagen schlüssig zu machen.

Bis zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht und die damit verbundene Anpassung der Strafrechtsnorm bleibt die Frage spannend, ob nationale Gerichte die seit 2016 in Kraft befindliche Richtlinie im Sinne einer europarechtskonformen oder –freundlichen Auslegung bei § 17 UWG in derzeitiger Fassung heranzuziehen haben.⁴⁰

³⁶ BR-Drs. 382/18 (Beschluss) vom 21.09.2018, S. 2 f.

³⁷ BR-Drs. 382/18 (Beschluss) vom 21.09.2018, S. 3.

³⁸ BT-Drs. 19/4724, Plenarprotokoll 19/55, TOP 2, 6070 ff., abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/19/19055.pdf#P.6070>.

³⁹ Gesetzesbegründung zu § 4, S. 26.

⁴⁰ Instrukтив am Beispiel des § 263 StGB und der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) *Heger*, HRRS 12/2014, S. 468.

Entscheidungskommentare

Strafverfahrensrecht / Internal Investigations

Dr. Matthias Peukert, LL.M. (Canterbury) und Matthias Amador, LL.B.¹

Die Jones Day Entscheidung des BVerfG – Kein Freibrief für Staatsanwaltschaften, aber eine Chance für den Gesetzgeber

I. Einleitung

Im Frühjahr 2017 hatte die Staatsanwaltschaft München II in den Kanzleiräumen der US-Kanzlei Jones Day Unterlagen sichergestellt, um sie zur Aufklärung des „Diesel-Skandals“ zu verwenden. Es handelte sich dabei um Dokumente, die im Rahmen interner Ermittlungen von Rechtsanwälten zusammengetragen und erstellt wurden. Zunächst konnte die Volkswagen AG („VW“) mit einem Eilantrag beim BVerfG bewirken, dass die Unterlagen beim Amtsgericht München versiegelt hinterlegt werden.² Alle Beteiligten – VW, Jones Day, Rechtsanwälte der Kanzlei und die Staatsanwaltschaft München II – sowie sicherlich ein Großteil der (Wirtschafts-)Strafrechtler warteten daraufhin gespannt auf die Entscheidungen des BVerfG über drei eingelegte Verfassungsbeschwerden.³ Im Sommer dieses Jahres stand dann fest: Die sichergestellten Dokumente dürfen gesichtet werden.

Auf großes, teils gar panisches Echo⁴ bei in Deutschland ansässigen internationalen (Groß-)Kanzleien ist insbesondere gestoßen, dass Jones Day als US-Kanzlei keine Trägerin von Grundrechten und deshalb nicht zur Beschwerde berechtigt sei.⁵ Nicht-EU-Kanzleien mit einer ähnlichen Struktur wie Jones Day könnten gezwungen sein, ihre Kanzleistruktur zu überdenken, wenn sie vom deutschen Grundgesetz geschützt sein wollen.

Aus strafrechtlicher Sicht – und dabei insbesondere aus Sicht der Strafverteidigung – dürfte allerdings die Frage spannender sein, ob sich aufgrund der nun vorliegenden Entscheidung des BVerfG an der bislang bundesweit uneinheitlichen Rechtsprechung überhaupt etwas ändert. Sind in der Praxis üblicherweise vorkommenden Konstellationen nun tatsächlich „zugunsten“ der Staatsanwaltschaften entschieden? Oder tut eine aktive Strafverteidigung weiter gut daran, die entsprechenden landgerichtlichen Entscheidungen zu kennen und diese je nach Durchsuchungs- und Beschlagnahmesituation für ihre Mandanten fruchtbar zu machen?

Die Entscheidungen des BVerfG geben aber auch Anlass, Beschlagnahmen nicht nur isoliert auf ihre Zulässigkeit zu betrachten, sondern im Kontext mit internen Ermittlungen als Mittel einer wirksamen Compliance zu untersuchen. Dieser Themenkomplex enthält komplexe Fragen zur Selbstbelastungsfreiheit, die das BVerfG in seiner Entscheidung leider souverän umschiff hat. Gerade weil zu internen Ermittlungen in Zukunft mit gesetzlichen Neuregelungen zu rechnen sein dürfte,⁶ kann die Entscheidung des BVerfG aber auch in dieser Hinsicht nicht unkommentiert bleiben.

Dieser Beitrag verfolgt also zwei Zielsetzungen: Er soll die praktischen Implikationen der Entscheidung nach geltendem Recht bewerten und aufzeigen, warum der Gesetzgeber interne Ermittlungen aus einer anderen Perspektive angehen muss, als es das BVerfG in seinen Entscheidungen getan hat.

¹ Dr. Matthias Peukert ist Fachanwalt für Strafrecht und Partner der Kanzlei NEUWERK Rechtsanwälte in Hamburg. Matthias Amador ist Promotionsstudent bei Prof. Dr. Karsten Gaede an der Bucerius Law School und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei NEUWERK Rechtsanwälte.

² BVerfG, NJW 2017, 2816.

³ BVerfG, NJW 2018, 2385; BVerfG, NJW 2018, 2392; BVerfG, NJW 2018, 2395.

⁴ *Hartung* fasst einige Reaktionen der (Online-)Medien unter dem Titel „The Horror! The Horror!“ zusammen, Deutscher AnwaltSpiegel 2018, Ausgabe 15, S. 9; *El-Auwad/Lührig* sprechen davon, dass das BVerfG eine „Bombe gezündet“ hat, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-und-anwaelte/berufsrecht/Kanzleidurchsuchung-Keine-Grundrechte-fuer-US-Kanzlei-Jones-Day>.

⁵ Ausführlich dazu *Lillie-Hutz/Ihwas*, NZWiSt 2018, 349, 353 ff.; *Wostry*, NZWiSt 2018, 356 f.; *Mommsen*, NJW 2018, 2362, 2365.

⁶ Koalitionsvertrag S. 126.

II. Wesentliche strafprozessuale Aussagen der Entscheidung

Zunächst ist festzustellen, dass das BVerfG über einen Fall mit zahlreichen Besonderheiten zu entscheiden hatte: VW hatte Jones Day mit der Durchführung interner Ermittlungen beauftragt, nachdem das US-Department of Justice ein Ermittlungsverfahren eingeleitet hatte.⁷ Die vor dem BVerfG beanstandeten Sicherstellungen der Staatsanwaltschaft München II fanden aber nicht unmittelbar in der Sphäre von VW statt. Vielmehr handelte es sich bei den sichergestellten Unterlagen um solche, die die Audi AG („Audi“) als Tochterunternehmen von VW betrafen. Zum Zeitpunkt der Sicherstellung hatte die Staatsanwaltschaft Braunschweig zwar schon Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter von VW und im Hinblick auf eine mögliche Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG auch gegen VW selbst eingeleitet. Jedoch waren weder Audi noch dort beschäftigte Individualpersonen formell beschuldigt oder am Verfahren beteiligt. Auch hatte Audi selbst kein Mandat an Jones Day erteilt. Und zuletzt war mit Jones Day eine US-Kanzlei mandatiert.

Um die Tragweite der Entscheidung näher bewerten zu können, muss zunächst geklärt werden, welche Aussagen des BVerfG sich überhaupt sinnvoll von diesem Einzelfall lösen lassen, sodass sie auch für weniger komplexe Konstellationen interner Ermittlungen Geltung beanspruchen können:

1. Keine Geltung des § 160a StPO für Beschlagnahmen

Zu diesen verallgemeinerungsfähigen Aussagen gehört zunächst die Stellungnahme des BVerfG zum umstrittenen Verhältnis von § 97 StPO zu § 160a StPO.⁸ Hier war lange Zeit unklar, ob der weitreichende Schutz des § 160a StPO („Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträgern“) wegen seines offenen Wortlauts auch für die Beschlagnahme (§§ 94 ff. StPO) bzw. die Sicherstellung zur Durchsicht (§ 110 StPO) gelte. Die Fachgerichte tendierten hier bislang zum Verständnis der h.M. in der Literatur. Danach genießt im Bereich der Beschlagnahme § 97 StPO als *lex specialis* Vorrang vor § 160a StPO, der alle Ermittlungsmaßnahmen betrifft.⁹ Als Begründung diente neben pragmatischen Erwägungen zur Wahrheitsermittlung auch § 160a Abs. 5 StPO, der anordnet, dass § 97 StPO unberührt bleibt.¹⁰ Das BVerfG hat entschieden, dass diese Auslegung jedenfalls nicht gegen Verfassungsrecht verstößt.¹¹

2. Gleichlauf des Anwendungsbereichs von § 97 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 StPO

Ebenfalls verallgemeinerungsfähig ist die Stellungnahme zur Reichweite des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Hier wurde teils erwogen, den Beschlagnahmeschutz aus Nr. 3 auch zugunsten einer (noch) nicht beschuldigten Person anzuwenden.¹² Gestützt wurde dieser Gedanke darauf, dass der Gesetzgeber in Nr. 3 – anders als in Nr. 1 und 2 – den Begriff des Beschuldigten nicht verwendet hat. Auch hier waren die meisten Fachgerichte bisher aber der h.M. gefolgt, nach der für die Anwendbarkeit der Norm eine Beschuldigtenstellung oder zumindest beschuldigtenähnliche Stellung erforderlich ist.¹³ Und auch darin erkannte das BVerfG keine Grundrechtsverletzung der Beschwerdeführer.

3. Maßstab zur Ausfüllung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Das BVerfG segnete auch den Maßstab, mit dem die h.M. diesen beschuldigtenähnlichen Status bisher ausfüllte, verfassungsrechtlich ab: Danach genießen juristische Personen den Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, wenn „eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommt“. ¹⁴ Ein Unternehmen¹⁵, das ein künftiges gegen sich gerichtetes Ermittlungs-

⁷ Allein dieser Aspekt ist bei Großkonzernen wie VW freilich nicht unüblich. Zu den besonderen Problemen, die daraus resultieren *Wastl/Litzka/Pusch*, NStZ 2009, 68. Der Fokus dieser Betrachtung liegt aber auf den noch häufigeren Fällen, in denen allein das deutsche Gesellschaftsrecht eine interne Ermittlung fordert.

⁸ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2387 f. (Rn. 74 ff.).

⁹ Zum Meinungsstand jüngst übersichtlich LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 405.

¹⁰ LG Hamburg, NJW 2011, 942, 944; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 10b, § 160a Rn. 17; *Schneider*, NStZ 2016, 309, 310. Nach a.A. handelt es sich bei § 160a V StPO um eine „Meistbegünstigungsklausel“, vgl. LG Mannheim, NStZ 2012, 713, 714 mit ablehnender Anmerkung *Jahn/Kirsch*, *Schuster*, NZWiSt 2012, 28, 30; *Bal-lo*, NZWiSt 2013, 46.

¹¹ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2387 (Rn. 73).

¹² *Von Galen*, NJW 2011, 945; *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151, 152 f.

¹³ LG Bochum, NZWiSt 2016, 401, 402; LG Bonn, NZWiSt 2013, 21, 24; LG Hamburg, NZWiSt 2012, 26 f.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 10a.

¹⁴ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 f. (Rn. 93 f.) mit dem Hinweis auf verschiedene begriffliche Nuancierungen, die inhaltlich aber deckungsgleich seien.

¹⁵ Der Begriff des Unternehmens wird hier als Oberbegriff für juristische Personen und Personengesellschaften verwendet.

verfahren „lediglich“ befürchtet und sich vor diesem Hintergrund anwaltlich beraten lässt oder eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt, genießt danach keinen Schutz vor Beschlagnahme.¹⁶

Aufgrund uneinheitlicher Begriffe sei an dieser Stelle noch auf Folgendes hingewiesen: Die Idee einer beschuldigtenähnlichen Stellung knüpft an zweierlei staatliche Maßnahmen an, die einem Unternehmen drohen, wenn aus dem Unternehmen heraus eine Straftat begangen wurde. Zum einen kann gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG verhängt werden. Zum anderen können Taterträge beim Unternehmen als Drittbegünstigtem im Sinne des § 73b StGB eingezogen werden. Im ersten Fall regelt § 444 StPO die Beteiligung des Unternehmens, das Unternehmen ist dann *Betroffener* des Ordnungswidrigkeitenverfahrens.¹⁷ Im zweiten Fall richtet sich Beteiligung nach § 424 StPO und man spricht von einer *Einziehungsbeteiligung* des Unternehmens.¹⁸

In Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG wird im Folgenden für beide Fälle von einem drohenden Verfahren einer drohenden *Nebenbeteiligung* des Unternehmens gesprochen,¹⁹ auch wenn dieser Begriff in der Kommentarliteratur teils mit einer anderen Bedeutung versehen wird.²⁰ Da zum Zeitpunkt der hier in Frage stehenden Beschlagnahmen regelmäßig noch nicht feststeht, welche der Maßnahmen dem Unternehmen droht, ist eine absolut trennscharfe Verwendung der Begriffe hier ohnehin nicht geboten.

4. Zwischenfazit

Das BVerfG hat zwar lediglich entschieden, dass die Auslegung des LG München I nicht gegen Verfassungsrecht verstößt. Dennoch ist zu erwarten und befürchten, dass manche Staatsanwaltschaften und Landgerichte die tangierten einfachrechtlichen Fragestellungen als entschieden betrachten. Ein derartiges Verständnis wäre aber in zweierlei Hinsicht falsch: Es verkennt einerseits den begrenzten Prüfungsmaßstab des BVerfG. Andererseits wird im Rahmen des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO weiterhin schwer abzusehen sein, wann das vage Kriterium einer objektiv vorhersehbaren Nebenbeteiligung erfüllt ist. Denn keiner der vom BVerfG aufgegriffenen Vorschläge zur Ausfüllung der Vorhersehbarkeit²¹ bietet eine rechtssichere Grundlage der Bewertung. Dennoch geht die Behauptung, nach der Entscheidung könne alles weitergehen wie bisher, wohl insofern zu weit, als sie darüber hinwegsieht, dass sich die h.M. gewiss ein wenig verfestigt hat.²²

III. Uneinheitliche Rechtsprechung von Landgerichten

Es verwundert nicht, dass die vom BVerfG etablierten Maßstäbe keine eindeutig subsumtionsfähigen Ergebnisse ermöglichen. Man muss die Entscheidung im Kontext eines knappen Jahrzehnts uneinheitlicher landgerichtlicher Rechtsprechung lesen. Unternehmen und Einzelpersonen beschritten immer wieder (erfolgreich) den Rechtsweg gegen Ermittlungsmaßnahmen, die auf Unterlagen aus internen Ermittlungen abzielten. Zu den beschlagnahmten Unterlagen gehörten neben reinem „Rohmaterial“, das im Rahmen der internen Ermittlungen lediglich ausgewertet wurde, auch Unterlagen, welche die internen Ermittler selbst erstellt hatten.²³ Besonders inkriminierend und daher von großem Interesse für die Staatsanwaltschaften waren Interviewprotokolle²⁴ und Zwischen- oder Abschlussberichte²⁵ der internen Ermittler. Aber auch anonyme Hinweise²⁶ und sogar Akten aus Zivilstreitigkeiten²⁷ wurden beschlagnahmt. Jedem der mindestens neun wegweisenden Fälle lag ein sehr spezifischer Sachverhalt zugrunde.²⁸ Die Kommentarlanschaft zu den tangierten Normen der StPO – insb. §§ 97, 148, 160a StPO – wur-

¹⁶ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 95).

¹⁷ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, Einl. Rn. 93.

¹⁸ Vgl. Schmitt/Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, Vorb. § 421 Rn. 4.

¹⁹ So auch Schneider, NStZ 2016, 309, 311.

²⁰ Nach Schmitt/Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, Vorb. § 421 Rn. 4 handelt es sich beim Begriff des Nebenbeteiligten um den Oberbegriff für Einziehungsbeteiligte nach § 424 StPO und Nebenbetroffene nach § 438 StPO. Auch der teilweise verwendete Begriff des „Beteiligungsbeteiligten“ weist Schwächen auf, da Unternehmen im Grunde genommen gerade kein Interesse an einer Einziehungsbeteiligung haben.

²¹ „Hinreichender Verdacht“, „hinreichende Sicherheit“ und „ausreichende Gewissheit“, BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 93) m.w.N.

²² So aber Momen, NJW 2018, 2362, 2363.

²³ Diese beiden Stoßrichtungen der Beschlagnahme gehen auch aus den jeweiligen Durchsuchungsbeschlüssen hervor: „Dokumente, die von der Kanzlei [...] in Bezug auf den Sachverhalt zusammengetragen bzw. erstellt wurden“, LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 403.

²⁴ LG Hamburg, NZWiSt 2012, 26; LG Bonn, NZWiSt 2013, 21; LG Mannheim, NStZ 2012, 713; LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 403.

²⁵ LG Bonn, NZWiSt 2013, 21, 29; LG Mannheim, NStZ 2012, 713; LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 403.

²⁶ LG Bochum, NZWiSt 2016, 401.

²⁷ LG Hamburg, BeckRS 2016, 19347.

²⁸ Momen/Grützner, CCZ 2017, 242, 247.

de immer unübersichtlicher. Unabhängig davon, welche der Normen für Rechts- oder Sachverhaltsprobleme sorgten, bildeten sich letztlich unter den Landgerichten und im Schrifttum zwei Lager: Das Lager derjenigen, die vor allem den Strafanspruch des Staates und die Wahrheitsfindung im Strafprozess betonen, auf der einen Seite.²⁹ Und auf der anderen Seite das Lager derer, die ein Störgefühl verspüren, wenn der Staat seine Ermittlungen auf selbstinkriminierende Aufarbeitungen Privater stützt.³⁰ Mangels wegweisender höchstgerichtlicher Entscheidung wurde der Rechtsweg gegen Beschlagnahmen zum Würfelspiel.³¹ Das war auch der Grund, warum man sich hinreißen lassen konnte, große Hoffnungen auf eine klärende Entscheidung des BVerfG zu hegen. Ob diese Hoffnungen berechtigt waren, soll im Folgenden anhand einiger Szenarien, die in der Praxis häufig vorkommen, überprüft werden.

IV. Praxisrelevante Szenarien

Für die Untersuchung dieser praxisrelevanten Szenarien wird der vom BVerfG zementierte Maßstab zur beschuldigtenähnlichen Stellung einer juristischen Person zugrunde gelegt: Der Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO greift danach nicht, wenn das Unternehmen ein künftiges Ermittlungsverfahren lediglich befürchtet und „vor diesem Hintergrund“³² eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt. Vielmehr ist erforderlich, dass sich die Einleitung eines Verfahrens gegen die juristische Person objektiv abzeichnet, damit die von einem Rechtsanwalt erstellten Dokumente Beschlagnahmeschutz genießen.³³

1. Unternehmen bereits nebenbeteiligt

Eindeutig wird dies der Fall sein, wenn das Unternehmen etwa im Durchsuchungsbeschluss bereits konkret als Einziehungsbeteiligter bzw. Betroffener bezeichnet ist. Selbst in diesem scheinbar eindeutigen Szenario bleiben aber schon zentrale Fragen offen: Müssen die Ermittler denjenigen Zeitpunkt vor Augen haben, ab dem eine beschuldigtenähnliche Stellung bestand und nur nach Dokumenten vor dieser Zeit suchen? Oder besteht auch für frühzeitig erstellte Dokumente eine Art Rückwirkung, sobald das Unternehmen in eine beschuldigtenähnliche Position kommt?³⁴ Was ist etwa bei Unterbeauftragung einer anderen Kanzlei oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft?³⁵ Man darf schon vorwegnehmen: Der Grund für die verbleibenden Unsicherheiten ist, dass der vom BVerfG angelegte Maßstab an der Kernfrage vorbeigeht.

2. Inculpationsakte gegen Dritte bereits erfolgt

Noch schwieriger wird es, wenn das Unternehmen in der Ermittlungsakte noch nicht als Nebenbeteiligter geführt wird. Hier stellt sich die Frage, ab wann sich die Einleitung eines Verfahrens gegen das Unternehmen objektiv abzeichnet. Die unmittelbarsten Quellen einer solchen Vorhersehbarkeit sind staatliche Inculpationsakte gegen Dritte, die geeignet sind, eine Nebenbeteiligung des Unternehmens nach sich zu ziehen.³⁶

Bei der dritten Person kann es sich einerseits um eine Leitungsperson im eigenen Unternehmen handeln. Im Falle von VW und Audi waren zum Zeitpunkt der Sicherstellung in München noch keine Mitarbeiter von Audi beschuldigt worden. Die Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen Mitarbeiter von VW waren nach der eindeutigen Aussage des BVerfG für die Beurteilung der beschuldigtenähnlichen Stellung nicht relevant.³⁷ Dies bedeutet, dass das BVerfG zu diesem Szenario keine Stellung bezogen hat. Vor dem Hintergrund des praktischen Automatismus, der von laufenden Ermittlungsverfahren gegen Leitungspersonen zu einer Nebenbeteiligung des Unternehmens führt,³⁸ wird man aber häufig begründen können,

²⁹ LG Bochum, NZWiSt 2016, 401, 402; LG Bonn, NZWiSt 2013, 21, 24; LG Hamburg, NZWiSt 2012, 26 f.; LG Mannheim, NSTZ 2012, 713, 714 f.; *Schneider*, NSTZ 2016, 309 ff.

³⁰ So insb. die neuere Rspr: LG Braunschweig, NSTZ 2016, 308 ff.; LG Hamburg, BeckRS 2016, 19347; LG Gießen, wistra 2012, 409 f. Siehe auch *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28 ff.; *Weiler*, NJOZ 2017, 266, 267. Bezüglich Unterlagen anwaltlicher Compliance-Ombudspersonen LG Bochum, NZWiSt 2016, 401, 402 sowie *Frank/Vogel*, NSTZ 2017, 313.

³¹ Vgl. *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242, 247.

³² BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 95). In dieser Formulierung zeigt sich anschaulich, wie das BVerfG einen zentralen Aspekt übergeht: Es ist nicht die Befürchtung eines Ermittlungsverfahrens, das ein Unternehmen zur internen Untersuchung bewegt, sondern die gesellschaftsrechtliche Pflicht dazu, siehe sogleich Fn. 41.

³³ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 94).

³⁴ Diese ließe sich analog § 148 StPO begründen, vgl. LG Braunschweig, NSTZ 2016, 308 f.; *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28, 30. Dagegen *Schneider*, NSTZ 2016, 309, 312.

³⁵ Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit Problemen der Unterbeauftragung siehe *Pelz*, CCZ 2018, 211, 212 f.

³⁶ Vgl. *Schneider*, NSTZ 2016, 309, 312.

³⁷ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 96 ff.). Kritisch gegenüber dieser beschränkten Mandatsreichweite im Konzern *Oesterle*, WiJ 2018, 148, 153; *Baur*, NZG 2018, 1092, 1096.

³⁸ Grund dafür ist nicht zuletzt, dass das Kriterium der „Betriebsbezogenheit“ in § 30 OWiG nur dann fehlt, wenn das handelnde Organ ohne jeglichen Bezug zu seiner Stellung als Organ handelt, *Niesler*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirt-

dass hier schon der Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zugunsten des Unternehmens gelten muss.

Andererseits ist es denkbar, dass etwa ein Mitarbeiter eines anderen Unternehmens beschuldigt ist oder gegen dieses andere Unternehmen bereits ein Verfahren eingeleitet wurde. So war es aufgrund der eingeleiteten Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen Mitarbeiter von VW – jedenfalls wenn man wie das BVerfG zwischen VW und Audi trennt. Diese Konstellation lässt sich aber plastischer an einem größeren Korruptionsverfahren veranschaulichen: Die Unternehmen A und B pflegen eine enge Geschäftsbeziehung. Wenn schon ein Mitarbeiter von Unternehmen B formell beschuldigt worden ist, ist das ein starkes Indiz für eine beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens A. Ist Unternehmen B sogar schon nebenbeteiligt, wird man in der Regel auch Unternehmen A eine beschuldigtenähnliche Stellung einräumen müssen.

3. Interne Ermittlung ohne behördliche Ermittlungsverfahren

Man könnte versucht sein, in allen Konstellationen, in denen noch keine behördlichen Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden, einen Beschlagnahmeschutz zu verneinen. Damit würde man die Botschaft des BVerfG jedoch überstrapazieren. Abhängig von Art und Schwere der vermuteten Tat sowie der Beweislage wird es nämlich auch hier Fälle geben, in denen der Tatverdacht zwar nur innerhalb des Unternehmens bekannt ist, das zukünftige Ermittlungsverfahren aber trotzdem nicht nur vom Unternehmen befürchtet wird, sondern objektiv vorhersehbar ist.

Denn es besteht – vor allem im Bereich von Korruptionstaten – ein weiterer Automatismus, der beginnt, wenn ein Tatverdacht im Unternehmen auftritt. Er führt regelmäßig zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und soll an einem kurzen Beispiel veranschaulicht werden: Im Unternehmen C werden Verstöße gegen das Abzugsverbot festgestellt, weil Schmiergelder in vergangenen Steuererklärungen als Betriebsausgaben geltend gemacht wurden.³⁹ Die Unternehmensleitung ist nun nach § 153 AO verpflichtet, die fehlerhaften Steuererklärungen zu berichtigen. Den weiteren Geschehensablauf gibt das Gesetz vor: Nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG leitet das Finanzamt diese Information an die zuständige Staatsanwaltschaft weiter, die dann in der Regel ein Ermittlungsverfahren einleitet.

Jedenfalls im Bereich des Korruptionsstrafrechts kann man damit nur in Ausnahmefällen davon sprechen, dass ein Unternehmen ein Ermittlungsverfahren „lediglich befürchtet“. Bei genauer Betrachtung ist das Ermittlungsverfahren ab dem Zeitpunkt, an dem die Steuererklärung berichtigt wird, objektiv vorhersehbar. Subjektive Befürchtung und objektive Vorhersehbarkeit einer Nebenbeteiligung sind also nicht so verschieden wie es das BVerfG suggeriert.⁴⁰

V. Schwierige Lage für Unternehmen bei (vermeintlichen) Compliance-Verstößen

Anhand der zuvor dargestellten Szenarien wird deutlich, wie ergebnisoffen das vom BVerfG etablierte Kriterium der „objektiven Vorhersehbarkeit“ ist. Möchte man dem weiter nachgehen, muss das oben angedeutete Störgefühl zur Selbstbelastung zumindest nachvollzogen werden. Dieses Störgefühl resultiert aus dem Dilemma, in dem sich die Leitung eines Unternehmens immer dann befindet, wenn sie Kenntnis davon erhält, dass aus dem Unternehmen heraus eine Straftat oder eine erhebliche Ordnungswidrigkeit begangen worden sein könnte.

In dieser Situation ist die Unternehmensleitung nach ganz h.M. verpflichtet, tätig zu werden. Aus gesellschaftsrechtlichen Normen und Prinzipien⁴¹ resultiert die viel zitierte „Pflichtentrias“ der Compliance: Aufklärung der Verdachtslage, Abstellen weiterer Verstöße und Ahndung dersel-

schafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2017, § 30 OWiG Rn. 38. Auch die Möglichkeit, eine Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG an eine Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG anzuknüpfen vereinfacht die Bebußung, siehe *Peukert/Altenburg*, BB 2014, 649, 654.

³⁹ Instrukтив zum Abzugsverbot *Pelz*, DStR 2014, 449; *Schoop*, in: Adick/Bülte, Fiskalstrafrecht, 1. Aufl. 2015, Kap. 13 Rn. 41.

⁴⁰ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 f. (Rn. 93 ff.).

⁴¹ Für die AG aus § 93 Abs. 1 AktG und der Legalitätspflicht des Vorstands (*Potinecke/Block* in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 6, 8; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322). Für die GmbH aus § 43 Abs. 1 GmbHG (*Potinecke/Block* in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 74). Auch § 130 OWiG wird häufig herangezogen. Ob auch die Business Judgment Rule zur Begründung der Pflichtentrias herangezogen werden kann, ist nicht abschließend geklärt (*Potinecke/Block* in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 9; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12 f., 15 f.).

ben.⁴² Die Aufklärung ermöglicht es, die zivilrechtliche Anspruchsverfolgung sowie arbeits- und ggf. strafrechtliche Sanktionen einzuleiten. Sie trägt mithin zur Schadensminimierung bei.⁴³

Der Gedanke der Schadensminimierung aus der – leider zu oft unter Ausblendung der wirtschaftsstrafrechtlichen Realität geführten – Compliance-Diskussion gilt aber nur sehr eingeschränkt. Denn Ausnahmen von der Aufklärungspflicht des Unternehmens werden zwar grundsätzlich zugelassen, wenn die Aufklärung nicht „im wohlverstandenen Unternehmensinteresse“ ist.⁴⁴ Die Vermeidung von Unternehmensgeldbußen wird jedoch von der ganz h.M. nicht unter diese Ausnahme gefasst.⁴⁵ Die Unternehmensleitung ist also bei Vorliegen eines Verdachts ohne ernstzunehmenden Entscheidungsspielraum gesellschaftsrechtlich verpflichtet, die dokumentierte Aufarbeitung inkriminierender Vorfälle einzuleiten.⁴⁶

Dass diese Verpflichtung ein Dilemma begründet, zeigt sich spätestens, wenn auch die Ermittlungsbehörden Kenntnis von einer möglichen Tat und deren interner Aufarbeitung erhalten.⁴⁷ Dies kann zufällig geschehen⁴⁸ oder beispielsweise durch eine wegen § 153 AO berichtigte Steuererklärung ausgelöst werden. Die ermittelnde Staatsanwaltschaft steht nun vor der Entscheidung, ob sie den komplexen wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalt bereits selbst aufklären oder ob sie zunächst den Ausgang der internen Ermittlungen abwarten soll. Angestoßen und durchgeführt werden solche internen Ermittlungen aber nicht, um der Staatsgewalt die ihr obliegenden Ermittlungen abzunehmen oder zu erleichtern. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um einen integralen Bestandteil eines modernen und effektiven Compliance-Management-Systems (CMS) zur Bekämpfung der Ursachen von Unternehmenskriminalität.⁴⁹

Die eigentliche Brisanz folgt im Anschluss an die Auswertung der beschlagnahmten Unterlagen und sie hat zahlreiche Dimensionen: So stellen sich im Hinblick auf einzelne Beschuldigte im Unternehmen äußerst schwierige Fragen der Selbstbelastungsfreiheit an der Schnittstelle von Arbeits- und Strafrecht.⁵⁰ Für das Unternehmen folgen häufig erhebliche finanzielle Konsequenzen. Denn nachdem das Unternehmen – im Sinne einer effektiven Compliance – Geld- und Zeitressourcen in die Aufklärung des Sachverhalts investiert hat, würdigt der Staat dies auf eine ungewöhnliche Weise: Ermöglichen beispielsweise die vom Unternehmen unfreiwillig preisgegebenen Dokumente die Verfolgung von Leitungspersonen, so sind Unternehmensgeldbußen nach § 30 OWiG und/oder die Einziehung von Taterträgen nach § 73b StGB – jedenfalls in der Praxis – oft nahezu ein Automatismus.⁵¹

Damit ist das Dilemma komplett – und das Störgefühl sollte sich eingestellt haben.

VI. Das BVerfG wägt sorgfältig ab, verzichtet aber auf eine Auseinandersetzung mit dem Kernproblem

Es ist bedauerlich, dass der „neue“ Maßstab des BVerfG zur beschuldigtenähnlichen Stellung von Unternehmen dem oben geschilderten Dilemma als Ganzem in keiner Weise abhilft.⁵² Die „neue Rechtslage“ ist auch gewissermaßen paradox: So kann es nur als widersprüchlich empfunden werden, dass Unternehmen von nun an bemüht sein müssen, in eine beschuldigtenähnliche Position zu kommen, um ihre – ohnehin durchzuführenden – internen Ermittlungen vor Beschlagnahme zu schützen.

In der Kritik an der Entscheidung des BVerfG sollte jedoch zumindest ein wenig Zurückhaltung gewahrt werden: Die Abwägung, mit der das BVerfG methodisch zu seinem Ergebnis kam, ist nachvollziehbar und begründenswert ausführlich. Insbesondere darf nicht vergessen werden, dass das BVerfG nur am Maßstab des Willkürverbots gemessen hat.

⁴² Statt vieler *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 57 m.w.N.

⁴³ *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 885 f.

⁴⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 57; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12.

⁴⁵ *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 953: nach deutschem Recht kein „efficient breach of law“.

⁴⁶ Das Ermessen der Unternehmensleitung erstreckt sich nur darauf, welche Maßnahme getroffen werden, nicht jedoch auf das „ob“ einer Ermittlung, vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324. Ein Vorschlag zu den erforderlichen Maßnahmen in Abhängigkeit von Verdachtsgrad und Unternehmensgröße findet sich bei *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 173.

⁴⁷ Freilich gibt es auch Szenarien, in denen die internen Ermittlungen erst aufgrund der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens begonnen werden. Diese sind jedoch seltener und rechtlich weniger interessant.

⁴⁸ Vgl. LG Braunschweig, NStZ 2016, 308.

⁴⁹ Vgl. *Nestler*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 1 Rn. 31.

⁵⁰ *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965; *Mengel*, NZA 2017, 1494; *Greco/Caracas*, NStZ 2015, 7; *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851.

⁵¹ S.o. Fn. 38.

⁵² Noch deutlicher *Dierlamm*, BRAK-Mitt. 2018, 204, der die Entscheidung des BVerfG wegen eines Abwägungsdefizits bzgl. des Geheimhaltungsinteresses von Mandanten als „inakzeptabel“ bezeichnet.

Man hätte aber durchaus erwarten können, dass das Gericht der oben geschilderten Selbstbelastungsproblematik mehr Aufmerksamkeit schenkt. Die Selbstbelastungsfreiheit⁵³ wird in der Entscheidung aber nicht einmal erwähnt. Stattdessen setzt sich das BVerfG begrifflich nur mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auseinander. Zwar kann die Selbstbelastungsfreiheit, deren Begründung umstritten ist, auch an diesem Recht verortet werden.⁵⁴ Indem das BVerfG den allgemeinen Topos der informationellen Selbstbestimmung wählt, anstatt die Selbstbelastungsproblematik beim Namen zu nennen, scheint es sich aber bewusst einer schwierigeren Auseinandersetzung zu entziehen. Denn eine schlüssige Argumentation, warum Audi nicht – auf irgendeinem Wege – verfassungsrechtlichen Schutz vor Selbstbelastung verdient hätte, lässt sich kaum finden. Hätte die 3. Kammer den Konflikt mit der Selbstbelastungsfreiheit deutlich benannt, hätte sie Schwierigkeiten gehabt, mit einer plausiblen Begründung zum gleichen Ergebnis kommen zu können.

Es greift jedenfalls zu kurz, einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit mit einem pauschalen Verweis auf ein über zwanzig Jahre altes Urteil des BVerfG abzulehnen. Damals entschied der 1. Senat, dass die Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen als „bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung“ nicht gelte.⁵⁵ Als Begründung führt er an, dass der Grundsatz vor allem in der Menschenwürde verortet sei, die auf juristische Personen freilich nicht anwendbar ist.⁵⁶ Das Aufrechterhalten derart binärer Lösungen von komplexen Sachverhalten hat sich allerdings nur selten als zielführend oder gar gerecht herausgestellt.

VII. Anknüpfungspunkte zur Würdigung der Selbstbelastungsfreiheit

Dabei gibt es zahlreiche Begründungsansätze für die Notwendigkeit eines Verwertungsverbots, das jedenfalls in Bezug auf eigene Aufarbeitungen der internen Ermittler Wirkung entfaltet:

Zunächst ist es verfassungsrechtlich möglich, die Selbstbelastungsfreiheit auf das Rechtsstaatsprinzip als überindividuelles Verfahrensprinzip zu stützen.⁵⁷ Ein Menschenwürdebezug ist also nicht zwingend erforderlich. Vielmehr gebietet es allein das Selbstverständnis eines aufrichtigen Rechtsstaates, sich auf dem Weg zur Sanktionierung gewisser Mittel zu enthalten.⁵⁸ Zur Aufrichtigkeit eines Rechtsstaats gehört dabei auch, dass er Rechtssubjekte, ob Mensch oder nicht, nicht zu Ermittlungen zwingt, die dann in einer Form abgegriffen werden, die existenzgefährdende Bußgelder nach sich ziehen kann.⁵⁹ In Zeiten, in denen Unternehmensgeldbußen oder Einziehungsanordnungen nur in wenigen Fällen unterhalb des fünfstelligen Bereichs liegen, gebietet es also schon die Aufrichtigkeit des Rechtsstaats, dass die Staatsanwaltschaft die zugegebenermaßen aufwändigen Ermittlungen selbst vornimmt.

Um dieses Argument noch zu stärken, kann und muss das Rechtsstaatsprinzip zusammen mit dem Recht auf ein faires Verfahren verstanden werden. Insbesondere die Ausprägung der Waffengleichheit bietet einen tauglichen Anknüpfungspunkt, um dem Staat das in Frage stehende Vorgehen zu untersagen.⁶⁰ Rechtsstaatsprinzip und Recht auf ein faires Verfahren sind nicht nur eng miteinander verwandt, sie wurden auch in genau dieser Kombination vom BGH herangezogen.⁶¹ Anders als für Art. 1 GG ist jedenfalls für Art. 6 EMRK anerkannt, dass das Recht auf ein faires Verfahren auch für juristische Personen gilt.⁶²

Ein weiterer Begründungsansatz, der an dieser Stelle nur angedeutet werden kann, fußt in der Eigentumsgarantie aus Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK.⁶³ In einer jüngeren Entscheidung⁶⁴ leitete der EGMR aus der Eigentumsgarantie her, dass auch ein Nebenbeteiligungsverfahren gewissen Verhältnismäßigkeitserwägungen standhalten muss.⁶⁵ Hier war ein Unter-

⁵³ Oder eine vergleichbare Bezeichnung für den Sachkomplex, siehe *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt, S. 327.

⁵⁴ *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt, S. 339, der den Gedanken auf *Nothelfer* zurückführt, letztendlich aber verwirft.

⁵⁵ BVerfG, NJW 1997, 1841, 1843.

⁵⁶ BVerfG, NJW 1997, 1841, 1844.

⁵⁷ Ausführlich zu diesem Verständnis *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt, S. 341 f. m.w.N.; im Kontext interner Ermittlungen *Jahn/Kirsch* NZWiSt 2018, 28, 31; *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 27, 30 („Verfahrensgrundrecht auf Verteidigung“).

⁵⁸ *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt, S. 342.

⁵⁹ Vgl. *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28, 31; *Weiler*, NJOZ 2017, 266, 267.

⁶⁰ *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 27, 30 m.w.N.

⁶¹ BGH, NJW 1974, 1570, 1571.

⁶² *Gaede*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2018, Art. 6 EMRK Rn. 39 m.w.N.

⁶³ Ausführlich zum Schweigerecht der juristischen Person als Nebenbeteiligte vor dem Hintergrund der EMRK *Mingio*, wistra 2003, 121, 126 ff.

⁶⁴ Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR und „Hochzonung“ der EMRK *Breuer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 46 Rn. 48 m.w.N.

⁶⁵ EGMR v. 20.1.2009 – 75909/01 (*Sud Fondi et al. v. Italien*).

nehmen gegen eine Beschlagnahme von Grundstücken und Gebäuden vorgegangen, die letztlich auf behördliche Fehler zurückzuführen war. Anders als im Sachverhalt, den der EGMR entschieden hat, findet bei der Bebußung eines Unternehmens zwar kein unmittelbarer Entzug einer körperlichen Eigentumsposition statt. Der autonome Eigentumsbegriff von Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK ist jedoch nicht auf Sachen beschränkt. Vielmehr können auch Rechte und Interessen mit Vermögenswert erfasst sein.⁶⁶ In Hinblick auf die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung von Unternehmensgeldbußen erscheint es gut möglich, dass auch dieser Sanktionierungsprozess von Unternehmen durch Bußgelder verhältnismäßig im Sinne der EMRK sein muss – nicht zuletzt, weil eine existenzgefährdende Bebußung das Unternehmen als Ganzes gefährdet. In dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung läge dann ein weiterer Einfallstor für die notwendigen Erwägungen zur Selbstbelastungsfreiheit.⁶⁷

VIII. Unterlagen interner Ermittlungen müssen differenziert behandelt werden

Eine Lösung des Beschlagnahmedilemmas am Maßstab der Selbstbelastungsfreiheit hat dann einen entscheidenden Vorteil: Anders als der Maßstab des BVerfG, nach dem die Verfahrensposition des Unternehmens entscheidend ist, erlaubt diese Lösung sachbezogene Differenzierungen, die für eine zweckmäßige Regelung der Beschlagnahmefreiheit unabdingbar sind und sich an der Betroffenheit der Selbstbelastungsfreiheit orientieren. Das geltende Recht sieht diese Differenzierungen zwar in gewissem Umfang vor.⁶⁸ Sie werden aber von der zeitlichen Ebene, die das BVerfG nun in den Vordergrund gestellt hat, überschattet. Anders gesagt: Wenn ein Unternehmen im Rahmen interner Ermittlungen hochinkriminierende Unterlagen erstellen lässt, eine beschuldigtenähnliche Stellung aus zeitlicher Sicht aber nicht angenommen werden kann, verbleibt kein Raum, den nötigen Beschlagnahmeschutz zu begründen. Das BVerfG hatte bei seiner Prüfung aus verfassungsrechtlicher Sicht die Möglichkeit, diesen Verletzungen der Selbstbelastungsfreiheit einen Riegel vorzuschieben. Diese Chance hat es leider versäumt, sodass nun noch zu hoffen bleibt, dass der Gesetzgeber es besser macht.

Bezüglich der eigenen Aufarbeitungen interner Ermittler greift außerdem auch das – ohnehin deplatzierte⁶⁹ – „Safehouse-Argument“ des BVerfG nicht: Enthält ein Unternehmen dem Staat diese inkriminierenden Aufarbeitungen vor, kann man nicht davon sprechen, dass für die Strafverfolgung *erforderliche* Dokumente missbräuchlich beiseitegeschafft werden.⁷⁰ Vielmehr unterlässt es das Unternehmen lediglich, dem Staat *nützliche* Informationen bereitzustellen. Selbstverständlich muss auch dieser Ansatz schwierige Grenzziehungen bewerkstelligen, wie am Beispiel von Interviewprotokollen deutlich wird: Sie sind inhaltlich wohl zwischen „Rohmaterial“ und eigener Aufarbeitung zu verorten. Für einen weitgehenden Beschlagnahmeschutz spricht aber nicht zuletzt, dass auch Interviews von den Staatsanwaltschaften nachgeholt werden können. Es besteht damit keine Gefahr des endgültigen Entzugs von Beweismaterial für die Strafverfolgung.

IX. Schlussfolgerungen aus Compliance-Perspektive

Beim Versuch, die Beschlagnahmeproblematik zu lösen, darf auch das eigentliche Ziel der Compliance-Pflicht von Unternehmen nicht aus den Augen verloren werden. Die große Bedeutung von Compliance im deutschen Recht geht auf die Überzeugung zurück, dass Compliance ein effektiver Mechanismus ist, um Kriminalität, die aus Unternehmen heraus begangen wird, zu begrenzen.⁷¹ Dieses Ziel ist – bei genauer Betrachtung – durchaus gefährdet. Wenn man sich von

⁶⁶ Meyer-Ladewig/von Raumer, in: HK-EMRK, 4. Aufl. 2017, Zusatzprotokoll zur EMRK, Art. 1 Rn. 11.

⁶⁷ Zum relevanten Verhältnismäßigkeitsbegriff siehe Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 14 ff.

⁶⁸ So hat etwa das LG Stuttgart jüngst in erfreulicher Ausführlichkeit geprüft, ob die bei der Kanzlei Gibson Dunn sichergestellten Dokumente als Verteidigungsunterlagen geschützt sind, LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 406 f. Dieses „Einfallstor“ für differenzierende Erwägungen kommt im Compliance-Kontext regelmäßig nicht ausreichend zum Zuge. Grund dafür ist wohl die Rechtsprechung des BGH, wonach nur solche Unterlagen als Verteidigungsunterlagen in Frage kommen, die unmittelbar der Verteidigung dienen, BGH, NJW 1973, 2035. Hier werden also Unterschiede zwischen klassischer Strafverteidigung und internen Ermittlungen gemacht, obwohl die jeweilige Sachverhaltsaufklärung nahezu deckungsgleich ist, kritisch dazu auch Pelz CCZ 2018, 211, 213 f.

⁶⁹ Die Befürchtung, dass ein weitreichender Beschlagnahmeschutz Rechtsanwälten die Türe zum missbräuchlichen Beiseiteschaffen von Unterlagen stellt, hat zu Recht heftige Kritik erfahren: Lilie-Hutz/Ihwas, NZWiSt 2018, 349, 352; Wostry, NZWiSt 2018, 356, 358; Dierlamm, BRAK-Mitt 2018, 204; Graßie/Hiéramente, BB 2018, 2051, 2052.

⁷⁰ So aber BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 (Rn. 91).

⁷¹ Vgl. Nestler, in: Knerim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 1 Rn. 31; eine Übersicht zu den Compliance-Zwecken aus Perspektive von Unternehmen und Staat findet sich bei Rotsch, in: Criminal Compliance, 1. Aufl. 2015, § 1 Rn. 42 ff.

einer eher theoretischen Aufarbeitung wie der von *Oesterle*⁷² emanzipiert und stattdessen Realitäten der menschlichen Entscheidungsfindung berücksichtigt, so muss man eingestehen, dass sich Entscheidungsträger einer wirksamen Compliance-Kultur verschließen könnten, weil sie die Beschlagnahme von Dokumenten und die anschließende Sanktionierung des Unternehmens befürchten.⁷³ Ein solches Verhalten der Unternehmensleitung mag zwar haftungs- und strafrechtlich nicht sinnvoll sein.⁷⁴ Gerade, wenn Strafverfolgung, Bebußung oder Einziehung drohen, wirken sich Befürchtungen aber häufig stärker auf die Entscheidungsfindung aus, als es die (haftungs- oder gar strafrechtliche) Vernunft tut. Anders gesagt: Angst ist zwar ein schlechter Ratgeber, aber einer, der laut ruft.

Auf eine ähnlich psychologische Argumentation – freilich mit dem umgekehrten Ergebnis – hat übrigens auch das BVerfG zurückgegriffen: Wenn die 3. *Kammer* mit dem „Safehouse-Argument“⁷⁵ befürchtet, dass Unternehmen und Rechtsanwälte den Beschlagnahmeschutz bewusst zum Beiseiteschaffen von Unterlagen nutzen könnten, sollte sie noch besorgter sein, dass aus Angst vor Beschlagnahmen keine gründlichen internen Ermittlungen durchgeführt werden könnten. Möchte man interne Ermittlungen als zentralen Mechanismus einer effektiven Compliance schützen, so kommt man an einem Beschlagnahmeschutz der erstellten Dokumente nicht vorbei. Weil das BVerfG diesen Aspekt übergangen hat, kann man zurecht bemängeln, wie das BVerfG die Augen vor der Wirtschaftsrealität verschließt.⁷⁶

X. Schlussfolgerungen *de lege ferenda*

Man wird die Entscheidung des BVerfG – jedenfalls zwischen den Zeilen – auch als Appell an den Gesetzgeber interpretieren dürfen. Nachdem also das BVerfG versäumt hat, sich mit der Selbstbelastungsfreiheit auseinanderzusetzen, bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber dies mit einer Neuregelung zur Beschlagnahmefreiheit bei internen Ermittlungen nachholt.⁷⁷ Im Rahmen des von vielen erwarteten Unternehmensstrafrechts wird sich der Gesetzgeber zu dieser Frage ohnehin positionieren müssen.⁷⁸

Dabei ist wichtig, dass der Gesetzgeber nicht an seinem früheren Verständnis zur Selbstbelastungsfreiheit festhält. So findet man in den Gesetzgebungsmaterialien zur GWB-Novelle ebenfalls noch den pauschalen Verweis, dass die Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen nicht gelte.⁷⁹ Dieses Verständnis mag im konkreten Kontext der GWB-Novelle nicht zu beanstanden gewesen sein.⁸⁰ Es genügt aber nicht, um das Compliance-Dilemma in den Griff zu bekommen. Den Gesetzgeber trifft nämlich die Pflicht, die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege zu beobachten und neuen Entwicklungen im Strafprozess Rechnung zu tragen.⁸¹ Zu diesen neuen Entwicklungen zählt insbesondere das geltende Quasi-Unternehmensstrafrecht, als dessen Kehrseite auch ein erhöhter Verfahrensschutz verstanden werden muss.⁸²

Im Ergebnis bedeutet das: Das deutsche Strafprozessrecht benötigt dringend ein normiertes Beweisverwertungsverbot im Kontext interner Ermittlungen.⁸³ Dabei müssen Erwägungen zum Ausmaß der Selbstbelastung im Zentrum stehen. Jedenfalls eigenständige inkriminierende Aufarbeitungen durch interne Ermittler müssen vor Beschlagnahme durch Ermittlungsbehörden geschützt sein. Im Steuer- und Insolvenzstrafrecht haben sich mit § 393 Abs. 2 S. 1 AO und § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bereits parallel strukturierte Normen etabliert, ohne dass die Wahrheitsfindung dort aufgegeben worden wäre.⁸⁴ Nun muss im Zuge der im Koalitionsvertrag angekündigten gesetzlichen Regelungen zu internen Ermittlungen ein weiteres Beweisverwertungsverbot folgen.

⁷² *Oesterle*, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, S. 146 ff.

⁷³ So auch *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28, 31; *Frank/Vogel*, NStZ 2017, 313, 319 f.

⁷⁴ *Oesterle*, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, S. 147.

⁷⁵ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 (Rn. 91).

⁷⁶ Vgl. *Lilie-Hutz/Ihwas*, NZWiSt 2018, 349, 350; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 16/2018 Anm. 1.

⁷⁷ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode S. 126.

⁷⁸ § 18 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes geht von der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit aus, *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1, 4, 10.

⁷⁹ BT-Ds. 17/9852 S. 35.

⁸⁰ Der im Zuge der GWB-Novelle eingeführte § 81a GWB a.F. (heute § 81b Nr. 1–4 GWB) bezog sich auf „tatferne“ Informationen, die nur zur Bemessung der Höhe einer Geldbuße erforderlich waren. Bei der Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Ermittlungen werden jedoch Informationen gesammelt, die eine Geldbuße überhaupt erst ermöglichen.

⁸¹ *Landau*, NStZ 2007, 121.

⁸² Vgl. *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242, 243 f.

⁸³ So jüngst auch *Wostry*, NZWiSt 2018, 356, 359.

⁸⁴ Freilich ist dort der Umfang des Beweisverwertungsverbots nicht unumstritten, siehe *Laroche*, ZinsO 2017, 1245, 1254 m.w.N.

XI. Schlussfolgerungen für Strafverteidiger und Fachgerichte

Bis es zu einer neuen gesetzlichen Regelung kommt, ist aber insbesondere eines zu wünschen: Weder Unternehmensverteidiger noch Fachgerichte dürfen die Entscheidung des BVerfG als Freischein für die Staatsanwaltschaften interpretieren. Auch muss vermieden werden, dass Gerichte eine Beschlagnahmefreiheit vorschnell mit dem Argument ablehnen, dass das Unternehmen ein Ermittlungsverfahren „lediglich befürchte“. Wie oben gezeigt, lassen sich in vielen denkbaren Szenarien noch Begründungsansätze finden, warum über die Befürchtung eines Ermittlungsverfahrens hinaus objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Befürchtung auch begründet ist. Auch wenn Verteidiger hinter vorgehaltener Hand teilweise von einem „Bären-dienst“ des BVerfG sprechen, wird auch zukünftig jede konkrete Durchsuchungs- und Beschlagnahmesituation genau zu prüfen sein. Das LG Stuttgart hat mit seiner – vom BVerfG wohl zeitlich bedingt nicht aufgegriffenen – Entscheidung einen begrüßenswert differenzierenden Weg eingeschlagen. Unternehmensverteidigung und Fachgerichte tun gut daran, diesen Weg weiter zu beschreiten, um zu vermeiden, dass Beschlagnahmen im Rahmen interner Ermittlungen ausufern.

Verfassungsrecht

Rechtsanwältin Kathie Schröder, Frankfurt a.M.

Zulässigkeit der Fixierung von untergebrachten Patienten: BVerfG, Urteil vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16

Das Urteil des zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichts befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Fixierungen von untergebrachten Patienten. Dabei betont und stärkt der Senat das hohe Gut des Grundrechts auf Freiheit einer Person, indem eine 5-Punkt bzw. 7-Punkt Fixierung als eigenständige freiheitsentziehende Maßnahme qualifiziert wird, welche den Richtervorbehalt erneut auslöst. Da dies in den hier relevanten gesetzlichen Bestimmungen nicht hinreichend vorgesehen ist, hat der Senat auch einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber des jeweiligen Landes ausgesprochen, eine entsprechende gesetzliche Grundlage zur Anordnung der Fixierungen von Patienten zu schaffen.

Leitsätze:

1. a. Die Fixierung eines Patienten stellt einen Eingriff in dessen Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 GG) dar.
b. Sowohl bei einer 5-Punkt- als auch bei einer 7-Punkt-Fixierung von nicht nur kurzfristiger Dauer handelt es sich um eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG, die von einer richterlichen Unterbringungsanordnung nicht gedeckt ist. Von einer kurzfristigen Maßnahme ist in der Regel auszugehen, wenn sie absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreitet.
2. Aus Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG folgt ein Regelungsauftrag, der den Gesetzgeber verpflichtet, den Richtervorbehalt verfahrensrechtlich auszugestalten, um den Besonderheiten der unterschiedlichen Anwendungszusammenhänge gerecht zu werden.
3. Um den Schutz des von einer freiheitsentziehenden Fixierung Betroffenen sicherzustellen, bedarf es eines täglichen richterlichen Bereitschaftsdienstes, der den Zeitraum von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr abdeckt.

Sachverhalt:

Dem Urteil liegen zwei Verfassungsbeschwerden zu Grunde, die zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurden.

I. Die Verfassungsbeschwerde 2 BvR 502/16 betrifft eine auf ärztliche Anordnung vorgenommene, acht Stunden andauernde 7-Punkt-Fixierung des Beschwerdeführers. Dieser leidet an einer

schizoaffektiven Störung, aufgrund derer er in erheblichem Maße sein Leben, seine Gesundheit und Rechtsgüter anderer gefährdet. Daher wurde er vorläufig in einer Psychiatrie untergebracht und war während seines insgesamt gut zwölfstündigen Aufenthalts an beiden Armen, beiden Beinen sowie um Bauch, Brust und Stirn in seinem Krankbett fixiert. Als Rechtsgrundlage für die vorläufige Unterbringung wurde das Bayerische Unterbringungsgesetz (BayUnterbrG) herangezogen, das allerdings keine spezielle Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung von Fixierungen vorsieht. Der Beschwerdeführer nahm den Freistaat Bayern erfolglos auf Schadenersatz und Schmerzensgeld für die aufgrund der Fixierung erlittenen Verletzungen in Anspruch. Seine Verfassungsbeschwerde ist gegen die in dem Amtshaftungsverfahren ergangenen Entscheidungen gerichtet.

II. Die Verfassungsbeschwerde 2 BvR 309/15 betrifft die 5-Punkt-Fixierung eines Suizidgefährdeten, der in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung untergebracht war. Die Fixierung beider Arme, beider Beine und am Bauch wurde über mehrere Tage wiederholt ärztlich angeordnet. Der Verfahrenspfleger des Unterbrachten wendet sich u.a. mittelbar gegen § 25 Abs. 3 des baden-württembergischen Gesetzes über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten (PsychKHG BW), auf dessen Grundlage der gerichtliche Unterbringungsbeschluss für den Betroffenen erging.

Entscheidungsgründe:

Die Verfassungsbeschwerden sind begründet. Der baden-württembergische und der bayerische Gesetzgeber sind verpflichtet, einen verfassungsgemäßen Zustand herbeizuführen.

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Betroffenen zu I. und den Beschwerdeführer zu II. in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 2 GG. In dem Verfahren 2 BvR 309/15 entspricht § 25 PsychKHG BW insoweit nicht den Anforderungen des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, als er keine Hinweispflicht auf die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung der Fixierung vorsieht. In dem Verfahren 2 BvR 502/16 fehlt es insgesamt an einer erforderlichen gesetzlichen Grundlage für Fixierungen und funktionsäquivalente Maßnahmen.

Die Fixierung eines Patienten stellt einen Eingriff in dessen Grundrecht auf Freiheit der Person dar. Sowohl bei einer 5-Punkt- als auch bei einer 7-Punkt-Fixierung von nicht nur kurzfristiger Dauer handelt es sich um eine Freiheitsentziehung; das gilt auch dann, wenn dem Betroffenen im Rahmen der Unterbringung die Freiheit bereits entzogen worden ist.

1.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG bezeichnet die Freiheit der Person als „unverletzlich“. Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung kennzeichnet das Freiheitsrecht als ein besonders hohes Rechtsgut, in das nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf. Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Ob ein Eingriff in die persönliche (körperliche) Freiheit vorliegt, hängt lediglich vom tatsächlichen, natürlichen Willen des Betroffenen ab, wobei eine fehlende Einsichtsfähigkeit den Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG nicht entfallen lässt; er ist auch dem psychisch Kranken und nicht voll Geschäftsfähigen garantiert.

2.

Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG umfasst sowohl freiheitsbeschränkende (Art. 104 Abs. 1 GG) als auch freiheitsentziehende Maßnahmen (Art. 104 Abs. 2 GG), die das Bundesverfassungsgericht nach der Intensität des Eingriffs voneinander abgrenzt. Sowohl eine 5-Punkt- als auch eine 7-Punkt-Fixierung stellt eine Freiheitsentziehung dar, es sei denn, es handelt sich um eine lediglich kurzfristige, bis ungefähr eine halbe Stunde andauernde Maßnahme. Denn die vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit durch eine 5-Punkt- oder die 7-Punkt-Fixierung, nimmt dem Betroffenen jegliche ihm bei der Unterbringung auf einer geschlossenen psychiatrischen Station noch verbliebene Freiheit, sich innerhalb dieser Station – oder zumindest innerhalb des Krankenzimmers – zu bewegen. Diese Form der Fixierung ist darauf angelegt, den Betroffenen auf seinem Krankbett vollständig bewegungsunfähig zu halten. Daher ist aufgrund ihrer besonderen Eingriffsintensität eine Fixierung sämtlicher Gliedmaßen auch im Rahmen eines bereits bestehenden Freiheitsentziehungsverhältnisses als eigenständige Freiheitsentziehung zu qualifizieren, die den Richtervorbehalt abermals auslöst. Zwar sind im Rahmen des Vollzugs der Unterbringung von der richterlich angeordneten Freiheitsentziehung grundsätzlich auch etwaige Disziplinarmaßnahmen wie etwa der Arrest oder besondere Sicherungsmaßnah-

men wie der Einschluss in einem enger begrenzten Teil der Unterbringungseinrichtung erfasst, durch die sich lediglich – verschärfend – die Art und Weise des Vollzugs der einmal verhängten Freiheitsentziehung ändert. Doch sowohl eine 5-Punkt- als auch eine 7-Punkt-Fixierung weisen im Verhältnis zu diesen Maßnahmen eine Eingriffsqualität auf, die von der richterlichen Unterbringungsanordnung nicht gedeckt ist. Eine besondere Intensität folgt zudem daraus, dass dieser gezielte Eingriff in die Bewegungsfreiheit als umso bedrohlicher erlebt wird, je mehr der Betroffene sich dem Geschehen hilflos und ohnmächtig ausgeliefert sieht. Hinzu kommt, dass der Eingriff in der Unterbringung häufig Menschen treffen wird, die aufgrund ihrer psychischen Verfassung die Nichtbeachtung ihres Willens besonders intensiv empfinden. Des Weiteren sind die Betroffenen für die Befriedigung natürlicher Bedürfnisse völlig von der rechtzeitigen Hilfe durch das Pflegepersonal abhängig. Im Verhältnis zu anderen Zwangsmaßnahmen wird die Fixierung von ihnen daher regelmäßig als besonders belastend wahrgenommen. Darüber hinaus besteht auch bei sachgemäßer Durchführung einer Fixierung die Gefahr, dass der Betroffene durch die längerdauernde Immobilisation Gesundheitsschäden wie eine Venenthrombose oder eine Lungenembolie erleidet.

3.

Dennoch kann der Gesetzgeber schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie Fixierungen prinzipiell zulassen. Aus dem Freiheitsgrundrecht sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben sich jedoch strenge Anforderungen an die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs. Dies gilt in besonderem Maße für präventive Eingriffe, die nicht dem Schuldausgleich dienen. Sie sind im Allgemeinen nur zulässig, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies erfordert. Allerdings kann eine Einschränkung der Freiheit der Person auch mit dem Schutz des Betroffenen selbst gerechtfertigt werden. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gewährt nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in diese Rechtsgüter, es stellt zugleich eine objektive Wertentscheidung der Verfassung dar, die staatliche Schutzpflichten begründet. Danach hat der Staat die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen. Die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft kann die Befugnis einschließen, den psychisch Kranken, der infolge seines Krankheitszustands und der damit verbundenen fehlenden Einsichtsfähigkeit die Schwere seiner Erkrankung und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen nicht zu beurteilen vermag oder trotz einer solchen Erkenntnis sich infolge der Krankheit nicht zu einer Behandlung entschließen kann, zwangsweise in einer geschlossenen Einrichtung unterzubringen und auch zu fixieren, wenn sich dies als unumgänglich erweist, um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung von dem Kranken abzuwenden. Die Fixierung eines Untergebrachten kann nach diesen Maßstäben zur Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung sowohl des Betroffenen selbst als auch anderer Personen wie des Pflegepersonals oder der Ärzte gerechtfertigt sein.

4.

Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darf die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang.

a. Schon nach dem allgemeinen, im Rechtsstaatsprinzip gründenden Gebot hinreichender Bestimmtheit der Gesetze ist der Gesetzgeber gehalten, Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Grundsätzlich fehlt es an der notwendigen Bestimmtheit nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist.

b. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG konkretisiert die Bestimmtheitsanforderungen, verstärkt den Vorbehalt des Gesetzes und verpflichtet den Gesetzgeber, insbesondere die Fälle, in denen eine Freiheitsentziehung zulässig sein soll, hinreichend klar zu bestimmen und in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln.

c. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben sich materielle Anforderungen an die Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlage. Eine Fixierung darf nur als letztes Mittel vorgesehen sein, wenn mildere Mittel nicht (mehr) in Betracht kommen.

d. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine in einer geschlossenen Einrichtung untergebrachte Person, die einer Fixierung unterzogen werden soll, auf verfahrensmäßige Sicherungen ihres Freiheitsrechts in besonderer Weise angewiesen ist. Die Geschlossenheit der Einrichtung und die dadurch für alle Beteiligten eingeschränkte Möglichkeit der Unterstützung und Begleitung

durch Außenstehende, versetzen die untergebrachte Person in eine Situation außerordentlicher Abhängigkeit, in der sie eines besonderen Schutzes bedarf. Sie muss vor allem davor geschützt werden, dass ihre Grundrechte etwa aufgrund von Eigeninteressen der Einrichtung oder ihrer Mitarbeiter – insbesondere bei Überforderungen, die im Umgang mit oft schwierigen Patienten auftreten können –, bei nicht aufgabengerechter Personalausstattung oder aufgrund von Betriebsroutinen unzureichend gewürdigt werden. Daher ist die Anordnung und Überwachung der Fixierung von in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung untergebrachten Personen durch einen Arzt unabdingbar. Nur dies entspricht auch den völkerrechtlichen Maßgaben, den internationalen Menschenrechtsstandards und den fachlichen Standards der Psychiatrie. Zudem ist während der Durchführung der Maßnahme jedenfalls bei einer 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung aufgrund der Schwere des Eingriffs und der damit verbundenen Gesundheitsgefahren grundsätzlich eine Eins-zu-eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal zu gewährleisten. Als besondere Sicherungsmaßnahme zur Abwehr einer etwaigen Selbst- oder Fremdgefährdung muss die Fixierung mit der in der Unterbringung stattfindenden psychiatrischen Behandlung der Grunderkrankung in engem Zusammenhang stehen. Ihre Erforderlichkeit ist auch unter Berücksichtigung der psychiatrischen Behandlungsmaßnahmen – etwa der Erfolgsaussichten eines Gesprächs oder einer Medikation – zu beurteilen sowie in jeweils kurzen Abständen neu einzuschätzen.

e. Zur Garantie eines effektiven Rechtsschutzes ist es notwendig, die Anordnung einer Fixierung, die maßgeblichen Gründe hierfür, ihre Durchsetzung, Dauer und die Art der Überwachung zu dokumentieren. Die Dokumentation dient zum einen der Effektivität des Rechtsschutzes, den der Betroffene gegebenenfalls erst später sucht. Zum anderen dient sie auch der Sicherung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Nur auf Grundlage einer detaillierten Dokumentation bleibt fachgerechtes und verhältnismäßiges Handeln auch unter der für Kliniken typischen Bedingung sichergestellt, dass die zuständigen Akteure wechseln. Erst recht gilt dies für Maßnahmen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur unter der Voraussetzung wahren, dass deren Auswirkungen im Zeitverlauf beobachtet und die hieraus notwendigen Konsequenzen gezogen werden. Hinzu kommt schließlich, dass die Dokumentation auch ein unentbehrliches Mittel der systematischen verbesserungsorientierten Qualitätskontrolle und Evaluation ist. Zusätzlich folgt aus dem Freiheitsgrundrecht die Verpflichtung, den Betroffenen nach Beendigung der Maßnahme auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Zulässigkeit der durchgeführten Fixierung gerichtlich überprüfen zu lassen. Nur so kann gewährleistet werden, dass sich der Betroffene bewusst ist, dass er auch noch nach Erledigung der Maßnahme ihre gerichtliche Überprüfung herbeiführen kann.

5.

Art. 104 Abs. 2 GG fügt für die Freiheitsentziehung dem Vorbehalt des (förmlichen) Gesetzes, dem das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Freiheit unterworfen ist, den weiteren, verfahrensrechtlichen Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht. Es ergibt sich vielmehr ein Regelungsauftrag, der den Gesetzgeber verpflichtet, den Richtervorbehalt verfahrensrechtlich auszugestalten. Dieser zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab. Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter (aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können. Alle staatlichen Organe sind verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam ist. Für den Staat folgt daraus die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters – jedenfalls zur Tageszeit – zu gewährleisten und ihm auch insoweit eine sachangemessene Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben zu ermöglichen.

Ein Richter soll über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung entscheiden, wobei zu dem Begriff „Entscheidung“ gehört, dass der Richter in vollem Umfang die Verantwortung für die Maßnahme übernimmt. Er muss diese eigenverantwortlich prüfen und dafür Sorge tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Freiheitsentziehung genau beachtet werden. Als neutrale Kontrollinstanz hat er die Pflicht, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte etwa hinsichtlich der Dauer und Intensität messbar und kontrollierbar bleibt. Das gilt auch dann, wenn die Freiheitsentziehung – wie im vorliegenden Zusammenhang – von Privaten angeordnet wird.

6.

Nach diesen Maßstäben sind beide Verfassungsbeschwerden begründet. Die auf der Grundlage von § 25 PsychKHG BW getroffene Entscheidung des Amtsgerichts sowie die auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 BayUnterbrG getroffene Entscheidung des Oberlandesgerichts verletzen die Betroffenen jeweils in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GG.

a. § 25 PsychKHG BW genügt zwar weitgehend den verfassungsgemäßen Anforderungen. Allerdings enthält die Norm keine Regelung dahingehend, dass der Betroffene nach Beendigung einer Fixierung oder funktionsäquivalenten Maßnahme auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit hinzuweisen ist. Außerdem ist der Gesetzgeber dem Regelungsauftrag nicht nachgekommen, soweit § 25 Abs. 3 PsychKHG BW auch für eine 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung nur eine ärztliche Anordnung, aber keine richterliche Entscheidung vorsieht. Daher verletzt der Beschluss des Amtsgerichts, mit dem der Antrag, die ärztliche Anordnung einer 5-Punkt-Fixierung für rechtswidrig zu erklären, zurückgewiesen worden ist, den Betroffenen zu I. in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GG, weil es für die an ihm vorgenommene 5-Punkt-Fixierung an einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage fehlt.

b. Die auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 BayUnterbrG getroffene Entscheidung des Oberlandesgerichts München verletzt den Beschwerdeführer zu II. in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GG. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts stellt Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 BayUnterbrG keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Fixierung des Beschwerdeführers zu II. dar, weil die Vorschriften dafür weder den Bestimmtheitsanforderungen von Art. 104 Abs. 1 GG genügen noch gemäß Art. 104 Abs. 2 GG eine richterliche Anordnung für die Freiheitsentziehung durch die erfolgte 7-Punkt-Fixierung verlangen.

Anmerkung:

Mit dem jüngsten Urteil zur Verfassungsmäßigkeit von Fixierungsmaßnahmen hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichtes einen Bogen über alle Institutionen und Berufsgruppen geschlagen und dabei die Hochwertigkeit des verfassungsgemäßen Guts der persönlichen Freiheit sowie die daraus resultierende Verantwortung eines jeden Einzelnen für besonders schutzbedürftige Personen vor Augen geführt. Untergebrachte kranke und ältere Menschen in Gesundheitseinrichtungen unterliegen – gerade weil sie sich ggf. in einer Situation befinden, in der sie die Notwendigkeit bestimmter Maßnahmen nicht selbst umreißen – eines besonderen Schutzes. Spiegelbildlich benötigen allerdings auch die sie pflegenden und behandelnden Personen und Institutionen eindeutige Regelungen, damit diese sich sicher in den rechtlich zulässigen Grenzen bewegen können.

1. Verantwortung der Gesetzgeber

In erster Linie hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgebungsorganen der Bundesländer einen Regelungsauftrag erteilt, die rechtlichen Voraussetzungen für zulässige Fixierungen untergebrachter Personen mit hinreichender Bestimmtheit zu normieren, wozu auch Regelungen und Hinweise für eine nachträgliche Überprüfung der freiheitsentziehenden Maßnahme gehören müssen. Die Verantwortung der Gesetzgeber wird mit dem zentralen Argument der hiesigen Entscheidung begründet, dass die mit einer 5-Punkt- bzw. 7-Punkt-Fixierung einhergehende massive Freiheitsentziehung einer gesonderten richterlichen Anordnung bedarf und nicht bereits in einer Unterbringungsentscheidung intendiert sein kann. Diese Feststellung klingt zwar profan, insbesondere vor der Kontrollüberlegung, dass nicht jeder untergebrachte Patient auch zu seinem bzw. zum Schutz Dritter fixiert werden muss. Doch diese Hervorhebung diene wohl offenbar der Klarstellung, dass insbesondere den behandelnden Ärzten nicht allein die Entscheidung und Verantwortung für einen derartigen Freiheitsentzug untergebrachter Personen auferlegt werden soll.

Für die Umsetzung des Regelungsauftrags hat das Bundesverfassungsgericht auch schon konkrete Vorgaben gemacht. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage muss nicht nur hinreichend bestimmt sein, sondern auch als materielle Voraussetzung vorsehen, dass eine Fixierung nur als letztes Mittel angewandt werden darf, wenn mildere Mittel nicht (mehr) in Betracht kommen. Zudem muss die gesetzliche Grundlage auch Verfahrensanforderungen zum Grundrechtsschutz der betroffenen Person vorsehen. Hierzu zählen die Anordnung und Überwachung der Fixierungsmaßnahme durch einen Arzt, die in Fällen der 5-Punkt- und 7-Punkt-Fixierung grundsätzlich von einer Eins-zu-eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal beglei-

tet sein muss, Anforderungen an die Dokumentation der maßgeblichen Gründe hierfür, ihrer Durchsetzung, Dauer sowie der Art der Überwachung. Hinzu kommt die Verpflichtung, die Betroffenen nach Beendigung der Maßnahme auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Zulässigkeit der durchgeführten Fixierung gerichtlich überprüfen zu lassen.

Nimmt ein Gesetzgeber den Regelungsauftrag nicht wahr, so führt dies zur Verfassungswidrigkeit der zu der Freiheitsentziehung ermächtigenden Norm.

2. Verantwortung des Staates und der Justizbehörden

Auch der Staat und die Justizbehörden werden in Verantwortung genommen. Es muss nach der Urteilsbegründung ebenso dafür Sorge getragen werden, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch umsetzbar ist. Hieraus folgt die verfassungsgemäße Pflicht, entsprechende Kapazitäten bei den Justizbehörden vorzuhalten, um eine vorherige oder unverzügliche nachträgliche richterliche Entscheidung einholen zu können. Insofern ist ein täglicher richterlicher Bereitschaftsdienst vorzuhalten, der – in Orientierung an § 758a Abs. 4 Satz 2 ZPO – den Zeitraum von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr abzudecken hat. Ferner müssen auch hinreichende sachliche Mittel zur Ausübung der richterlichen Aufgaben bereitgestellt werden.

3. Verantwortung der Richter

Die Kontrolle der Maßnahmen muss durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleistet sein. Insofern sind Richter nach der Argumentation der Verfassungsrichter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz in besonderem Maße dazu geeignet, die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten zu wahren. Durch den Richtervorbehalt zur verstärkten Sicherung und Kontrolle des Freiheitsgrundrechts werden sie in eine besondere Pflicht genommen. Der Senat weist ausdrücklich darauf hin, dass in geschlossenen Einrichtungen untergebrachte Personen einem besonderen Schutz unterliegen und bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Fixierung auch der mögliche Arbeitsalltag in den Gesundheitseinrichtungen kritisch zu hinterfragen ist. Daher haben Richter auch eine dahingehende Verantwortung, sich – im Rahmen des Zumutbaren – ein eigenes Bild davon zu machen, ob eine 5-Punkt- bzw. 7-Punkt-Fixierung in dem konkreten Einzelfall notwendig ist, das mildeste Mittel darstellt oder ob noch andere verhältnismäßige Mittel in Betracht gezogen werden können.

4. Verantwortung der Gesundheitseinrichtungen, Ärzte und Pflegekräfte

Der Zweite Senat stellt in der Urteilsbegründung auch darauf ab, dass es zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unabdingbar ist, dass die Anordnung und Überwachung der Fixierung in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung untergebrachter Personen durch einen Arzt erfolgt. Während der Durchführung der Maßnahme ist aufgrund der Schwere des Eingriffs und der damit verbundenen Gesundheitsgefahren jedenfalls bei einer 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung in der Unterbringung grundsätzlich eine Eins-zu-eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal zu gewährleisten. Ferner muss in kurzen Abständen unter Berücksichtigung der psychiatrischen Behandlungsmaßnahmen stets neu beurteilt werden, ob die Freiheitsentziehende Maßnahme noch erforderlich oder verhältnismäßig ist.

Die maßgeblichen Gründe für die Anordnung, Durchsetzung und Dauer der Fixierung sowie die Art der Überwachung sind zu dokumentieren. Nur auf Grundlage einer hinreichend detaillierten Dokumentation kann fachgerechtes und verhältnismäßiges Handeln belegt werden, was insbesondere für sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Maßnahmen gilt.

Mit diesen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer 5-Punkt und 7-Punkt-Fixierung untergebrachter Patienten werden Gesundheitseinrichtungen (mittelbar) in die Verantwortung genommen, klare Handlungsanweisungen den Mitarbeitern an die Hand zu geben, wann welche freiheitsentziehende Maßnahme wie angeordnet und umgesetzt werden darf, die Mitarbeiter selbst müssen entsprechend sensibilisiert und geschult sein, eine engmaschige Überwachung muss sichergestellt und kapazitätsmäßig möglich sein und auch die Dokumentation der Anordnung, der weiterhin bestehenden Erforderlichkeit der Freiheitsentziehung und ihre Überwachung darf nicht vernachlässigt werden.

5. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in dieser Entscheidung von dem Bundesverfassungsgericht dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Fixierung von Patienten in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung eine Herausforderung für alle beteiligte Organe, Institutionen und Personen sein wird. Ferner ist damit zu rechnen, dass diese Anforderungen auf sämtliche Patienten (unabhängig von einer Unterbringung) in Kliniken, Pflegeheimen und sonstigen Gesundheitseinrichtungen übertragen und als Maßstab herangezogen werden, ob eine Fixierung pflichtgemäß angeordnet, umgesetzt und kontrolliert worden ist.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Feststellung des staatlichen Rechtserwerbs hinsichtlich Anordnung des dinglichen Arrests zur Rückgewinnungshilfe - § 111i StPO

Der zur Rückgewinnung angeordnete und vollzogene strafprozessuale dingliche Arrest und die hierauf beruhenden Pfändungsmaßnahmen sind auch unter Berücksichtigung der Vorschriften den staatlichen Auffangerwerb mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das arretierte Vermögen aufzuheben. Von einem Vorrang des Insolvenzverfahrens in diesem Sinne geht (inzwischen) auch § 111i StPO aus.

LG Duisburg, Beschluss vom 02.05.2018 – 34 Qs 3/17, ZInsO 2018, 1478.

S. zu der Entscheidung ausführlich Wegner, PStR 2018, 195. Vgl. zudem erschöpfend bereits OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2013 – 2 Ws 508/13, ZInsO 2014, 96; hierzu Bittmann, ZInsO 2014, 2024, sowie – aus Sicht der Kreditinstitute – Obermüller, ZInsO 2014, 2401.

II. Materielles Strafrecht

1. Berufstypische Handlungen und strafbare Beihilfe - § 27 StGB

Als Beihilfe im Sinne des § 27 StGB ist jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss; es genügt die Unterstützung bei einer vorbereitenden Handlung. Gehilfenvorsatz liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern; Einzelheiten der Haupttat braucht er nicht zu kennen. Auch berufstypische Handlungen - wie Beratungs- oder Unterstützungshandlungen von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Bankmitarbeitern - können eine strafbare Beihilfe darstellen, wobei es bei einer derartigen an sich neutralen Handlung stets einer wertenden Betrachtung bedarf.

BGH, Urteil vom 19.12.2017 – 1 StR 56/17, wistra 2018, 342 = ZInsO 2018, 1956

Der 1. Strafsenat hat mit dem jetzt vorliegenden Urteil die bisherigen Leitlinien des BGH (grundlegend BGH, Urteil vom 01.08.2000 – 5 StR 624/99, wistra 2000, 340; zuvor bereits BGH, Beschluss vom 20.09.1999 – 5 StR 729/98, wistra 1999, 459; s. weiter BGH, Urteil vom 18.06.2003 – 5 StR 489/02, wistra 2003, 385; BGH, Urteil vom 22.01.2014, wistra 2014, 176; vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 03.12.2010 – 1 Ws 146/10, ZInsO 2011, 288) zum zweiten Mal binnen kurzer Zeit bestätigt (s. zuvor BGH, Beschluss vom 21.12.2016 – 1 StR 112/16, ZInsO 2017, 832; allg. und umfassend zu der Problematik vgl. Heuking/v. Coelln, WiJ 2017, 157).

2. Untreue durch leitende Bankmitarbeiter wegen vorschriftswidriger Vergabe ungesicherter Darlehen; Sal. Oppenheim jr. & Cie. KGaA - § 266 StGB

Die Strafzumessung ist Sache des Tatgerichts; eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle durch das Revisionsgericht ist daher ausgeschlossen. Organisationsmängel in einem Unternehmen oder einer Gesellschaft können strafmildernd wirken, wenn dadurch ein Täter in die Lage versetzt wird, sein Vorhaben ohne die an sich vorgesehene und gebotene Kontrolle umzusetzen. Die sorgfältige Planung einer Straftat und vor der eigentlichen Tat unternommene zielgerichtete Verschleierungshandlungen können bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden. Die vom BGH zum Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) entwickelten Grundsätze bzgl. der Bedeutung des Hinterziehungsbetrags sind auf Fälle der Untreue (§ 266 StGB) nicht in gleicher Weise anzuwenden, weil der Untreuetatbestand mit seinen abstrakt-generellen Tatbestandsmerkmalen auf ganz unterschiedliche Lebenssachverhalte im Wirtschaftsleben Anwendung finden kann, sodass sich die in Betracht kommenden Fallgestaltungen einer generalisierenden Betrachtung entziehen.

BGH, Urteil vom 14.03.2018 – 2 StR 416/16, ZInsO 2018, 1469 = StraFo 2018, 306.

3. Untreue eines Unternehmensorgans bei Verstößen gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie durch ungerechtfertigte Bevorzugung eines Betriebsratsvorsitzenden - § 266 StGB

Einen durch den Untreuetatbestand strafbewehrten Grundsatz, wonach Vergütungserhöhungen durch den Sparsamkeitsgrundsatz gehindert sind, wenn der Betreffende auch zu den ursprünglich vereinbarten und für das Unternehmen günstigeren Bedingungen seine Leistungen zu erbringen hat, kennt das deutsche Recht nicht. Eine pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebots, welches lediglich den äußeren Begrenzungsrahmen des dem Unternehmer bei seinen Entscheidungen eingeräumten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums darstellt, liegt regelmäßig erst vor, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit unangemessene Gegenleistung gewährt wird. Verstöße gegen das BetrVG für sich genommen keine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestands zu begründen, weil dessen Vorschriften lediglich dem Schutz des Betriebsrats und damit der Beschäftigten dienen und keinen vermögensschützenden Charakter haben. Erwägungen, einem Betriebsratsvorsitzenden mit zusätzlichen Zahlungen einen Anreiz zu bieten, die übrigen Betriebsräte „unter der Decke“ zu halten, stellen indes keinen beachtlichen Belang des Unternehmenswohls dar.

BGH, Beschluss vom 20.06.2018 – 4 StR 561/17, ZInsO 2018, 1792.

4. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit für strafrechtliche Zwecke - § 283 StGB, §§ 15a, 17 InsO

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt i.d.R. durch die betriebswirtschaftliche Methode, die eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraussetzt; Zahlungsunfähigkeit kann überdies auch durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden. Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist bei Anwendung der betriebswirtschaftlichen Methode zusätzlich eine Prognose dahin gehend erforderlich, ob innerhalb einer Dreiwochenfrist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist.

BGH, Beschluss vom 12.04.2018 – 5 StR 538/17, ZInsO 2018, 1410.

5. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit für strafrechtliche Zwecke - § 283 StGB, §§ 15a, 17 InsO

Rechtskräftig titulierte Forderungen sind stets als fällige Verbindlichkeiten zu berücksichtigen; auf die materielle Richtigkeit der zugrunde liegenden Urteile kommt es im Hinblick auf das Krisenmerkmal nicht an. Dem Vorhandensein von Vermögen kommt für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit als Geldilliquidität allein im Rahmen der Prognose über die kurzfristig mögliche Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit Bedeutung zu.

BGH, Beschluss vom 10.07.2018 – 1 StR 605/16, ZInsO 2018, 1953.

Der 1. Strafsenat übernimmt in der Entscheidung überdies die unter Ziffer 3 dargestellte Auffassung, nach der die Zahlungsunfähigkeit alternativ nach der betriebswirtschaftlichen und nach

der wirtschaftskriminalistischen Methode festgestellt werden kann. Umfassend und aktuell zu diesem Thema vgl. Waßmer, ZInsO 2018, 1585.

6. Manipulation von Jahresabschlüssen für den Börsengang eines Unternehmens - § 331 HGB, § 263 StGB

Nicht jede Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften führt zu einer Verletzung von § 331 HGB, vielmehr muss es sich um eine solche handeln, die die Interessen der Gläubiger, der Arbeitnehmer oder der Gesellschafter berührt. Die Darstellung im Jahresabschluss muss der objektiven Sachlage entsprechen, auf die subjektive Vorstellung des Handelnden kommt es nicht an. Die unrichtige Wiedergabe beschränkt sich nicht auf unwahre Angaben; unrichtig können nicht nur Aussagen über Tatsachen, sondern auch - evtl. auf zutreffenden Tatsachen beruhende - Schlussfolgerungen, wie Bewertungen, Schätzungen und Prognosen, sein. Die unzutreffende Buchung von Eigenkapital betrifft das gesamte Bilanzergebnis, weil Gläubiger und Gesellschafter auf diese Weise einen falschen Eindruck von der Liquidität und Kreditwürdigkeit der Gesellschaft erhalten, und in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft enttäuscht werden. Ein Irrtum i.S.d. § 263 StGB ist nicht nur gegeben, wenn der Getäuschte von der Gewissheit der behaupteten Tatsache ausgeht, sondern auch dann, wenn er trotz gewisser Zweifel die Vermögensverfügung trifft, wenn er also die Möglichkeit der Unwahrheit für geringer hält. Ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Wurde der Getäuschte zur Zeichnung von Aktien veranlasst, sind bei der für die Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Wert (Marktwert) der betroffenen Aktien und der hierfür entrichtete Kaufpreis miteinander zu vergleichen, wobei ggfs. ein Sachverständiger zur Ermittlung des Wertes heranzuziehen ist.

BGH, Beschluss vom 16.05.2017 - 1 StR 306/16, wistra 2018, 171 = ZInsO 2018, 2071

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Gehm, NZWiSt 2018, 113.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

Untreue als Schutzgesetz – § 823 Abs. 2 BGB

Bei § 266 Abs. 1 StGB handelt es sich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Untreue setzt sowohl in der Variante des Missbrauchs (§ 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB) als auch in derjenigen des Treubruchtatbestands (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) voraus, dass dem Täter eine Vermögensbetreuungspflicht obliegt und er diese verletzt. Eine solche Pflicht ist gegeben, wenn der Täter in einer Beziehung zum (potentiell) Geschädigten steht, die eine besondere, über die für jedermann geltenden Pflichten zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt. Allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen, insbesondere aus Austauschverhältnissen, reichen nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn sich hieraus Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten ergeben. In der Regel wird sich eine Treuepflicht nur aus einem fremdnützig typisierten Schuldverhältnis ergeben, in welchem der Verpflichtung des Täters Geschäftsbesorgungscharakter zukommt. Bei rechtsgeschäftlicher Grundlage kommt es im Einzelfall auf die vertragliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses. Die Pflicht, Vermögensinteressen eines anderen wahrzunehmen, kann durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten begründet werden.

BGH, Urteil vom 24.04.2018 – VI ZR 250/17, ZInsO 2018, 1675

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

1. Widerruf einer Taxi-Genehmigung trotz laufendem Insolvenzverfahren - § 12 GewO

Der Widerruf einer Gewerbeerlaubnis wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse ist nach § 12 GewO für die Zeit eines Insolvenzverfahrens unzulässig. Dies hindert jedoch nicht eine entsprechende Maßnahme wegen persönlicher Unzuverlässigkeit.

VG Köln, Beschluss vom 15.06.2018 – 18 L 557/18, ZInsO 2018, 1870

2. Umfassende Offenbarungspflicht des Finanzamts gegenüber dem Insolvenzverwalter – § 30 AO; § 4 IFG NRW

Das Steuergeheimnis (§ 30 AO) steht der Einsichtnahme in steuerliche Unterlagen des Schuldners auch dann nicht entgegen, wenn der Insolvenzverwalter so denkbare Anfechtungsmöglichkeiten prüfen will.

BVerwG, Urteil vom 16.04.18 – 7 C 5.16, ZInsO 2018, 1907

Gestützt auf das auf das Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen (IFG NRW) verlangte ein Insolvenzverwalter vom Finanzamt Einsicht in alle Steuerkontounterlagen der Insolvenzschildnerin, auch um Anfechtungsmöglichkeiten (§§ 129 ff. InsO) prüfen zu können. Das BVerwG hat mit der Entscheidung einen seit langem schwelenden Konflikt zwischen den – auf entsprechende Anfragen in der Vergangenheit regelmäßig sehr zögerlich reagierenden – Finanzbehörden und den nach Massemehrung strebenden Insolvenzverwaltern geklärt; vgl. hierzu Weyand, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 355 StGB Rn. 7 m.w.N.

Ausführlich zu der Entscheidung vgl. die Anm. von Schmittmann, NZI 2018, 714 und von Wehner, jurisPR-InsR 19/2018 Anm. 3.

Internationales

Strafverfahrensrecht

Dr. Daniel M. Gajek, Frankfurt a.M., Dr. Carolin Raspé und Dr. Julia Schlösser-Rost, beide Berlin

Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil I)

I. Einleitung

Die Kommunikation von Mandant und Anwalt bedarf eines besonderen Schutzes. Auf dieser Prämisse beruht das angloamerikanische Recht ebenso wie das deutsche. Der Grundsatz lautet hier wie dort: Eine effektive Beratung des Mandanten setzt Vertrauen voraus und Vertrauen hat nur, wer die Erwartung haben kann, dass seine Kommunikation mit dem Anwalt vertraulich bleibt und nicht ohne Weiteres herausgegeben werden muss. Wie schafft man eine solche Vertrauensgrundlage? Die Antwort hierauf fällt in Deutschland anders aus als im angloamerikanischen Recht. Während sich in Deutschland das Gebot der Vertraulichkeit in erster Linie an den Anwalt richtet¹, existiert in England und USA mit dem Anwaltsprivileg ein vergleichsweise weiter Schutz. Dieser soll im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.²

Die gemeinsame Betrachtung von USA und England bietet sich aus mehreren Gründen an: Erstens baut der Schutz der Anwaltskommunikation in den USA historisch auf dem englischen Recht auf.³ Zweitens gibt es in beiden Ländern aktive Behörden, die grenzüberschreitend ermitteln und deren Aufklärungsinteresse im Spannungsfeld zum Anwaltsprivileg steht. Drittens ist der Schutz von Anwaltskommunikation in England und USA mit besonderen Risiken verbunden.

¹ Der Schutz der Kommunikation von Anwalt und Mandant in Deutschland erfolgt vor allem über die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 43a Abs. 2 BRAO. Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte sichern die Verschwiegenheitspflicht prozessual ab (vgl. § 383 Abs. 3 Nr. 6 ZPO; § 53 StPO). Hinzukommen Beschlagnahmeverbote (vgl. § 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO). Der Schutz ist aber begrenzt. So schützt die Vorschrift nur vor der Beschlagnahme von Gegenständen, die sich im Gewahrsam des Anwalts befinden (eine Ausnahme gilt bei Verteidigungsunterlagen). Beim Mandanten befindliche Dokumente sind nicht geschützt. Zum Anwaltsprivileg in Deutschland vgl. auch Spoerr/Priewer, Risk & Compliance, Jul.-Sept. 2018, S. 207, 208f. Zum europäischen Anwaltsprivileg, vgl. van der Hout/Seitz, Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Auflage 2018, Vorbemerkung zu Art. 17 ff., Rn. 40 ff.

² Dieser Aufsatz dient als Einführung. Hier ist nicht der Ort für einen systematischen Rechtsvergleich zwischen dem angloamerikanischen Rechtssystem und dem Schutz von Anwaltskommunikation in Deutschland.

³ Vgl. dazu Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 1:1.

Denn in beiden Ländern schafft das Anwaltsprivileg ein Gegengewicht zu weitreichenden zivilrechtlichen Mitwirkungspflichten. Das bedeutet im Umkehrschluss: Existiert der Schutz des Anwaltsprivilegs nicht oder fällt er später weg, besteht ein hohes Risiko, dass der Mandant Informationen herausgeben muss, die für ihn von erheblichen Nachteil sein können. Dieses Risiko besteht nicht nur in Bezug auf Zivilkläger. Die Weitergabe von Anwaltskommunikation an Dritte kann leicht als konkludenter Verzicht auf die Vertraulichkeit ausgelegt werden. Ein solcher Verzicht hätte zur Folge, dass der Mandant auch Informationen zu straf- oder bußgeldrelevanten Verhalten an Ermittlungsbehörden herausgeben müsste, die er bei Kenntnis der Offenlegungspflicht seinem Anwalt wohl nicht anvertraut hätte. Das Risiko, Anwaltskommunikation im Nachhinein offenlegen zu müssen, besteht vor allem für grenzüberschreitend tätige Mandanten und deren Rechtsberatern. Hier mag den Beteiligten nicht immer klar sein, welche Kommunikationen geschützt sind und welche nicht. Hinzukommt, dass die nachteiligen Folgen oft erst Jahre später eine Rolle spielen können. Die betreffende Kommunikation mit dem Anwalt mag zu einem Zeitpunkt erfolgt sein, in dem Zivilprozesse oder behördliche Untersuchungen noch nicht absehbar waren und die Beteiligten nicht die erforderliche Sensibilität für den kritischen Inhalt der Kommunikation hatten (etwa im Rahmen der M&A-Beratung, wenn der Anwalt eines potentiellen Käufers Risikoeinschätzungen zur Zielgesellschaft erstellt). Mindestens genauso wichtig ist eine solche Sensibilität in Situationen, in denen ein konkretes Risiko besteht, Anwaltskommunikation an Behörden oder Zivilkläger herausgeben zu müssen, etwa in Kartellrechtsfällen oder bei internen Untersuchungen von Unternehmen zur Aufklärung von Gesetzesverstößen.⁴ Der folgende Beitrag soll helfen, ein Grundverständnis für die wesentlichen Voraussetzungen des Anwaltsprivilegs im US-amerikanischen und englischen Recht zu entwickeln.

Der Aufsatz ist in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil widmet sich dem *Attorney-Client Privilege*, dem Anwaltsprivileg in den USA, der zweite Teil beleuchtet ergänzend die *US-Work-Product* Doktrin und den Schutz von Anwaltskommunikation im englischen Recht.

II. US-Recht

In den USA wird der Schutz der Kommunikation von Anwalt und Mandant über zwei Institute abgesichert: das Anwaltsprivileg (*Attorney-Client Privilege*) und die *Work-Product* Doktrin. Der Aufsatz beginnt mit der Darstellung des Anwaltsprivilegs, dem älteren der beiden Institute, bevor die Grundzüge der *Work-Product* Doktrin erläutert werden. Letztere wurde speziell entwickelt, um die Lücken des *Attorney-Client Privilege* zu schließen.⁵

1. Anwaltsprivileg (*Attorney-Client Privilege*)

Das US-Anwaltsprivileg ist eine Beweisregel und nicht mit der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht zu verwechseln.⁶ Der Zweck dieser Beweisregel wurde bereits angedeutet: Sie soll die offene und freie Kommunikation von Anwalt und Mandant fördern, um eine effektive Rechtsberatung zu gewährleisten.⁷ Ein weiterer Grund sind die weitreichenden Mitwirkungspflichten im US-Zivilprozess. Während es in Deutschland keinen Grundsatz gibt, der Gegenseite Beweismittel zu verschaffen, über die sie nicht selbst verfügt,⁸ können Kläger in den USA im Rahmen des *Discovery*-Verfahrens umfangreiche Auskünfte von der Gegenseite verlangen, um so Beweismaterial zu sammeln.⁹ Das Anwaltsprivileg macht hiervon eine gewichtige Ausnahme.

⁴ Solche Untersuchungen können mit erheblichen Risiken verbunden sein. Zu nennen sind etwa Ermittlungen diverser Behörden (parallel zur internen Untersuchung), langwierige Zivilprozesse, negative Presse und die öffentliche Wahrnehmung. Hinzu kommt, dass alle beteiligten Interessengruppen Informationen über die interne Untersuchung haben.

⁵ Vgl. hierzu Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Sixth Edition, 2017, S. 1042f.

⁶ Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht kann weiter reichen als das Anwaltsprivileg. Sie erfasst etwa sämtliche dem Anwalt vom Mandanten anvertraute Kommunikation während sich das Anwaltsprivileg nur Kommunikation zum Zweck von Rechtsrat erstreckt.

⁷ Vgl. *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (S. Ct. 1981): "*purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice and advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client*". Als Beschränkung des Aufklärungsinteresses von Behörden und Ausnahme von den zivilprozessualen Regeln der Wahrheitsfindung bedarf das Anwaltsprivileg einer Rechtfertigung.

⁸ So ausdrücklich BGH NJW 1958, 1491f. Nach deutschem Zivilprozessrecht kann eine Partei insbesondere nicht bestimmte Klassen von Dokumenten von der Gegenseite verlangen. Nach § 142 Abs. 1 ZPO kann das Gericht allerdings anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen vorlegt, auf die sich eine Partei bezogen hat. Vgl. auch die Regeln zur Urkundenvorlage nach §§ 421, 422 und 424 ZPO, die voraussetzen, dass eine materielle Verpflichtung zur Vorlage der Urkunde besteht.

⁹ Zu nennen sind hier vor allem *Depositions* (protokollierte mündliche eidliche Aussagen), *Interrogations* (schriftliche Fragenkataloge), *Requests to Produce Documents or Things* (Verlangen der Vorlage von Dokumenten und Gegenständen) und *Requests for Admissions* (Aufforderung an die Gegenseite Zugeständnisse zu machen. Bei Untätigkeit der Gegenseite gilt die betreffende Tatsache als zugestanden).

a) Voraussetzungen des Anwaltsprivilegs¹⁰

Eine einheitliche Definition des Anwaltsprivilegs existiert nicht.¹¹ Dennoch lassen sich die unterschiedlichen Definitionen von Gerichten und Literatur im wesentlichen auf die folgenden Voraussetzungen zurückführen:¹² Das Anwaltsprivileg setzt eine (1) Kommunikation zwischen (2) Anwalt und (3) Mandant voraus, die (4) im Vertrauen und zum (5) Zweck erfolgt ist, Rechtsrat zu erteilen oder zu empfangen.

aa) Kommunikation

Das US-Anwaltsprivileg soll Kommunikation fördern, konsequent bezieht sich der Schutz auch nur auf die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant. Nicht geschützt sind die Fakten, die dieser Kommunikation zugrunde liegen.¹³ Das Privileg schützt nur die Tatsache, dass eine Information kommuniziert wurde, nicht die Information selbst.¹⁴ Das Wissen des Mandanten zu bestimmten Fakten ist nicht geschützt und Dritte können sich Zugang zu diesen Informationen verschaffen. Spiegelbildlich gilt für den Verzicht auf das Privileg: Wenn der Mandant freiwillig Informationen an Dritte herausgibt, und nicht offenlegt, dass er diese an einen Anwalt kommuniziert hat, so bleibt der Schutz des Anwaltsprivilegs unberührt.

Der Fokus auf Kommunikationen hat folgende Auswirkungen: Informationen, die nicht anderweitig durch das Privileg geschützt sind, werden nicht allein dadurch privilegiert, dass sie einem Anwalt mitgeteilt wurden.¹⁵ Genausowenig geschützt sind Beweismittel, die einem Anwalt übergeben werden, da diese keine Kommunikation verkörpern.¹⁶

Die Art der Kommunikation von Anwalt und Mandant ist unerheblich. Geschützt sind mündliche Kommunikation (etwa Telefongespräche oder andere Audio- oder Videoaufzeichnungen) genauso wie schriftliche Kommunikation (Emails, SMS etc.).¹⁷ Ebenfalls vom Schutz umfasst ist non-verbale Kommunikation.¹⁸ Allerdings gibt es einige Kommunikationen, die vom Anwaltsprivileg ausgenommen sind. Dazu gehören etwa die Identität des Anwalts oder Details zu gezahlten Anwaltskosten.¹⁹ In diesen Fällen bedarf es – so die Einschätzung der Gerichte – keiner Förderung der freien Kommunikation vom Mandanten zum Anwalt.

Das Privileg besteht in grundsätzlich in beide Richtungen. Geschützt sind Kommunikationen vom Anwalt zum Mandanten und umgekehrt. Allerdings besteht Uneinigkeit, inwieweit Kommunikation von Anwalt zu Mandant geschützt ist. Während einige Gerichte jegliche Informationen des Anwalts an den Mandanten schützen²⁰, erfassen andere nur Informationen, die bei einer Offenlegung vertrauliche Kommunikation vom Mandanten offenbaren würden.²¹ Verarbei-

¹⁰ Fokus dieses Aufsatzes ist das Anwaltsprivileg nach US-Bundesrecht. Teilweise wird auch auf einzelstaatliche Regeln eingegangen, wenn dies besonders hervorgehoben wird. Zu den Rechtsquellen des Privilegs nur so viel: Das Bundes-Common Law regelt das Anwaltsprivileg, das Bundesgerichte auf bundesrechtliche Ansprüche anwenden. Die einzelnen US-Bundesstaaten haben meist eine gesetzliche Regelung des Anwaltsprivilegs, das für Ansprüche in einzelstaatlichen Gerichten gilt oder für einzelstaatliche Rechte an einem Bundesgericht. Vgl. etwa die Regelung im Bundesstaat New York in New York Consolidated Laws, Civil Practice Law and Rules § 4503.

¹¹ So verweist die Rule 501 der Federal Rules of Evidence (FRE) nur auf das Common Law *“as interpreted by United States courts”*.

¹² In der oft zitierten Entscheidung von *Unites States v. United Shoe Machinery Corp.*, 89 Supp. 357 (D. Mass. 1950) heißt es etwa: *“The privilege applies only if (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client; (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyer; (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion on law or (ii) legal services or (iii) assistance in some legal proceeding, and not (d) for the purpose of committing a crime or tort; and (4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.”*

¹³ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 395f. (S. Ct. 1981): *“protection of the privilege extends only to communications and not to facts. A fact is one thing and a communication concerning the fact is an entirely different thing. The client cannot be compelled to answer the question, “what did you say or write to the attorney?” but may not refuse to disclose any relevant facts within his knowledge merely because he incorporated a statement of such fact into a communication to his attorney.”*

¹⁴ Das Anwaltsprivileg schützt etwa die Tatsache, dass der Mandant dem Anwalt mitgeteilt hat, wo sich die Leiche befindet, nicht aber den Fundort selbst.

¹⁵ Vgl. die Entscheidung des Second Circuit, *Colton v. United States*, 306 F.2d 633, 639 (1962). Die Tatsache, dass die Information dem Anwalt mitgeteilt wurde, ist indes vom US-Anwaltsprivileg geschützt.

¹⁶ In re January 1976 Grand Jury, 534 F.2d 719, 728 (7th Cir. 1976).

¹⁷ *Rice, Attorney-Client Privilege in the United States*, 2017-2018 Edition, § 5:2. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Mandant die Information von sich aus mitteilt oder auf Anfrage des Anwalts preisgibt, vgl. *E.E.O.C. vs. Kidder Peabody, Peabody & Co. Inc.*, 59 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 41605, 1992 WL 73344.

¹⁸ Hier entstehen allerdings interessante Abgrenzungsfragen: Was ist wenn der Täter dem Anwalt eine Wunde oder die Tatwaffe zeigt oder der Anwalt Auskunft über die Zustand des Mandanten kurz nach der Tat geben soll? Die Literatur stellt darauf ab, ob der Mandant eine Information übermitteln wollte. Davon abzugrenzen ist die unfreiwillige Preisgabe von Information. Vgl. *Broun et al., McCormick on Evidence*, 7th Edition 2013, § 89.

¹⁹ Vgl. etwa In re Grand Jury Subpoena, 204 F.3d 516, 519-21 (4th Cir. 2000).

²⁰ Vgl. In re LTV Securities Litigation, 89 F.R.D. 595, 602 (N.D. Tex. 1981); *United States v. Amerada Hess Corp.*, 619 F.2d 980, 986 (3d Cir. 1980).

²¹ Vgl. etwa *Gonzalez Crespo v. Wella Corp.*, 774 F. Supp. 688, 689 (D.P.R. 1991). Weitere Nachweise bei *Rice, Attorney-Client Privilege in the United States*, 2017-2018 Edition, § 5:2.

tet der Anwalt etwa den Inhalt eines existierenden Dokuments, das ihm vom Mandant mitgeteilt wurde, in einer Notiz, ist diese Information vom Anwaltsprivileg geschützt. Denn die Weitergabe der Notiz würde vertrauliche Kommunikation vom Mandanten preisgeben.²² Allerdings führen Kommentare zu einem bestehenden Dokument nicht dazu, dass das Ursprungsdokument vom Privileg umfasst ist.²³

bb) Rechtsrat als Zweck der Kommunikation

Das US-Anwaltsprivileg schützt nicht jede Kommunikation mit Anwälten. Es greift nur, wenn die betreffende Kommunikation den Zweck hatte, Rechtsrat zu ersuchen oder zu erteilen. Dieser Voraussetzung kommt einige Bedeutung zu, denn die Abgrenzung von Rechtsrat und anderer Beratung gestaltet sich oft schwierig.²⁴ Anwälte werden häufig zu mehr befragt als Rechtsrat, etwa persönlichen Rat, Rat in finanziellen oder geschäftlichen Angelegenheiten oder Rat zu reinen Organisationsaufgaben.²⁵ Was zeichnet Rechtsrat aus? Einige Gerichte stellen darauf ab, dass Rechtsberatung die Interpretation und Anwendung von Normen und Prinzipien voraussetzt.²⁶ Andere stützen sich auf die vage Formulierung *"benefit the administration of justice"*, also Förderung der Gerechtigkeit.²⁷ Teilweise wird auch die juristische Ausbildung des Beraters hervorgehoben.²⁸ Oft erbringen Juristen aber auch Dienstleistungen für die keine juristische Ausbildung nötig ist. Allein die Tatsache, dass eine Dienstleistung auch von einem Nichtjuristen hätte erbracht werden können, führt allerdings nicht zwingend dazu, dass das Anwaltsprivileg unanwendbar ist. Es ist nur ein Faktor, den Gerichte heranziehen.²⁹ Da die Abgrenzung auch anhand der soeben dargestellten Kriterien Schwierigkeiten bereitet, helfen sich viele Gerichte mit der Vermutung, dass der Rat von professionellen Rechtsberatern Rechtsrat beinhaltet.³⁰

Nur in den seltensten Fällen wird der Rat eines Anwalts ausschließlich eine bestimmte Beratungskategorie betreffen. Bei "gemischten" Kommunikationen stellt die Mehrzahl der Gerichte darauf ab, ob die Kommunikation von Mandant und Anwalt hauptsächlich (*"primarily"*; *"predominantly"*) Rechtsrat betrifft.³¹ Auch diese auf den ersten Blick einfache Abgrenzung bereitet auf den zweiten Blick Probleme.³² Der anwaltliche Rat zu kartellrechtlichen Auswirkungen einer Übernahme kann untrennbar mit geschäftlichen Erwägungen verbunden sein. Was ist mit Vertragsverhandlungen oder mit der Erstellung von Verträgen? Wo liegt hier der Schwerpunkt? Viele Gerichte gehen dieser Frage aus dem Weg und stellen darauf ab, ob die Beratung überhaupt trennbar ist.³³ Wenn die juristischen und nicht-juristischen Teile des Rechtsrats klar identifiziert und getrennt werden können, soll sich das Anwaltsprivileg nur auf den Teil mit Rechtsrat erstrecken.³⁴ In allen anderen Fällen, in denen sich Rechtsrat und andere Zwecke nicht einfach abgrenzen lassen, verbleibt es bei einer Interessenabwägung, bei der unter anderem auf Folgen-

²² Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 96, Supreme Court, 48 L. Ed. 2d 39 (1976): *"pre-existing documents which could have been obtained by court process from the client when he was in possession may also be obtained from the attorney by similar process following legal advice."*

²³ Nur die Kommunikation des Anwalts, d.h. die Kommentare sind geschützt, vgl. In re Viox Products Liability Litigation, 501 F. Supp. 2d 789, 806f. (E.D. La 2007).

²⁴ Vgl. First Fed. Sav. Bank of Hegewitsch v. United States, 55 Fed. Cl. 263, 267 (Ct. Fed. Cl. 2003): *"The cornerstone of the [attorney-client] privilege has always rested on the notion that the communication must be for the purpose of securing or rendering legal advice."*

²⁵ Vgl. etwa United States v. United Shoe Machinery Corp., 89, F. Supp. 357 (D. Mass. 1950): *"The modern lawyer almost invariably advises his client upon not only what is permissible but also what is desirable; and it is in the public interest that the lawyer should regard himself as more than the predictor of legal consequences."*

²⁶ In re County of Erie, 473 F.3d 413, 419 (2d Cir. 2007): *"Fundamentally, legal advice involves the interpretation and application of legal principles to guide future conduct or to assess past conduct. [...] It requires a lawyer to rely on legal education and experience and to inform judgment."* Vgl. auch Ball v. U.S. Fidelity & Guar. Co., 1989 WL 135903, *1 (S.D.N.Y.): Rechtsrat beinhaltet *"judgment of a lawyer in his capacity as a lawyer"*.

²⁷ Attorney General of U.S. v. Covington and Burling, 430 F. Supp. 1117, 1121 (D.D.C.): *"the ultimate test must be whether protection of the communication would, in any significant way, benefit the administration of justice"*.

²⁸ In der oft zitierten Entscheidung Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F.2d 596, 610 (8th Cir. 1978) stellt das Gericht darauf ab, ob der Mandant von folgendem profitiert: *"training, skills and background necessary to make the independent analysis and recommendations"*.

²⁹ U.S. ex rel. Stone v. Rockwell Intern. Corp., 144, F.R.D. 396, 399 (D. Colo. 1992).

³⁰ Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F.2d 596, 610 (8th Cir. 1978).

³¹ Vgl. etwa Neuder v. Batelle Pac. N.W. Nat'l Lab., 194 F.R.D. 289, 292 (D.D.C. 2000): *"[w] here business and legal advice are intertwined, the legal advice must predominate for the communication to be protected"*. Einige Gerichte verwenden zwar den Begriff *"solely"*, vgl. In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated September 15, 1983, 731 F.2d 1032, 1037, 15 Fed. R. Evid. Serv. 327, 38 Fed. R. Serv. 2d 1351 (2d Circuit). Im Ergebnis sind sich die Gerichte soweit ersichtlich einig, dass eine *primary* oder *predominant* Rechtsberatung ausreicht.

³² Vgl. dazu In re County of Erie, 473 F.3d 413, (2d Cir. 2007). Dort hat das Gericht festgestellt, dass das Merkmal *"predominant"* nicht durch eine Quantifizierung oder Klassifizierung einer Textstelle in einem Dokument erreicht werden kann.

³³ Vgl. Colton v. United States, 306 F.2d 633, 638 (2d Cir. 1962); Eastern Technologies, Inc. v. Chem-Solv, Inc. 128 F.R.D. 74 (E.D. Pa. 1989).

³⁴ Vgl. In re Grand Jury Subpoenas Dated December 18, 1981 and January 4, 1982, 561 F. Supp. 1247, 1258 (E.D.N.Y. 1982): *"Notwithstanding that both business and legal considerations are interwoven throughout the drafts, these considerations must be isolated and treated differently 'in the interest of preserving the integrity of the privilege itself'."*

des abgestellt wird: Welchen notwendigen Bezug haben die Rechts- und anderen Beratungsleistungen? Inwieweit lassen sich Teile der Kommunikation einer bestimmten Kategorie zuordnen? Welchen Kontext hat die Kommunikation und welche sonstigen Dienste erbringt der Anwalt für den Mandanten?³⁵ Teilweise stellen Gerichte auch auf den Empfängerkreis der Kommunikation ab. Wenn ein Dokument etwa zur Durchsicht an eine Vielzahl von Nicht-Juristen gesendet wird, nehmen viele Gerichte an, dass als Hauptzweck der Kommunikation nicht die Erteilung von Rechtsrat angenommen werden könne.³⁶ Dieser Ansatz spielt besonders für Email-Kommunikationen eine Rolle. Hier besteht im besonderem Maß die Gefahr, dass eine Vielzahl von Nichtjuristen an einer Diskussion beteiligt wird (dies gilt insbesondere bei langen Emailketten zu verschiedenen Fragen und Problemen).

cc) Persönlicher Schutzbereich

Das US-Anwaltsprivileg schützt Kommunikation zwischen Mandant und seinem Anwalt sowie bestimmten Dritten, die auf Seiten des Mandanten oder des Anwalts tätig werden.

(1) Anwalt

Eine Anwaltszulassung wird von den meisten Gerichten nicht als zwingend erforderlich erachtet, sondern nur als ein (wichtiger) Faktor betrachtet, um zu beurteilen, ob der Berater als Rechtsberater handelt.³⁷ Dies spielt vor allem für Unternehmensjuristen eine Rolle, die häufig keine Anwaltszulassung besitzen. Da das Anwaltsprivileg die Kommunikation des Mandanten fördern soll, wollen viele Gerichte dem Mandanten nicht das Risiko aufbürden, sicherzustellen, dass der Rechtsberater tatsächlich als Anwalt zugelassen ist, sondern stellen darauf ab, ob der Mandant die berechnete Erwartung haben konnte, dass der Berater Rechtsrat erteilen durfte.³⁸

(a) Besonderheiten für Unternehmensjuristen

Anders als im deutschen³⁹ und europäischen Recht⁴⁰, ist es in den USA anerkannt, dass sich der Schutz von Kommunikation mit Anwälten auch auf interne Unternehmensjuristen (*Inhouse Counsel*) erstreckt.⁴¹ Beide Gruppen werden kategorisch gleich behandelt. Allerdings wäre es zu weitgehend, von einer völligen Gleichstellung zu sprechen. Vereinfacht lässt sich sagen: Unternehmensjuristen unterliegen stärkerer Beobachtung der Gerichte. Gerade die verbreitete Nutzung von Emails führt dazu, dass Unternehmensjuristen oft an Kommunikationen beteiligt sind, die nicht ausschließlich Rechtsrat betreffen. Noch augenscheinlicher wird das Problem, wenn die Doppelrolle des Unternehmensjuristen im Arbeitstitel zum Ausdruck kommt (etwa Vice President for Business and Legal Affairs). Die besondere Beobachtung, von Unternehmensjuristen durch US-Gerichte wird in der Entscheidung *TVT v. Def Jam*⁴² deutlich: Das Gericht hatte hier argumentiert, Privilege-Fragen seien für Unternehmensjuristen schwieriger zu beurteilen, "*because in-house attorneys are more likely to mix legal and business functions.*" Für externe Anwälte vermuten Gerichte oft, dass sie zum Zweck der Rechtsberatung mandatiert werden.⁴³

(b) Ausländische Rechtsberater

Vom Anwaltsprivileg sind grundsätzlich auch ausländische Rechtsberater geschützt. Gerichte haben im Wesentlichen zwei unterschiedliche Ansätze, um die Kommunikation mit ausländischen Rechtsberatern zu handhaben. So hat etwa der Third Circuit in *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co.* entschieden, dass auch ausländische Rechtsberater vom Schutz erfasst sind, soweit

³⁵ Vgl. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 7:5.

³⁶ *United States v. International Business Machines Corp.* 66, F.R.D. 206, 213 (S.D.N.Y. 1974): "*If the document was prepared for purposes of simultaneous review by both legal and non-legal purposes, it cannot be said that the primary purpose of the document is to secure legal advice.*"

³⁷ Vgl. etwa *Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America*, 121 F. Supp. 792, 794 (D. Del. 1954) "*not a sine qua non*". Ursprünglich wurde die Mitgliedschaft in der Anwaltskammer (*Bar*) im Bezirk, in dem der Anwalt praktiziert, als notwendig erachtet, damit das Anwaltsprivileg anwendbar ist. Vgl. *First Circuit United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 89 F. Supp. 357, 358 (D. Mass 1950).

³⁸ *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 112 F.3d 910, 923 (8th Cir. 1997); *In re Freeway Foods of Greensboro, Inc.*, Bankr. No. 10-11282, Adv. No. 10-02057, 2014 WL 1652435, *1, *3 (Bankr. M.D.N.C. 2014).

³⁹ Vgl. zur Reichweite des Schutzes für Unternehmensanwälte im deutschen Recht, Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, 2013, S. 67 ff.; Magnus, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, 2010, S. 9 ff.

⁴⁰ EuGH, 18.05.1982 – Rs. 155/79 (Rn. 21, 22, 27), Slg. 1982, 1575 = EuR 1983, 40 = NJW1983, 503 – AM&S Europe Limited/Kommission und EuGH, 14.09.2010 – C-550/07 P, Slg. 2010, I-8301 – Akzo Nobel Chemicals Ltd und Akros Chemicals Ltd/Kommission. Zum europäischen Recht vgl. auch van der Hout/Seitz, Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Auflage 2018, Vorbemerkung zu Art.17 ff., Rn. 43 f.

⁴¹ Vgl. etwa *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 397 (1981). Allein der Umstand, dass der Unternehmensjurist einen juristischen Abschluss hat, führt allerdings nicht dazu, dass die Kommunikationen vom US-Anwaltsprivileg geschützt ist.

⁴² *TVT Records v. Island Def Jam Music Grp.*, 214 F.R.D. 143, 144 (S.D.N.Y. 2003).

⁴³ Vgl. *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 610 (8 Cir. 1978).

sie einem amerikanischen *Attorney* vergleichbar sind.⁴⁴ In dieser Entscheidung hatte das Gericht das Recht mit dem größtmöglichen Schutz für das Anwaltsprivileg angewandt und einen französischen Unternehmensjurist als einem amerikanischen *Attorney* gleichwertig erachtet.

Nach einem anderen Ansatz sind Kommunikationen mit ausländischen Anwälten nur geschützt, wenn die Parteien eine vernünftige Erwartung haben können, dass die Kommunikation nach dem ausländischen Recht geschützt ist.⁴⁵ Mit anderen Worten: Diese Gerichte erkennen kein Privileg an, wenn die Kommunikation im Ausland nicht von einem (wie auch immer geartetem Privileg) umfasst ist. Legt man diesen Ansatz zugrunde, wären Kommunikationen mit Unternehmensjuristen (z.B. in Deutschland) nicht vom US-Anwaltsprivileg geschützt.

(c) Dritte auf Seiten des Anwalts

Auch Kommunikationen des Mandanten mit Dritten, derer sich der Anwalt bedient, können vom Anwaltsprivileg umfasst sein. Viele Gerichte bejahen das Privileg, wenn der Dritte Dienste erbringt, die für die Erteilung des Rechtsrats nötig sind oder zumindest hilfreich (*"needed"*⁴⁶, *"required"*⁴⁷, *"highly useful"*⁴⁸, aber auch: *"highly indispensable"*).⁴⁹ Dahinter steckt der Gedanke, dass die Arbeit von Anwälten bei komplexen Vorgängen erheblich erschwert wäre, würde man die Dienste bestimmter Dienstleister ausnehmen.⁵⁰ Wer kommt als Dritter in Betracht? Zunächst einmal Mitarbeiter des Anwalts.⁵¹ Ferner in Betracht kommen Interviewer, technische Experten, IT-Experten, Abschlussprüfer und andere Dienstleister.⁵² Für alle Berater gilt aber: Die Dienstleistung muss einen Beitrag für die Rechtsberatung leisten, Rat in geschäftlichen Angelegenheiten reicht nicht aus.⁵³ Viele Gerichte berücksichtigen in ihren Entscheidungen auch, ob der Berater vom Anwalt mandatiert wurde und welchen Grad an Kontrolle er über die Arbeit der Berater ausübt.⁵⁴ Empfehlenswert ist daher, dass der Anwalt den Berater formell beauftragt und in einem Mandatsschreiben detailliert die Aufgaben des Beraters darlegt und insbesondere darauf hinweist, dass die Beauftragung der Erteilung von Rechtsrat dient. Ebenfalls sollte die Vertraulichkeit der Kommunikationen zum Mandanten hervorgehoben werden.

(2) Mandant

Mandant kann eine natürliche Person oder eine Gesellschaft sein.⁵⁵ Der oft zu lesende Hinweis, sich über den jeweiligen Mandanten im Klaren zu sein, mag banal klingen, in Verfahren mit verschiedenen Akteuren und deren Beratern kann es aber durchaus Abgrenzungsprobleme geben. So haben Organe oder Gremien und Leitungspersonen häufig andere (Rechts-)Berater als die Gesellschaft selbst oder gar denselben Berater.⁵⁶ Es ist grundsätzlich anerkannt, dass ein privilegiertes Beratungsverhältnis auch zwischen einem Organ, Gremium oder einer Leitungsperson und dem Anwalt der Gesellschaft entstehen kann (oder einem separat mandatierten Anwalt).⁵⁷ Hier gilt die Vermutung, dass der Anwalt der Gesellschaft nur das Unternehmen vertritt, nicht die einzelne Person (die Einzelperson muss beweisen, dass dem nicht so ist).⁵⁸ Da ein vom Pri-

⁴⁴ Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co., S.A., 98 F.R.D., 442, 444f. (D. Del. 1982).

⁴⁵ Vgl. Malletier v. Dooney & Bourke, Inc. 2006, WL 3476735, *17 (S.D.N.Y. Nov. 30, 2006).

⁴⁶ Cavallaro v. United States, 284 F.3d 236, 247f. (1st Cir. 2002).

⁴⁷ Heriot v. Byrne, 257 F.R.D. 645, 666f. (N.D. Ill. 2009).

⁴⁸ Vgl. Ravenell v. Avis Budget Grp., Inc., No.08-CV-2113, 2012 WL 1150450, *3 (E.D.N.Y. Apr. 5, 2012).

⁴⁹ Vgl. hierzu den Überblick bei Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 3:4, S. 147 f.

⁵⁰ Gerichte bemühen teilweise das Bild, dass der Berater wie ein Übersetzer in eine andere Fachsprache fungiert. Vgl. die oft zitierte Kovel-Entscheidung: United States v. Kovel, 296 F.2d 918, 922 (2d Cir. 1961).

⁵¹ Die Gerichte stellen häufig auf den Begriff *"immediate subordinates"* ab. Vgl. etwa Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America, 121 F. Supp. 792, 794 (D. Del. 1954).

⁵² Vgl. den Überblick bei Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition § 3:3. Umstritten ist, ob Kommunikationen mit PR-Berater vom US-Anwaltsprivileg umfasst sein können. Vgl. dazu näher die Nachweise bei Jenner & Block, Practice Series, Protecting Confidential Legal Information, Greenwald, Slacheta, 2017, S. 49f., <https://jenner.com/system/assets/assets/10391/original/2017-Jenner%20and%20Block%20Attorney-Client%20Privilege%20Handbook.pdf> (letzter Abruf: 16. September 2018).

⁵³ Cavallaro v. United States, 284 F.3d 236, 240 (1st Cir. 2002).

⁵⁴ Vgl. etwa Cuno, Inc. v. Pall Corp., 121, F.R.D. 198, 204 (E.D.N.Y.): *"the privilege applies to confidential communications with patent agents acting under the authority and control of counsel"*. Es lässt sich im Übrigen nicht allgemein bestimmen, welcher Grad an Kontrolle der Anwalt über die Hilfspersonen ausüben muss, da dies vom Einzelfall abhängt. Näher dazu Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 3:5.

⁵⁵ Vgl. United States v. United Shoe Machinery Corp. 89 F Supp. 357, 359 (D. Mass 1950).

⁵⁶ In Deutschland ist es Aufgabe der Geschäftsführung, etwaige Gesetzesverstöße aufzuklären (die Legalitätskontrollpflicht lässt sich etwa für den Vorstand einer AG aus § 76 Abs. 1 AktG herleiten, sofern keine möglichen Gesetzesverstöße von Vorstandsmitgliedern betroffen sind). Das bedeutet aber nicht, dass der Vorstand die Untersuchung selbst durchführen muss.

⁵⁷ Vgl. etwa In re BCE W., L.P., No. M-8-85, 2000 WL 1239117, *2 (S.D.N.Y. 2000): *"It is counterintuitive to think that while the Board permitted the Special Committee to retain its own counsel, the Special Committee would not have the benefit of the attorney-client privilege inherent in that relationship or that the Board of Directors or management, instead of the Special Committee, would have control of such privilege."*

⁵⁸ Vgl. In re Grand Jury Subpoena, 274 F.3d 563, 571 (1st Cir. 2001): *"It is often difficult to determine whether a corporate officer or employee may claim an attorney-client privilege in communications with corporate counsel. The de-*

vileg geschütztes Beratungsverhältnis sowohl zur Gesellschaft als auch zu weiteren Gremien oder Personen bestehen kann, kommt die Frage auf, ob die Gesellschaft ihrer eigenen Geschäftsführung (oder anderen Organen) das Anwaltsprivileg entgegenhalten kann.⁵⁹ Soweit ersichtlich lehnen die Gerichte dies ab.⁶⁰ Anderes mag gelten, wenn eine Leitungsperson nicht in ihrer Eigenschaft als Organ- oder Gremienmitglied handelt (etwa als persönlich Verklagter in einem Schadensersatzverfahren oder Beschuldigter in einem Ermittlungsverfahren).⁶¹

(a) Privilegierter Empfängerkreis im Unternehmen

Da Gesellschaften durch natürliche Personen handeln, muss sich der Anwalt darüber im Klaren sein, wer die Gesellschaft in einer Weise repräsentiert damit das Anwaltsprivileg anwendbar ist. Der Supreme Court hat in seiner *Upjohn*-Entscheidung die folgenden Kriterien aufgestellt⁶²:

- Der Mitarbeiter hat auf Weisung von Führungspersonen (*Corporate Superiors*) mit dem Anwalt kommuniziert, um Rechtsrat einzuholen oder zu empfangen.
- Dem Mitarbeiter war bewusst, dass die Kommunikation mit dem Anwalt dazu dient, Rechtsrat einzuholen oder zu erteilen.
- Die benötigte Information war nicht im Kreis von bestimmten Führungspersonen verfügbar.
- Die Kommunikation bezieht sich auf Angelegenheiten, die im Bereich der Pflichten des Mitarbeiters liegen.
- Die Kommunikation mit dem Anwalt war vertraulich und wurde vom Unternehmen auch als vertraulich behandelt.

Vor dieser Entscheidung haben Gerichte meist darauf abgestellt, ob die Mitarbeiter bestimmte Führungspositionen im Unternehmen innehaben (sog. *Control Test*).⁶³ Dies ist nicht nur von rechtshistorischer Bedeutung, denn einige einzelstaatliche Gerichte wenden den *Control Test* immer noch an (teilweise mit Abweichungen).⁶⁴ Andere Gerichte in den Einzelstaaten wenden die soeben genannten *Upjohn*-Kriterien an (mitunter in abgewandelter Form) und stellen darauf ab, ob das "*subject matter*" der Kommunikation in den Aufgabenbereich des Mitarbeiters fällt.⁶⁵ Für Unternehmen besteht in Anbetracht dieser unterschiedlichen Ansätze vor allem eines: Unsicherheit, welche Mitarbeiter mit dem Anwalt kommunizieren können. Unternehmen tun daher gut daran, den Kreis der Mitarbeiter so klein wie möglich zu halten. Dies gilt auch im Hinblick auf ehemalige Mitarbeiter. Es ist nicht eindeutig geklärt, ob ehemalige Mitarbeiter des Mandanten zum Kreis der privilegierten Personen gehören. Einige Gerichte bejahen das⁶⁶, andere lehnen es ab.⁶⁷ Dieses Risiko sollte bedacht werden, bevor der Mandant einen ehemaligen Mitarbeiter bittet, mit dem Anwalt zu kommunizieren (etwa im Rahmen von Interviews bei internen Untersuchungen).

(c) Dritte auf Seiten des Mandanten: Funktionelles Equivalent

fault assumption is that the attorney only represents the corporate entity, not the individuals within the corporate sphere, and it is the individuals' burden to dispel that presumption."

⁵⁹ Was ist etwa, wenn der vom Audit Committee beauftragte Rechtsberater die Ergebnisse einer internen Untersuchung an die Geschäftsführung übermittelt (oder an ein Aufsichtsgremium)? Stellt dies ein Verzicht auf das Anwaltsprivileg dar? Die Antwort hängt davon ab, ob der Anwalt – obgleich von einem bestimmten Organ oder Gremium mandatiert – die Gesellschaft vertritt, vgl. Walkowiak et. al, *The Attorney-Client Privilege in Civil Litigation*, Fourth Edition, 2008, S. 321; McNeil/Brian, *Internal Corporate Investigations*, Third Edition, 2007, S. 469 f. Dafür spricht vieles. Andernfalls wäre der Anwalt gehalten, die Interessen des Organs/Gremiums zu vertreten und nicht die der Gesellschaft, was keinen Sinn macht.

⁶⁰ *Moore Business Forms, Inc. v. Cordant Holdings Corp.*, Nos. 13911, 14595, 1996 WL 307444, *4-6 (Del. Ch. 1996): Die Gesellschaft könne das Privileg nicht gegen sich selbst geltend machen.

⁶¹ *Hoiles v. Superior Court*, 204 Cal. Rptr. 111, 116-17 (Cal. Ct. App. 1984): Handeln als Gesellschafter und nicht als *Director*.

⁶² *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 394 ff. (1981).

⁶³ Vgl. etwa *City of Pennsylvania v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 Supp. 483, 485 (F. Supp. 1962): "*in a position to control or even take a substantial part in a decision about any action which the corporation may take upon the advice of the attorney*"; *Radiant Burners, Inc. v. Am. Gas Ass'n*, 320 F.2d 314, 323f. (7th Cir. 1963).

⁶⁴ Vgl. etwa *Consolidation Coal Co. v. Bucyrus-Erie Co.*, 432 N.E.2d 250, 256-58 (Ill. 1982): "*who substantially influence corporate decisions*"; *Resurrection Healthcare & Factory Mut. Ins. Co. v. GE Health Care*, No. 07 C 5980, 2009 WL 691286 *3 (N.D. Ill. 2009): "*involved in decisionmaking at the highest levels*". *Wigod v. Wells Fargo Bank, N.A.*, No. 10-2348, Slip. Op., *4-5 (N.D. Ill. 2012). Die *Upjohn*-Entscheidung ist nur für die bundesstaatlichen Gerichte bindend.

⁶⁵ Vgl. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker*, 423 F.2d 487, 491f. (7th Cir. 1970): "*an employee of a corporation, though not a member of its control group, is sufficiently identified with the corporation so that his communication to the corporation's attorney is privileged where the employee makes the communication at the direction of his superiors in the corporation and where the subject matter upon which the attorney's advice is sought by the corporation and dealt with the communication is the performance by the employee of the duties of his employment*".

⁶⁶ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 402 f. (1981); *In re Allen*, 106 F.3d 582, 606 (4th Cir. 1997).

⁶⁷ Vgl. etwa *United States v. Merck-Medco Managed Care, LLC*, 340 F. Supp. 2d 554, 557-58 (E.D. Pa. 2004).

In vielen Fällen bedienen sich Unternehmen nicht nur eigener Mitarbeiter zur Erfüllung von Aufgaben. Für den Anwalt einer Gesellschaft kann es notwendig sein, mit Dritten zu sprechen, die (etwa als langjährige Berater) über Informationen verfügen, die für seine Beratung erforderlich sind. Bezugspunkt ist hier, ob der Dritte als *funktionelles Equivalent* für einen Unternehmensmitarbeiter angesehen werden kann.⁶⁸ Einige Gerichte legen dieses Merkmal weit aus und räumen der Möglichkeit des Unternehmens, mit Rechtsberatern zu kommunizieren, Vorrang ein.⁶⁹ Andere Gerichte wiederum beschränken die *“functional equivalent”*-Doktrin auf folgende Konstellationen, in denen die Berater: *“(1) were incorporated in the staff to perform a corporate function, which is necessary in the context of actual or anticipated litigation; (2) possessed information needed by attorneys in rendering legal advice; (3) possessed authority to make decisions on behalf of the company; and (4) were hired because the company lacked sufficient internal resources and/or adequate prior experience within the consultant’s field.”*⁷⁰

dd) Vertraulichkeit der Kommunikation

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs bezieht sich auf die Vertraulichkeit der Kommunikation⁷¹ und hat mehrere Dimensionen: In subjektiver Hinsicht muss der Mandant beabsichtigt haben, dass die Kommunikation vertraulich bleibt.⁷² In objektiver Hinsicht ist erforderlich, dass die Erwartung des Mandanten den Umständen entsprechend vernünftig ist.⁷³ Schließlich muss die Kommunikation auch tatsächlich vertraulich behandelt worden sein. Kommunikationen im Beisein von Dritten, die nicht vom Anwaltsprivileg umfasst sind, werden von vielen US-Gerichten regelmäßig als nicht vertraulich bewertet.

Eine besondere Rolle spielt die Wahrung der Vertraulichkeit in Organisationen. Hier besteht das Risiko, dass Personen an Kommunikationen beteiligt werden, die nicht privilegiert sind. Die Gerichte lassen hier zu, dass die Kommunikation mit bestimmten Mitarbeitern auf einer *need to know*-Basis geteilt wird, ohne dass das Privilege verloren geht. Wie weit reicht dieser Kreis von Mitarbeitern? Die Gerichte zählen dazu alle Personen, die vernünftigerweise die Kommunikation kennen müssen, um im besten Interesse des Unternehmens zu handeln.⁷⁴ Im Wesentlichen wird es hier um Mitarbeiter gehen, deren Aufgabe es ist, einzuschätzen, wie mit dem Rat des Anwalts umzugehen ist.

Auf das besondere Risiko von Emails für die Vertraulichkeit wurde bereits hingewiesen. Zwar sind Emails mit Blick auf die Wahrung der Vertraulichkeit nicht von vornherein als Kommunikationsmittel ungeeignet, hier ist aber besonders darauf zu achten, dass nur Personen involviert werden, die die Kommunikation vernünftigerweise kennen müssen.⁷⁵

b) Ausnahmen vom Anwaltsprivileg

Vom US-Anwaltsprivileg gibt es einige Ausnahmen. Zu erwähnen ist vor allem die Ausnahme bei einer mißbräuchlichen Verwendung des Privilegs (sog. *Crime/Fraud Exception*).⁷⁶ Von einem Missbrauch ist auszugehen, wenn der Mandant Rechtsrat sucht, um eine Straftat (etwa einen Betrug)⁷⁷ zu begehen oder andauern zu lassen.⁷⁸ Diese Tat muss nicht stattgefunden haben,

⁶⁸ In re Bieter Co. 16 F.3d 929, 938 f. (8th Cir. 1994).

⁶⁹ In re High-Tech Emp. Antitrust Litig., No. 11-cv-2509-LHK-PSG, 2013 WL 772668, *4 (N.D. Cal. 2013); vgl. auch United States ex rel. Strom v. Scios, Inc., C05-3004 CRB JSC, 2011 WL 4831193 *4 (N.D. Cal. 2011): *“The accountant by virtue of her specialized knowledge of accounting rules and knowledge of the client/corporation is precisely the sort of person with whom a lawyer would wish to confer confidentially.”*

⁷⁰ Bristol-Myers Squibb Securities Litigation, No. 00-1990, 2003 WL 25962198, *4 (D.N.J. 2003).

⁷¹ Bezugspunkt ist wieder die Kommunikation, nicht die zugrundeliegende Information. Die Kommunikation mit dem Anwalt mag nichtvertrauliche Informationen oder bereits existierende Dokumente enthalten, die unabhängig von der Kommunikation zum Anwalt entstanden sind. Dies ist aber von der Frage zu trennen, ob der Mandant eine gerechtfertigte Erwartung haben konnte, dass die Kommunikation vertraulich behandelt wurde.

⁷² Vgl. etwa Bogle v. McClure, 332 F.3d, 1347, 1358 (11th Cir. 2003). Welche Erwartung der Mandant an die Kommunikation hat, wird in vielen Fällen durch seine geäußerten Intentionen deutlich. Dabei kann es nach einigen Gerichten auch eine Rolle spielen, ob das Dokument mit dem Zusatz: *“Confidential – Attorney-Client Privilege”* markiert wurde. Allerdings ist das nur ein Faktor und kein zwingendes Kriterium, vgl. In re Grand Jury Proceeding, 2001, WL 1167497 (S.D.N.Y. 2001).

⁷³ Vgl. etwa In re Asia Global Crossing, Ltd., 322 B.R. 247, 257 (S.D.N.Y. 2005).

⁷⁴ Vgl. Coastal State Gas Corp. v. Dep’t of Energy, 617 F.2d 854, 863 (D.C. Cir. 1980).

⁷⁵ Einige frühe Stellungnahmen von US-Rechtsanwaltskammern hatten noch angenommen, dass Emails generell ungeeignet sind, um die Vertraulichkeit zu wahren. Vgl. die Nachweise bei Jenner/Block, Protecting Confidential Legal Information, 2017, S. 56f. <https://jenner.com/system/assets/assets/10391/original/2017-Jenner%20and%20Block%20Attorney-Client%20Privilege%20Handbook.pdf> (letzter Abruf: 16. September 2018).

⁷⁶ Einen guten Überblick zu anderen Ausnahmen gibt es bei Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 8:19 ff. Zu nennen ist etwa die Ausnahme vom Anwaltsprivileg bei Klagen des Mandanten gegen seinen früheren Anwalt oder bei besonderen Treubindungen (so kann es etwa Beschränkungen des Anwaltsprivilegs bei bestimmten Gesellschafterstreitigkeiten geben, vgl. dazu etwa Garner v. Wolfinbarger, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970)).

⁷⁷ Umstritten ist, welches Fehlverhalten Gegenstand der *“crime exception”* ist, nur Straftaten oder auch deliktische Taten? Vgl. hierzu Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 8:12.

ausreichend ist, dass sie Ziel der Kommunikation ist.⁷⁹ Entscheidend ist hierbei die Intention des Mandanten, nicht die Intention oder das Wissen des Anwalts.⁸⁰ Damit die Ausnahme greift, muss der Gegner *prima facie* beweisen, dass die Beratungsbeziehung von Mandanten und Anwalt mißbräuchlich verwendet wurde.⁸¹

c) Schutzwirkung des Anwaltsprivilegs

Liegen sämtliche zuvor beschriebene Voraussetzungen vor, so ist der Schutz des Anwaltsprivilegs grundsätzlich absolut^{82,83}: Die Kommunikation muss nicht herausgegeben werden – unabhängig wie nachvollziehbar oder schutzbedürftig das Interesse an der Information im Einzelfall sein mag.⁸⁴ Die Beweislast für die Anwendbarkeit des Privilegs hat die Partei, die sich darauf beruft.⁸⁵ Was die Dauer des Privilegs anbelangt, so besteht es permanent und es bleibt grundsätzlich auch bestehen, wenn das Beratungsverhältnis zwischen Mandant und Anwalt endet.⁸⁶ Für Unternehmen gilt, dass das Privileg dann endet, wenn das Unternehmen aufhört, rechtlich zu existieren.⁸⁷

Auch wenn der Name täuscht: Das Anwaltsprivileg steht dem Mandanten zu, nicht dem Anwalt.⁸⁸ Der Anwalt (oder ein anderer beauftragter Dritter) kann es aber im Namen des Mandanten geltend machen.⁸⁹ Das bedeutet: Dem Mandanten steht die Entscheidung zu, sich auf das Privileg zu berufen oder auf das Privileg zu verzichten.

d) Internationale Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs

Für grenzüberschreitend tätige Mandanten stellt sich stets die Frage, wann die Regeln zum US-Anwaltsprivileg anwendbar sind. Soweit es um das Anwaltsprivileg nach Bundesrecht geht, bestimmt sich das Privileg nach Bundes-Common Law. Viele Gerichte stellen darauf ab, ob es Berührungspunkte (*“touch base”*) zum US-Recht gibt.⁹⁰ Danach werden diejenigen Regeln mit dem *“predominant”* oder *“most direct and compelling interest”* angewandt, dass die Kommunikation vertraulich bleiben soll.⁹¹ Folgende Faktoren spielen in dieser Analyse eine Rolle: der Ort der Parteien, der Ort, an dem das Beratungsverhältnis von Anwalt und Mandant begründet wurde, und der Themenkreis (*subject matter*) der Kommunikation. Insbesondere wenn Kom-

⁷⁸ Vgl. *Coleman v. American Broadcasting Companies, Inc.*, F.R.D. 201, 206 f. (D.D.C. 1985): “[...] *communications made with a view toward engaging in and/or perpetuating criminal or fraudulent conduct fall outside these laudable aim [encourage frank discussions between client and counsel] and do not deserve the same sort of solicitous protection.*” Der Anwalt mag u.U. auch berufsrechtlich verpflichtet sein, falsche Tatsachenbehauptungen an ein Gericht zu melden, vgl. etwa Rule 3.3. der American Bar Association Model Rules for Professional Conduct (Stand 2016).

⁷⁹ Ein Fehlverhalten in der Vergangenheit ist allerdings nicht Gegenstand der *crime/fraud exception*. In re Fed. Grand Jury Proceedings, 89-10, 938 F.2d 1578 (11th Cir. 1991). Die Kommunikation zum Anwalt kann allerdings ein andauerndes Fehlverhalten darstellen (etwa in Form von *obstruction of justice*).

⁸⁰ Vgl. *United States v. Weingold*, 69 F. App’x 575, 578 (3d Cir. 2003).

⁸¹ Für die Erbringung des *prima facie*-Beweises kann die in Rede stehende Kommunikation mit dem Anwalt grundsätzlich nicht benutzt werden. Einige Gerichte sind aber willens, die Dokumente *in camera* (im privaten) anzusehen. *Prima facie*-Beweis bedeutet im Übrigen nicht, dass die Gegenseite das Fehlverhalten vollumfänglich beweisen muss. Vgl. etwa der Maßstab bei *Clark v. United States*, 289 U.S., 1, 15, 53 S. Ct., 465, 77 L. Ed. 993 (1933): *“something to give colour to the charge”*.

⁸² Bemerkenswert in diesem Zusammenhang die Twitter-Nachricht des amtierenden US-Präsidenten Trump vom 10. April 2018: *“Attorney-client privilege is dead!”* als Reaktion auf die Durchsuchung von Privat- und Büroräumen seines Anwalts Michael Cohen.

⁸³ Vgl. *Bank Hapoalim, B.M. v. American Home Assur. Co.*, 1993 WL 37506, *2 (S.D.N.Y. 2013): *“The attorney-client privilege is an absolute privilege.”* Dieser absolute Schutz wurde allerdings vom Eighth Circuit durchbrochen: In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum, 112 F.3d 910, 46 Fed. R. Evid. Serv. 610, 37 Fed. R. Serv. 3d 309 hatte das Gericht entschieden, dass kein Schutz durch das Anwaltsprivileg besteht, wenn Kommunikationen in einer strafrechtlichen Untersuchung durch eine *Grand Jury Subpoena* herausverlangt werden.

⁸⁴ Das US-Anwaltsprivileg schützt aber nicht davor, dass sich Behörden oder Kläger die betreffenden Informationen anderweitig beschaffen. Vgl. etwa hierzu *Diversified Indus., Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 611 (8th Cir. 1977). Hier haben sich die Kläger Informationen, die in Interviews mit Unternehmensangestellten erwähnt sind, aus anderen Quellen besorgt.

⁸⁵ Vgl. etwa In re Excel Innovations, Inc., 502 F.3d 1086, 1086, 1099 (9th Cir. 2007); In re Grand Jury Subpoena, 415 F.3d 333, 338 et seq (4th Cir. 2005).

⁸⁶ Selbst nach dem Tod des Mandanten bleibt es grundsätzlich bestehen. Vgl. etwa die Supreme Court Entscheidung *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399, 405 f. (1998). Es kommt im Übrigen auch nicht darauf an, dass der Anwalt formell mandatiert wurde; liegen alle Voraussetzungen vor, kommt der Privileg Schutz auch potentiellen Mandanten zugute.

⁸⁷ *Securities and Exchange Comm’n v. Carrillo Huetell LLP*, No. 13 Civ. 1735 (GBD (JCF), 2015 WL 1610282, *2 f. (S.D.N.Y. 2015).

⁸⁸ Meist wird dennoch der Anwalt “Hüter” des Privilegs sein.

⁸⁹ Vgl. *Haines v. Liggett Grp., Inc.*, 975 F.2d 81, 90 (3d Cir. 1992).

⁹⁰ Hier soll nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden. Insbesondere bei Multi-District Litigations, bei denen hunderte von Verfahren in einem Verfahren zusammengefasst werden, kann es erhebliche Schwierigkeiten bereiten, herauszufinden, welches Recht anwendbar ist. Es gibt auch Gerichte, die mit dem *international comity* argumentieren. Vgl. etwa *J.T. Eaton & Co., Inc. v. Atlantic Paste & Glue Co.*, 1987 WL 17084, *1 (E.D.N.Y.). Vgl. zum *comity*-Ansatz auch die Ausführungen bei Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, 2013, S. 32 f.

⁹¹ Vgl. etwa *Astra Aktiebolag v. Andrx Pharm., Inc.*, 208 F.R.D. 92 (S.D.N.Y. 2002).

munikationen mit US-amerikanischen Rechtsberatern betroffen sind, wird bei Anwendung dieses breiten Ansatzes wohl regelmäßig US-Recht anwendbar sein.⁹²

e) Verzicht auf das Anwaltsprivileg (*Waiver*)

Mindestens genauso wichtig wie die Frage, wann das Privileg vorliegt, ist die Frage, wann es verloren geht. Ist auf das Privileg einmal verzichtet, kann sich der Mandant nicht zu einem späteren Zeitpunkt wieder darauf berufen. Vom Grundsatz her gilt: Ein Verzicht liegt dann vor, wenn die Kommunikation Dritten zugänglich gemacht wird.⁹³ Dies ist in Zusammenhang mit der Verpflichtung zu sehen, die privilegierte Kommunikation vertraulich zu behandeln. Bei einer Weitergabe von Informationen an Dritte ist diese Voraussetzung nicht mehr gewahrt.

aa) Dritter

Wer Dritter ist, ergibt sich implizit schon aus den Voraussetzungen zum Anwaltsprivileg: jeder der außerhalb der privilegierten Beratungsbeziehung von Mandant und Anwalt steht. Dritte können daher Mitarbeiter des Mandanten sein, sofern sie die Kommunikation nicht auf einer "need to know"-Basis erhalten haben. Gleiches gilt für Berater auf Seiten des Mandanten und des Anwalts, sofern diese nicht lediglich als "Hilfspersonen" fungieren. Auch Behörden werden grundsätzlich als Dritte angesehen.

bb) Reichweite des Verzichts: *Selected vs. Subject Matter Waiver*

Der Grundsatz lautete für lange Zeit: Wenn die Weitergabe von Kommunikationen zu einem Verzicht auf das Privileg führt, so erstreckt sich der Verzicht auch auf alle damit zusammengehörende Kommunikationen (*Subject Matter Waiver*). Diesen Grundsatz schränkt die seit 2011 in ihrer jetzigen Form geltende Rule 502(a) Federal Rule of Evidence (FRE) ein: Der Verzicht erstreckt sich nur dann auf zusammengehörende Dokumente, wenn der Verzicht auf das Privileg beabsichtigt erfolgt ist, die veröffentlichte und nichtveröffentlichte Information den gleichen Themenkreis (*subject matter*) betreffen und billigerweise (*in fairness*)⁹⁴ zusammen beurteilt werden sollten. Es ist nicht ganz klar, wann das *fairness*-Merkmal anwendbar ist. Einige Gerichtsentscheidungen stellen darauf ab, ob jemand mit der Offenlegung von privilegierten Kommunikationen strategische Vorteile erlangt. So soll sich der Verzicht auf das Anwaltsprivileg nur auf die offengelegten Kommunikationen beschränken, wenn die Kommunikationen freiwillig veröffentlicht und nicht zum Nachteil der empfangenden Partei ausgenutzt wurden.⁹⁵

cc) Befugnis zum Verzicht

Es wurde bereits angedeutet: Das Recht auf das Privileg zu verzichten, steht dem Mandanten zu, nicht dem Anwalt.⁹⁶ Bei Gesellschaften stellt sich die Frage, welche Einzelpersonen das Recht zum Verzicht haben.⁹⁷ Muss der Mitarbeiter zum Kreis der Führungspersonen nach den Grundsätzen des *Control Tests* gehören? Soweit ersichtlich lautet die Antwort der Gerichte meist: ja. Die Gesellschaft ist Inhaber des Privilegs und es können nur diejenigen verzichten, die die Autorität haben, die Aktivität in der Gesellschaft vorzugeben und durchzusetzen.⁹⁸

⁹² So hatte etwa ein Gericht im S.D.N.Y. im Jahr 2017 die Regeln zum US-Anwaltsprivileg im Zusammenhang mit der internen Untersuchung von Volkswagen (VW) zu Emissionsthemen angewandt. Vgl. In re: Ex Parte Application of financialright GmbH, 2017 WL 2879696, (S.D.N.Y. 2017). Die Kläger hatten ein 28 United States Code (U.S.C.) § 1782-Verfahren anstrengt, um von den weitreichenden US-Discovery Regeln im europäischen Recht zu profitieren und Dokumente von VW's Rechtsberater Jones Day herausverlangt. In der Abwägung, welches Recht anwendbar ist, hob das Gericht hervor, dass viele der Interviews im Rahmen der internen Untersuchung in Deutschland und in deutscher Sprache durchgeführt wurden. Auch stammten viele Dokumente im Besitz von Jones Day aus Deutschland. Dennoch sei Jones Day in erster Linie eine "American Law Firm" und sei vornehmlich mandatiert worden, um VW gegenüber US-Behörden zu vertreten. Daher sei es gerechtfertigt, die US-Regeln zum Anwaltsprivileg anzuwenden. Zur Einschätzung Jones Day sei vor allem eine "American Law Firm" und darausfolgenden Auswirkungen auf das deutsche Recht, vgl. BVerfG Beschl. v. 27.06.2018; Az. 2 BvR 1287/17 ("keine inländische juristische Person im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG").

⁹³ Dabei muss die Kommunikation mit dem Anwalt offengelegt werden, nicht bloß die Fakten, die Anlass für die Suche von Rechtsrat sind.

⁹⁴ In der amtlichen Erläuterung zu dieser Regel heißt es: "[A] party that makes a selective, misleading presentation that is unfair to the adversary opens itself to a more complete and accurate presentation". Vgl. explanatory note prepared by the Judicial Conference Advisory Committee on Evidence Rules, revised Nov. 28, 2007.

⁹⁵ Vgl. In re General Motors LLC Ignition Litigation, F. Supp.3d, 2015, WL 221057, *11; Freedman v. Weatherford Int'l Ltd., No. 12 Civ. 2121, 2014, WL 3767034.

⁹⁶ Verzichtet der Mandant auf das Privileg, kann sich auch der Anwalt später nicht mehr darauf berufen.

⁹⁷ Davon zu trennen, ist die Frage, wer faktisch die Möglichkeit hat, das Privileg zu zerstören. Vom Grundsatz her kann das jeder Mitarbeiter sein, der von einer Kommunikation mit dem Anwalt weiß, vgl. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 4:25.

⁹⁸ In erster Linie stellen die Gerichte auf die *officers* und *directors* ab, da diese die Gesellschaft repräsentieren. Vgl. Commodity Futures Trading Commission v. Weintraub, 471 U.S. 343, 348f., 105 (S. Ct. 1986). Aber auch andere Mitarbeiter sind anerkannt, sofern ihnen die ausdrückliche oder konkludente Autorität zum Verzicht übertragen wurde, vgl. Velsicol Chemical Corp. v. Parsons, 561 F.2d 671, 674 (7th Cir. 1977): Senior Inhouse Counsel. Interessant ist auch

dd) Formen des Verzichts

Die Formen eines Verzichts auf das Anwaltsprivileg sind vielfältig: Ein Verzicht kann ausdrücklich erfolgen (*express waiver*) oder konkludent (*implied waiver*). Eine Form eines konkludenten Verzichts ist der sog. „*At Issue Waiver*“. In diesem Fall gilt es als Verzicht, wenn der Inhaber privilegierte Kommunikation „at issue“ stellt, d.h. wenn er etwa einen Anspruch erhebt, dessen Erwidmung nur effektiv mit privilegierten Dokumenten möglich ist.⁹⁹ Erforderlich ist, dass sich die Gegenpartei ausschließlich mit der privilegierten Kommunikation verteidigen kann.

Was die Arten des Verzichts anbelangt, so lässt sich ferner zwischen einem freiwilligen oder einem unfreiwilligen Verzicht unterscheiden. Im Folgenden soll auf einige besondere Formen eingegangen werden.

(1) Unfreiwilliger Verzicht

Nicht selten werden Kommunikationen unfreiwillig an Dritte weitergegeben,¹⁰⁰ sei es im Rahmen umfangreicher Dokumentenverlangen in einem Zivilprozess oder weil Kommunikationen z.B. in der Bahn vergessen wurden. Ursprünglich sind Gerichte mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine solche unfreiwillige Offenlegung an Dritte stets einen Verzicht zur Folge hat.¹⁰¹ Dahinter steckt der Gedanke, dass die erforderliche Sorgfalt zur Aufrechterhaltung der Vertraulichkeit nicht eingehalten wurde. Einmal gegenüber einem Dritten veröffentlicht, gibt es keine Vertraulichkeit mehr und die Pflicht, die Kommunikation vertraulich zu behandeln, kann nicht mehr erfüllt werden. Die Grundlage für das Privileg sei daher entfallen. Allerdings ist dieser Ansatz nicht wirklich überzeugend ohne auf den Grund abzustellen, weshalb die Kommunikation Dritten zugänglich gemacht wurde. Die neuere Rechtsprechung stellt daher meist eine Interessenabwägung an, ob die unfreiwillige Weitergabe tatsächlich einen Verlust des Privilegs nach sich zieht. Faktoren sind etwa¹⁰²:

- Haben die Parteien eine vernünftige Vorsorge getroffen, um die unfreiwillige Offenlegung zu verhindern?
- Was ist der Umfang der Offenlegung?
- Gab es in der Vergangenheit schon eine unfreiwillige Offenlegung?
- Wie schnell wurden Maßnahmen getroffen, um den Fehler zu beheben?¹⁰³
- Ist es gerecht, eine Partei von ihrem Fehler zu entlasten?

Eine ähnliche Interessenabwägung existiert mit Rule 502(b) Federal Rule of Evidence (FRE). Danach stellt eine unfreiwillige Offenlegung keinen Verzicht in einem Bundes- oder einzelstaatlichen Verfahren dar, wenn der Inhaber des Privilegs vernünftige Vorkehrungen getroffen hat, um die Weitergabe an Dritte zu verhindern und prompt angemessene Schritte vorgenommen hat, um den Fehler zu berichtigen.¹⁰⁴

(2) Weitergabe von Informationen an US- oder ausländische Behörden

Stellt es einen Verzicht auf das Anwaltsprivileg dar, wenn Kommunikation aufgrund behördlicher oder gerichtlicher Anordnung offengelegt wird? Denkbar sind solche Konstellationen vor allem bei ausländischen Behörden oder Gerichten, da diese im Regelfall nicht an das US-

die Entscheidung In re Grand Jury Subpoena, 274 F.3d 563, 573 (1st Cir. 2001). Hier hatte das Gericht entschieden, dass die Gesellschaft auf das Anwaltsprivileg in Bezug auf Kommunikation von einem „*corporate officers*“ in seiner Eigenschaft als solcher verzichten kann, obgleich es ein separates Beratungsverhältnis zwischen ihm und dem Unternehmensanwalt gab.

⁹⁹ Vgl. etwa United States v. Mendelsohn, 896 F.2d 1183, 1188-89 (9th Cir. 1990). Nicht ausreichend ist indessen, lediglich einen Anspruch der Gegenseite zu bezweifeln. Vgl. N. River Ins. Co. v. Phila. Reins. Corp., 797 F. Supp. 363, 370-71 (D.N.J. 1992). Ein besonderer Fall des „*at issue*“ waiver liegt vor, wenn der Inhaber des Privilegs in einem Prozess unter bestimmten Voraussetzungen behauptet, er hätte nach dem Rat seines Anwalts gehandelt. In diesem Fall kann er nicht verhindern, dass die Kommunikation mit demselben „*subject matter*“ genauer beleuchtet wird. Vgl. zum Verzicht auf das Anwaltsprivileg in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten (einschließlich *Testimonial Waiver*), Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 9:45 ff.

¹⁰⁰ Da der Mandant Inhaber des Anwaltsprivilegs ist, ist grundsätzlich sein Fehler, wenn die Kommunikation unfreiwillig weitergegeben wurde. Einige Gerichte haben es abgelehnt, Fehler des Anwalts dem Mandanten anzulasten, vgl. etwa Lloyds Bank PLC v. Republic of Ecuador, 1997 WL 96591, *5 (S.D.N.Y. 1997). Grundsätzlich werden Fehler des Anwalts (und anderer Berater) aber dem Mandanten zugerechnet. Vgl. Ciba-Geigy Corp. v. Sandoz Ltd., 916 F. Supp. 404, 411 (D.N.J. 1995).

¹⁰¹ In re Victor, 422 F. Supp. 475 (S.D.N.Y. 1976): Dokumente wurden in einem öffentlichen Gang (*hallway*) für Weiterleitung an den Anwalt liegengelassen.

¹⁰² Vgl. etwa Hydroflow, Inc. v. Enidine, Inc., 145 F.R.D. 626 (W.D.N.Y. 1993).

¹⁰³ Dahinter steckt der Gedanke, dass mit zunehmenden Zeitablauf die Partei, die die Kommunikation gesehen hat, Zeit hatte, die Kommunikation auszuwerten oder sich mit der Kommunikation auf einen Rechtsstreit vorbereiten konnte.

¹⁰⁴ Dazu gehören etwa in die Zukunft gerichtete Maßnahmen, um einen ähnlichen Fehler zu verhindern.

Anwaltsprivileg gebunden sind. Ebenfalls in Betracht kommen fehlerhafte gerichtliche Anordnungen zur Herausgabe geschützter Anwaltskommunikation.

Ältere Gerichtsentscheidungen gehen davon aus, dass die Herausgabe von Kommunikation aufgrund von fehlerhaften Gerichtsentscheidungen oder zwingenden Dokumentenanforderungen (*subpoenas*) von Behörden als Verzicht auf das Anwaltsprivileg anzusehen ist – unwiderprüflich und gegenüber jedermann.¹⁰⁵ Einmal veröffentlicht, sei die Vertraulichkeit der Kommunikation nicht mehr gewahrt. Die neuere Rechtsprechung erkennt an, dass dies unbillig ist und lehnt einen Verzicht ab, wenn die Kommunikationen auf der Grundlage einer zwingenden Herausgabeanforderung veröffentlicht wird oder der Inhaber des Privilegs keine Möglichkeit hatte, das Privileg geltend zu machen.¹⁰⁶ Die Gerichte stellen meist darauf ab, ob der Betroffene Schritte unternommen hat, um sein Anwaltsprivileg zu wahren.¹⁰⁷ Es ist anzunehmen, dass sich diese (für US-Behörden entwickelten) Grundsätze auch auf ausländische Behörden und Gerichte übertragen lassen.¹⁰⁸

(3) Verzicht bei Weitergabe von Kommunikation an Behörden

Die freiwillige Offenlegung von Kommunikationen an Behörden wird grundsätzlich als Verzicht auf das Anwaltsprivileg angesehen.¹⁰⁹ Das spielt vor allem im Zusammenhang mit internen Untersuchungen von Unternehmen eine Rolle. Unternehmen sind hier vor eine schwierige Entscheidung gestellt. Auf der einen Seite wollen sie mit den Behörden kooperieren, um von einem Kooperationsbonus zu profitieren¹¹⁰, auf der anderen Seite kann die Herausgabe privilegierter Kommunikationen dazu führen, dass diese Informationen zukünftig an Zivilkläger herausgegeben sind. Es liegt also im Interesse der Unternehmen, die Herausgabe von privilegierten Kommunikationen zu vermeiden. Erschwerend kommt hinzu, dass die Position von US-Behörden zum Umgang mit privilegierten Informationen nicht immer eindeutig ist. In der Vergangenheit hatten Behörden etwa gezielt nach privilegierten Kommunikationen gefragt und einen Verzicht auf das Anwaltsprivileg als einen Faktor zur Bestimmung des Kooperationsbonus angesehen. Auf diese Weise wurde der Druck auf Unternehmen noch erhöht.¹¹¹ Seit dem Filip-Memorandum von 2008¹¹² stellt das US-Department of Justice (DoJ) zwar auf die Offenlegung der relevanten Fakten ab und nicht mehr auf die vom Anwaltsprivileg umfasste Kommunikation mit Anwälten.¹¹³ Allerdings sollen Unternehmen nach dem Yates-Memo aus 2015 "*all relevant*

¹⁰⁵ Vgl. *Kunglig Järnvägsstyrelsen v. Dexter & Carpenter*, 32 F.2d 195 (2d Cir. 1929).

¹⁰⁶ Vgl. *etwa Studiengesellschaft Kohle mbH v. Hovamont Corp.*, 1980 U.S. Dist. LEXIS 15042, *9 f. (S.D.N.Y. 1980): "*Attempts to comply with court orders ought not to be penalized by subsequent judicial transformations into voluntary waivers*".

¹⁰⁷ Vgl. im Zusammenhang mit gerichtlichen Anordnungen: *Securities Exchange Commission v. Teo*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 95249, 2009 WL 1684467. Hier hatte das Gericht darauf abgestellt, dass der Inhaber des Privilegs keine Maßnahmen ergriffen hat, um die Vertraulichkeit der Dokumente zu sichern, als das Gericht die Veröffentlichung der privilegierten Dokumente angeordnet hat (etwa Rechtsmittel einlegen oder zu beantragen, dass die Dokumente versiegelt oder zumindest vertraulich durchgesehen werden (*in camera*)). So kann ein Bundesgericht etwa nach Rule 502(d) FRE anordnen, dass das Privileg bei einer Veröffentlichung in einem Rechtsstreit nicht als Verzicht in einem Bundes- oder Landesverfahren angesehen wird. Weitere Beispiele zur Frage, welche Maßnahmen notwendig sind, um das Privileg aufrechtzuerhalten, bei Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Sixth Edition, Vol. I, 2017, S. 539 f.

¹⁰⁸ Dies kann ausländische Unternehmen in eine schwierige Lage bringen, wenn sie einerseits mit den Ermittlungsbehörden in ihrem Heimatland kooperieren wollen, auf der anderen Seite eine freiwillige Offenlegung von Kommunikationen das US-Anwaltsprivileg gefährdet. In diesen Fällen ist den Unternehmen nicht damit geholfen, zwingende Ermittlungsmaßnahmen abzuwarten, da dies die Kooperation gefährdet und die Unternehmen mitunter weitere Ermittlungsmaßnahmen zu befürchten hätten, die von noch größeren Nachteilen sein können (etwa Durchsuchungen – die Übrigen bei US-Ermittlungsbehörden nicht allzu verbreitet sind). Zur schwierigen Situation von deutschen Unternehmen bei grenzüberschreitenden internen und behördlichen Untersuchungen Spoerr/Priewer, *Risk & Compliance*, Jul.-Sept. 2018, S. 207 ff.

¹⁰⁹ Vgl. *etwa United States v. Jones*, 696 F.2d 1069, 1072 (4th Cir. 1982); *In re Grand Jury Proceedings*, 219 F.3d 175, 182-83 (2d Cir. 2000).

¹¹⁰ Für die Berücksichtigung der Kooperation im Rahmen der Strafzumessung, vgl. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, Stand: 1. November 2016, § 8C2.5g.

¹¹¹ Vgl. die folgenden internen Verhaltensrichtlinien zur Ausübung des staatsanwaltlichen Ermessens. Für das DoJ: Memorandum from Eric Holder, Deputy Attorney Gen., Dep't of Justice, on Bringing Criminal Charges Against Corps. to Dep't Component Heads and U.S. Attorneys (June 16, 1999) ("Holder Memorandum"); Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Att'y Gen., U.S. Dep't of Justice, to Heads of Department Components and United States Attorneys, regarding Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (20 January 2003) ("Thompson Memorandum"). Für die SEC: Sec. & Exch. Comm'n, SEC Rel. No. 34-44969, Report Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions (2001): Dieser Report enthält die Erklärung, dass ein Unternehmen voll kooperiert hat, wenn es – ohne sich auf das Privileg zu berufen – Interviews herausgegeben hat, die im Rahmen einer internen Untersuchung durchgeführt wurden.

¹¹² Memorandum from Mark R. Filip, Deputy Att'Gen., U.S. Dep't of Justice, to Heads of Department Components and United States Attorneys, regarding Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations (28 August 2008) ("Filip Memorandum").

¹¹³ Auch die SEC hat im aktuellen Enforcement Manual Vorschriften zur Berücksichtigung des Anwaltsprivilegs aufgenommen. Vgl. *Securities and Exchange Commission, Division of Enforcement, Enforcement Manual*, 2017, § 4.3: "*The staff should not ask a party to waive the attorney-client or work product privileges and is directed not to do so.*" Vgl. aber auch folgende Aussage im Manual: "*Certain notes and memoranda generated from attorney interviews*

facts relating to the individuals responsible for the misconduct“ offenlegen, um vom Kooperationsbonus zu profitieren.¹¹⁴ Für Unternehmen besteht nun die Unsicherheit, wie mit dieser Erwartung umzugehen ist, ohne privilegierte Kommunikationen offenzulegen.¹¹⁵

Den besonderen Konflikt von Unternehmen in Bezug auf Ermittlungsbehörden berücksichtigen einige Gerichte wie folgt: Sie gehen davon aus, dass sich der Verzicht auf das Anwaltsprivileg nur auf die Behörde(n) bezieht und nicht auf Kläger im Rahmen eines Zivilverfahrens.¹¹⁶ Dieser Ansicht haben sich allerdings soweit ersichtlich kaum Gerichte angeschlossen. Die meisten Gerichte gehen davon aus, dass ein Verzicht des Privilegs gegenüber Behörden auch zu einem Verzicht gegenüber Dritten führt.¹¹⁷ Unternehmen könnten sich sonst aussuchen, wem gegenüber das Privileg gilt.

Wie können Unternehmen den soeben beschriebenen Konflikt sonst mindern? Empfehlenswert ist eine Vereinbarung mit einer Behörde, die gelieferten privilegierten Dokumente vertraulich zu behandeln. Einige Gerichte nehmen in diesem Fall nur einen beschränkten Verzicht an.¹¹⁸ Allerdings ist auch dies keine Garantie für die Wahrung des Anwaltsprivilegs, da andere Gerichte einen solchen beschränkten Verzicht auch bei einer Vertraulichkeitsvereinbarung mit einer Behörde ausdrücklich ablehnen.¹¹⁹

may be subject, at least in part, to the protections of attorney-client privilege and/or attorney work product protection. To receive cooperation credit for providing factual information obtained from the interviews, the corporation need not necessarily produce, and the staff may not request without approval, protected notes or memoranda generated by the attorneys' interviews. To earn such credit, however, the corporation must produce, and the staff always may request, relevant factual information—including relevant factual information acquired through those interviews.”

¹¹⁴ Vgl. das Memorandum unter <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (letzter Abruf: 16. September 2018). Diese Aussage soll nach Sally Yates nicht so verstanden werden, dass Unternehmen verpflichtet wären, vom Privileg umfasste Kommunikationen offenzulegen Vgl. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-q-yates-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>.

¹¹⁵ Insbesondere bei Interviews mit Mitarbeitern des Mandanten ist die Abgrenzung von Fakten und privilegierter Information alles andere als einfach.

¹¹⁶ *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir. 1977 *en banc*).

¹¹⁷ Vgl. etwa *Westinghouse Electric Corp. v. Republic of Philippines*, 951 F.2d 1414, 1424 ff.; In re *Pac. Pictures Corp.*, 679 F.3d 1121, 1127 f. (9th Cir. 2012).

¹¹⁸ In re *Natural Gas Commodity Litigation*, No. 03 Civ. 6186VMAJP, 2005 WL 1457666, *5f. (S.D.N.Y. 2005) ging das Gericht von einem selective waiver aus. Zu einem beschränkten Verzicht tendierend: In re *Steinhardt*, 9 F.3d 230, 234 (2d Cir. 1993).

¹¹⁹ In re *Columbia/HCA Healthcare Corp. Billing Practices Litigation*, 293 F.3d 289 (6th Cir. 2002).

Unternehmensstrafrecht / Internal Investigations

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.

(Präventive) Ermittlungen der (Unternehmens-)Verteidigung im Verbandssanktionsverfahren und unternehmensinterne Ermittlungen nach italienischem Recht

I. Die Ermittlungen der Verteidigung nach italienischem Strafprozessrecht

1. Rechtliche Grundlage

Mit dem Gesetz Nr. 397 vom 7. Dezember 2000 wurden in Italien spezielle Vorschriften (Artikel 391-bis – 391-decies) in das Buch V, in einen neuen Titel VI-bis der Strafprozessordnung (Codice di Procedura Penale, im Weiteren “CPP”) eingeführt, die die Befugnisse des Verteidigers regeln, eigenverantwortlich Ermittlungen im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens zu Verteidigungs-

zwecken durchzuführen.¹ Diese knüpfen an die zum gleichen Zeitpunkt eingeführte allgemeine Vorschrift des Art. 327-bis Abs. 1 CPP an, durch die dem Verteidiger in allgemeiner Form das Recht eingeräumt wird, Ermittlungen durchzuführen, um Beweismittel zugunsten seines Mandanten zu recherchieren und zu identifizieren, in derjenigen Form, in der es die Vorschriften der Art. 391-bis ff. CPP erlauben. Dieses Recht der Verteidigung gilt in allen Stadien und Instanzen des Strafverfahrens (Art. 327-bis Abs. 2 CPP).

Verfassungsrechtlicher Hintergrund der Einführung der Vorschriften war die vorhergehende durchgreifende Änderung der Vorschrift des Art. 111 der Italienischen Verfassung, die seit Ende 1999² – in sehr detaillierter Weise – die konstitutionellen Vorgaben an ein sogenanntes „Gerechtes Verfahren“ (u.a. im Sinne eines fairen Verfahrens, nur teilweise in Anlehnung an Art. 6 EMRK) beschreibt. In Art. 111 lt. Verfassung werden insbesondere der kontradiktorische Charakter des Strafverfahrens und die Mitwirkungsrechte sowie die Gleichberechtigung der Verteidigung betont (Art. 111 Abs. 2, Abs. 3 lt. Verfassung). Verfassungsrechtliche Grundlage ist daneben auch das Recht des Beschuldigten auf eine Verteidigung, das von der italienischen Verfassung als in jedem Stadium und jeder Instanz des Verfahrens als unverletzlich garantiert wird (Art. 24 Abs. 2 lt. Verfassung).³

Neben den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und den strafprozessualen sowie datenschutzrechtlichen⁴ Vorschriften gelten für die Rechtsanwälte, die als Verteidiger tätig sind, berufsrechtliche Vorgaben, deren Verletzung von den Rechtsanwaltskammern disziplinarisch geahndet werden können.⁵ Selbstverständlich begrenzen daneben die einschlägigen Strafvorschriften die Befugnisse der Verteidiger bei ihren Ermittlungen.

2. Befugte Personen neben dem Verteidiger

Die Befugnisse aus diesen Normen erstrecken sich nicht allein auf den mandatierten Verteidiger selbst, sondern gemäß Art. 327-bis Abs. 3 CPP auch auf dessen anwaltlichen Vertreter („sostituto“), sowie auch auf bestimmte Hilfspersonen, insbesondere auf den Sachverständigen der Verteidigung (Art. 233 CPP, „consulente tecnico“) – den allgemein lizenzierten und speziell autorisierten Privatermittler⁶ der Verteidigung (Art. 222 der Umsetzungs- und Koordinationsvorschriften zum CPP).⁷ Grundsätzlich ist der Verteidiger befugt, sämtliche Ermittlungsaktivitäten nach den hier relevanten Vorschriften auf seine Hilfspersonen zu delegieren, soweit nicht anderweit gesetzlich geregelt.⁸ Allerdings dürfen lediglich der Verteidiger und sein Vertreter (Rechtsanwälte) – formalisierte Vernehmungen durchführen bzw. schriftliche Informationen entgegennehmen (Art. 391-bis Abs. 2 CPP).⁹

3. Geltung im Rahmen des Verbandssanktionenrechts (Legislativdekret Nr. 231/2001)

Diese Vorschriften gelten – wie grundsätzlich alle Vorschriften der italienischen Strafprozessordnung CPP, soweit des Unternehmensanktionsrecht keine spezielleren Vorschriften enthält – auch im Rahmen des italienischen Verbandssanktionenrechts gem. Legislativdekret Nr. 231 vom 8. Juni 2001 für den Verteidiger eines Verbandes (Artikel 34 Legislativdekret Nr. 231/2001), in der Praxis meist eines Unternehmens.¹⁰

¹ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5443.

² Legge costituzionale Nr. 2 vom 23.11.1999.

³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 649.

⁴ Das it. Datenschutzgesetz, der sog. „Codice della Privacy“, Legislativdekret Nr. 196/2003. Der nationale Datenschutzbeauftragte (sog. „garante della Privacy“) hat auf dieser Basis sodann einen Codex für die berufsrechtlich korrekte datenschutzrechtliche Behandlung der Daten aus den Ermittlungen der Verteidigung vorgegeben: Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive, Entscheidung vom 06.11.2008, Gazzetta Ufficiale Nr. 275 vom 24.11.2008.

⁵ Consiglio Nazionale Forense, Codice Deontologico Forense, Gazzetta Ufficiale Nr. 241 vom 16.10.2014, in Kraft seit dem 15.12.2014; ergänzend die detaillierten, gewohnheitsrechtlich geltenden Verhaltensregeln der Camere Penali, Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, in der Fassung vom 19.01.2007.

⁶ Im Detail zu den Voraussetzungen Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 654 f.

⁷ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5443.

⁸ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 655.

⁹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 655.

¹⁰ Danach gelten soweit anwendbar nachrangig zu den Art. 34 ff. (III. Abschnitt) des Legislativdekrets die Vorschriften des CPP entsprechend.

4. Zulässigkeit präventiver Ermittlungen des Verteidigers vor Einleitung eines Strafverfahrens oder Verbandssanktionenverfahrens

Im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass die Befugnisse des Verteidigers zu eigenen Ermittlungen im Sinne der vorgenannten Vorschriften auch präventiv – d. h. vor Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – ausgeübt werden dürfen, konkret vor Registrierung einer Strafanzeige („notizia del reato“) im entsprechenden Register (Art. 335 des italienischen Strafgesetzbuchs, des Codice Penale, hier: „CP“), mit dem das Strafverfahren eingeleitet wird (vgl. Art. 327-bis Abs. 1, 391-nonies Abs. 1 CPP; letztgenannte Vorschrift ist in unmissverständlicher Weise mit „Attività investigativa preventiva“ überschrieben).¹¹ Art. 327-bis Abs. 1 CPP schreibt nämlich vor, dass der Verteidiger entsprechende Ermittlungen vom Augenblick seiner Mandatierung an vornehmen kann; § 391-nonies Abs. 1 CPP stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Mandatierung nicht die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens voraussetzt: Die in der vorbezeichneten Vorschrift vorgesehene Ermittlungsaktivität darf durch einen entsprechend mandatierten Verteidiger auch präventiv ausgeübt werden, wenn dieser das Verteidigungsmandat für die Eventualität erhalten hat, dass ein – noch nicht existierendes oder nach h. M. auch noch nicht bekanntes – Strafverfahren eingeleitet wird oder worden ist.¹²

Art. 391-nonies Abs. 2 CPP sieht – offenbar zu Dokumentationszwecken – vor, dass die entsprechende Vollmacht eine Authentifizierung der Unterschrift enthalten muss und die Bevollmächtigung des Verteidigers unter Angabe der Tatsachen erfolgt, auf die sich das Verteidigungsmandat bezieht. Ausreichend ist eine knappe, identifizierbare – d. h. wohl für die Abgrenzung zu anderen Sachverhalten ausreichende – Zusammenfassung des relevanten historischen Sachverhalts.¹³ Diese Vollmacht dient zur Legitimierung des Verteidigers im Zusammenhang mit der Ausübung seiner Ermittlungstätigkeit. Eine bloße faktische Verteidigungstätigkeit ohne eine Vollmacht, die den Voraussetzungen des Art. 391-nonies Abs. 2 CPP entspricht, berechtigt nicht zur Vornahme der nach den Art. 391-bis ff. CPP zulässigen Ermittlungshandlungen und ist im Hinblick hierauf unwirksam.¹⁴

Zudem sollen vom Zeitpunkt der (formgerechten) Vollmachterteilung zum Schutze des Verteidigers die Garantien des Art. 103 CPP eingreifen, wonach der Verteidiger, seiner vorgenannten Hilfspersonen sowie seiner Gewahrsamssphäre gegenüber Inspektionen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen, TKÜ-Maßnahmen etc. eingreifen, nicht etwa erst mit Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.¹⁵ Dies wird daraus abgeleitet, dass in Italien auch allgemein (auch nach der Rechtsprechung) angenommen wird, dass die strafprozessualen Schutzrechte zugunsten des Verteidigers (Art. 103 CPP) auch unabhängig vom Bestehen eines Strafverfahrens ab der Erteilung des Verteidigungsmandats ihre Wirkung entfalten.¹⁶ Hintergrund ist die schon vor Einführung der Art. 391-bis ff. CPP bestehende Rechtsprechungsauffassung, wonach Art. 103 CPP die mandatierte Verteidigungsaktivität und nicht die Stellung des Verteidigers in einem konkreten Strafverfahren in Betracht zieht, in welchem die Verteidigungsaktivitäten entfaltet werden.¹⁷ Konkret haben die Vereinigten Strafsenate des Kassationsgerichtshofs 1993/1994 entschieden, dass die Garantien der Verteidigerstellung gemäß Art. 103 CPP nicht daran gekoppelt ist, dass die strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verteidiger in demselben Strafverfahren erfolgen, in dem er seine Verteidigungstätigkeit ausübt oder dass diese Verteidigungstätigkeit noch andauert.¹⁸ Die Garantien des Art. 103 CPP gelten heute nach herrschender Rechtsprechung jedenfalls für jedermann, der ein Verteidigungsmandat in irgendeinem Strafverfahren angenommen hat und schützen diesen nach Maßgabe der Vorschrift gegen den Eingriff je-

¹¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 653.

¹² G. Ruello in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.7 m.w.N.

¹³ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.2

¹⁴ G. Ruello in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.7 m.w.N.

¹⁵ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.4

¹⁶ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.4

¹⁷ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.4 unter Verweis auf Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Cassazione Penale 1994, 2020; 1994, 910; 914; 1998, 840.

¹⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Cassazione Penale 1994, 2020.

der Strafverfolgungsbehörde, unabhängig davon ob irgendein Bezug von deren Verfahren zu seiner Verteidigertätigkeit besteht oder er gar in deren Verfahren Verteidiger ist.¹⁹

Ausgenommen von der Ermächtigung des Verteidigers zu Ermittlungen im Rahmen von präventiver Verteidigung sind solche Ermittlungsaktivitäten, die einer richterlichen Entscheidung bedürfen (Art. 391-nonies Abs. 1 CPP). Dies gilt schon deshalb, weil vor Einleitung des Ermittlungsverfahrens ein zuständiger Richter nicht zuverlässig bestimmt werden kann.²⁰

Legitimer Zweck präventiver Verteidigungsermittlungen kann es etwa sein, vorweg der richterlichen Entscheidung zugunsten einer von der Staatsanwaltschaft beantragten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen entgegenzutreten (Art. 292 Abs. 2-ter CPP) oder deren umgehende Aufhebung oder Aussetzung zu erreichen (Art. 299, 275 Abs. 3 CPP).²¹ Zu seinen Mandanten belastenden Ermittlungen ist der Verteidiger nicht berechtigt und nicht verpflichtet (vgl. Art. 327-bis Abs. 1 CPP), auch nicht zur Vorlage von (wider Erwarten erlangten) belastenden Beweisergebnissen seiner Ermittlungen. Die Bewertung, ob die Beweisergebnisse im Rahmen der verfolgten Verteidigungsstrategie be- oder entlastend sind, obliegt primär dem Verteidiger.²²

Gegenüber seinem Mandanten kann der Verteidiger berufsrechtlich verpflichtet sein, Ermittlungen der Verteidigung durchzuführen bzw. darauf bei seinem Mandanten hinzuwirken; der Verteidiger verletzt seine berufsrechtlichen Pflichten, wenn er sich nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob Ermittlungen der Verteidigung angezeigt sind oder wenn er Erforderlichkeit seinem Mandanten nicht mitteilt.²³

5. Ermittlungsbefugnisse des Verteidigers gemäß Art. 391-bis ff. CPP

Anders als die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden müssen die Ermittlungen des Verteidigers weder einem Vollständigkeitsgebot genügen noch müssen Sie sich auf den Mandanten belastende Umstände erstrecken; sie erfolgen nach dessen freiem Ermessen.²⁴

a) Allgemeines

Zusammenfassend gesagt sind der Verteidigung und deren Hilfspersonen nach den neuen Vorschriften berechtigt, mit Personen, die zur Sachverhaltsaufklärung bzw. für die Verteidigung nützliche Umstände mitteilen können, undokumentierte Gespräche zu führen, von diesen schriftliche Mitteilungen entgegenzunehmen oder Informationen, die schriftlich zu dokumentieren sind, entgegenzunehmen.²⁵ Interessanterweise hat der Verteidiger sogar das Recht, zum Zweck der Verteidigungsermittlungen ein Gespräch mit inhaftierten Personen zu führen, zu denen er kein Mandatsverhältnis unterhält, d. h. z. B. inhaftierten Mitbeschuldigten oder in einem anderen Verfahren beschuldigten inhaftierten Personen oder Personen, die sich in anderer Sache im Strafvollzug befinden (Art. 391-bis Abs. 7 CPP).²⁶

Ausdrücklich genannt in den gesetzlichen Bestimmungen der Art. 391-bis fortfolgende CPP sind nur die sogenannten typischen Ermittlungsmaßnahmen der Verteidigung, d. h. die gesetzlich vorgeprägten. Damit kommt nicht etwa zum Ausdruck, dass sogenannte atypische Ermittlungsmaßnahmen unzulässig seien. Diese sind vielmehr – sofern nicht anderweitig gesetzlich verboten – zulässig, und werden insbesondere durch Privatdetektive auch tatsächlich ausgeführt: Hierbei kann es sich beispielsweise um Beschattungen von Personen, die Registrierung von Gesprächen an öffentlichen Orten, informelle Gespräche am Telefon und anderes mehr handeln.²⁷ Es ist dem Privatdetektiv auch nicht grundsätzlich verboten, im Rahmen der Ermittlungen unter falscher Identität (Legende) aufzutreten, sich zu verkleiden, sowie in einem Rahmen, der die persönliche Freiheit Dritter nicht einschränkt, sonst zu täuschen bzw. zu lügen

¹⁹ T. Procaccianti in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 103 Rn. II.3; Corte di Cassazione, Guida al Diritto, 2014, Bd. 28, 82 ff.

²⁰ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. II.8

²¹ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

²² Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 652.

²³ Art. 3 Verhaltensrichtlinien der Camere Penale, s.o. Fn 5; vgl. Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 651 f.

²⁴ G. Ruello in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.8 m.w.N.

²⁵ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 443 f.

²⁶ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

²⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 655 f. Typischerweise werden die atypischen Ermittlungen durch Hilfspersonen, insbesondere die Privatermittler durchgeführt.

(„inganno benevolo“) etc.; solche Verhaltensweisen sind hingegen dem Verteidiger standesrechtlich verwehrt.²⁸

Die italienische Rechtsprechung hat bezüglich von Ermittlungen des Verteidigers im Ausland festgehalten, dass für diese die Vorschriften des Art. 391-bis ff. CPP keine Rechtsgrundlage darstellen, weil Beweiserhebungen im Ausland nur auf dem Rechtshilfewege, den der Verteidiger nicht beschreiten kann, in das italienische Strafverfahren eingebracht und nur hieraus resultierende Beweismittel im italienischen Strafverfahren verwertet werden können.²⁹

Jenseits einer Nutzung von Verteidigungsermittlungen im Ermittlungsverfahren zur Einwirkung auf den Staatsanwalt im Zusammenhang mit seiner Entscheidung wie die Ausübung der öffentlichen Klage können diese Ermittlungen auch im Hinblick auf die richterliche Anhörung im Zwischenverfahren („udienza preliminare“) geführt werden (Art. 327-bis, 421 Abs. 3 CPP) oder zur Ergänzung der Beweisgrundlage der Hauptverhandlung (Art. 430 CPP).³⁰

b) Anhörung von Auskunftspersonen im Rahmen der Verteidigungsermittlungen

Die gesetzlichen Regelungen (hier Art. 391-bis CPP) sehen grundsätzlich drei verschiedene Formen der Informationsgewinnung von Auskunftspersonen durch den Verteidiger vor, ein informelles Gespräch, die formelle (zu protokollierende) Anhörung und die Entgegennahme schriftlicher Einlassungen der Auskunftsperson.³¹ Nur das informelle Gespräch darf auf nichtanwaltliche Hilfspersonen delegiert werden. Gesetzlich ist zudem auch die Anhörung derjenigen Verfahrenssubjekte durch den Verteidiger verboten, die im betreffenden Strafverfahren nach dem CPP keine Zeugenstellung einnehmen können (der Richter, der Staatsanwalt und der zivilrechtlich Verantwortliche bzw. der zivilrechtlich für Geldstrafe haftende Verantwortliche, sowie Verteidiger, die im selben Verfahren Anhörungen durchgeführt haben, vgl. Art. 197 Abs. 1 CPP); berufsrechtlich – nicht aber nach der Rspr.³² – ist es dem Verteidiger zudem verboten, seinen Mandanten (d. h. den von ihm vertretenen Beschuldigten) im Rahmen von Verteidigungsermittlungen anzuhören.³³

aa) Belehrungen

In allen Fällen der Anhörung von Auskunftspersonen durch den Verteidiger besteht eine Belehrungspflicht diesen gegenüber (Art. 391-bis Abs. 3 CPP). Der Verteidiger hat über seine Verfahrensstellung und über den Zweck des Gesprächs bzw. Entgegennahme schriftlicher Stellungnahmen zu belehren, sowie darüber, welche der drei zulässigen Anhörungsformen er wählt sowie deren Modalitäten und die Form der Dokumentation sowie über für die Auskunftsperson bestehenden Auskunftsverweigerungsrechte und Aussageverweigerungsrechte. Im Hinblick darauf, dass hier besondere Vorschriften bzgl. einer Anhörung gelten, muss der Verteidiger zudem klären, ob es sich bei der Auskunftsperson um einen Mitbeschuldigten oder um einen Beschuldigten in einem Verfahren handelt, zu dem ein Sachzusammenhang besteht.³⁴ Zudem muss der Verteidiger darauf hinweisen, dass die Auskunftspersonen nicht berechtigt sind, dem Verteidiger etwaige Fragen der Strafverfolgungsbehörden an die Auskunftsperson und die diesbezüglichen Antworten mitzuteilen; dies gilt auch, wenn eine Vernehmung bereits stattgefunden hat (Art. 391-bis Abs. 4 CPP). Der Verteidiger ist auch verpflichtet, über strafrechtliche Konsequenzen einer unzutreffenden Einlassung zu belehren.³⁵ Weitergehende, zumindest berufsrechtlich verbindliche Vorgaben – insbesondere bezüglich der Belehrung von Angehörigen von Mitbeschuldigten über ihr Aussageverweigerungsrecht – werden in den Verhaltensregeln der Rechtsanwaltskammern gemacht; die höchstrichterliche Rechtsprechung hat diese zwischenzeitlich als bei Strafe eines Verwertungsverbots verbindlich und aus Regeln des CPP herzuleiten aner-

²⁸ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 656.

²⁹ Corte di Cassazione, *Cassazione Penale* 2008, 4707 (dies dürfte zugleich bedeuten, dass etwaige Beweisresultate von Verteidigungsermittlungen im Ausland strafprozessual unverwertbar wären); a.A. Selvaggi *Cassazione Penale* 2009, 2049; Albano *Cassazione Penale* 2008, 4708 f.; Curtotti Nappi *Giurisprudenza Italiana* 2008, 986 f.

³⁰ Corso in: *Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni*, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 444 f.

³¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657.

³² Corte di Cassazione, *Diritto Penale e Processo* 2010, 1297 m.w.N.

³³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657.

³⁴ In diesem Falle besteht ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers des Mitbeschuldigten, der im Übrigen mindestens 24 Stunden zuvor zu informieren ist. Sofern der Verteidiger des Mitbeschuldigten nicht anwesend ist, ist die Vernehmung nicht verwertbar. Gegebenenfalls muss ein Pflichtverteidiger ernannt werden. Hierüber ist zu belehren, Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 659 m.w.N.

³⁵ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657 f.

kannt.³⁶ Zudem gelten bei der Vernehmung von Minderjährigen im Zusammenhang mit bestimmten (Sexual-)Straftaten besondere Regeln der Strafprozessordnung.³⁷

Die Auskunftsperson ist nicht verpflichtet, dem Verteidiger überhaupt Auskunft zu erteilen und darf auch einzelne Fragen nicht beantworten.³⁸ Jedoch besteht im Falle der Erteilung von Auskünften eine Wahrheitspflicht für die Auskunftsperson, deren Verletzung seit 2000 gemäß Art. 371-ter CP („false dichiarazioni al difensore“) mit einer Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren bestraft wird. Auch die Enthüllung des Inhalts von amtlichen Vernehmungen und die Aufforderung hierzu, letzteres durch den Verteidiger oder seine Hilfspersonen, im Kontext von Erhebungen des Verteidigers ist strafbar (Art. 379-bis CP). Insgesamt führt die Verletzung der oben beschriebenen Belehrungsvorschriften und sonstigen Vorgaben bezüglich der Vernehmung nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung stets zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der Vernehmungsergebnisse (Art. 391-bis Abs. 7 CPP).³⁹

bb) Informelles Gespräch

Das informelle, nicht dokumentierte Gespräch – welches auch der Privatdetektiv durchführen kann und häufig durchführen wird – soll regelmäßig dazu dienen, in Erfahrung zu bringen, ob die Auskunftsperson als Zeuge aus der Perspektive der Verteidigung für die Verteidigungsermittlungen geeignet ist, d. h. zu welchen Tatsachen die Auskunftsperson welche Auskünfte geben kann.⁴⁰ Es hat mithin den Charakter eines Vorgesprächs zur formellen Anhörung durch den Verteidiger, das dem Verteidiger aufgrund der fehlenden Dokumentationsobliegenheiten ermöglicht, eine formale Aufnahme des Gesprächs bei Unergiebigkeit oder Schädlichkeit des voraussichtlichen Beweisergebnisses zu unterlassen.⁴¹

cc) Formelle Anhörung

Der Gang einer formellen Anhörung durch den Verteidiger wird im Gesetz – abgesehen von den oben beschriebenen Belehrungsvorschriften – nicht näher beschrieben oder vorgegeben. Es ist allerdings gesetzlich verboten, dass der Beschuldigte oder Geschädigte (der durch den Verteidiger vertreten wird) bei der Anhörung anwesend ist (Art. 391-bis Abs. 8 CPP), wie es auch der richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Zeugenvernehmung der Fall ist (Art. 63 Abs. 1 CPP).⁴² Es gibt vor diesem Hintergrund keine Verpflichtung des Verteidigers, den Zeugen zunächst im Zusammenhang berichten zu lassen, auch wenn dies der Regel nach sinnvoll erscheint, kann auch lediglich ein Fragenkatalog durchgegangen werden.⁴³ Wenn sich der Verteidiger entscheidet, die Anhörung zu dokumentieren, muss dies gemäß Art. 391-ter Abs. 3 CPP entsprechend den allgemeinen Vorschriften zur Erstellung von staatsanwaltschaftlichen und richterlichen Vernehmungsprotokollen in den Artikeln 134 ff. CPP „soweit anwendbar“ erfolgen.⁴⁴ Die Protokollierung erfolgt hier naturgemäß durch den Verteidiger oder eine Hilfsperson.

Sofern die Auskunftsperson Erklärungen abgibt, aus denen Indizien für eine eigene Strafbarkeit der Auskunftsperson abgeleitet werden können, hat der Verteidiger die Anhörung sofort zu unterbrechen und zu beenden; bezüglich der bereits erhobenen Informationen gilt ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Auskunftsperson, nicht betreffend Dritter (Art. 391-bis Abs. 9 CPP); die Regelungen entsprechen denen für Vernehmungen durch die Justiz (Art. 63 Abs. 1 CPP).⁴⁵

Sofern sich der Verteidiger sich zur Entgegennahme von zu protokollierenden Äußerungen im oben genannten Sinne (und damit zur Formalisierung eines Gesprächs mit einer Auskunftsperson) entschließt, ist er verpflichtet, Fragen und Antworten inhaltsgetreu zu dokumentieren. Sofern er der Auffassung ist, dass die Erklärungen der Auskunftsperson für die Position des eigenen Mandanten nicht hilfreich sind, ist er nicht verpflichtet, das Vernehmungsprotokoll vorzulegen oder sonst den Behörden zugänglich zu machen.⁴⁶ Im Falle einer Vorlage des Protokolls ist der

³⁶ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657 f.; Corte di Cassazione, III Sezione, Urt. v. 6. Oktober 2009 – Nr. 46682.

³⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 659.

³⁸ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 658.

³⁹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 659.

⁴⁰ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660.

⁴¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660.

⁴² Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 661. Für die informellen Vorgespräche gilt erstaunlicherweise keine entsprechende Regelung.

⁴³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660.

⁴⁴ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660 f.

⁴⁵ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 661.

⁴⁶ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 661 f.; ausweislich der berufsrechtlichen Regeln ist der Verteidiger übrigens auch nicht verpflichtet, eine Kopie seines Protokolls der Auskunftsperson oder seinem Verteidiger/Rechtsanwalt zugänglich zu machen.

Verteidiger verpflichtet dieses ohne jede Manipulation vorzulegen; ein Wahlrecht hat er lediglich im Hinblick darauf, ob er dies den Strafverfolgungsbehörden zugänglich macht oder nicht.⁴⁷

dd) Entgegennahme einer schriftlichen Einlassung

Der Verteidiger kann die Auskunftsperson – unter Berücksichtigung der eingangs geschilderten Belehrungspflichten – anstelle der vorgenannten Gespräche auch bitten, ihm gegenüber eine schriftliche Erklärung abzugeben. Das einzuhaltende Vorgehen ist in Art. 393-ter Abs. 1 CPP im Detail geregelt. Die schriftliche Erklärung muss durch die Auskunftsperson unterschrieben werden; die Unterschrift ist durch den Verteidiger oder seinen Vertreter zur Authentifizierung. Zusätzlich muss der Verteidiger einen Bericht fertigen, der der schriftlichen Erklärung der Auskunftsperson beizufügen ist (Art. 391-ter Abs. 2 CPP). In den Bericht des Verteidigers sind nach den Vorgaben dieser Vorschrift aufzunehmen: Das Datum, unter dem die schriftliche Erklärung entgegengenommen wurde, die persönlichen Daten des entgegennehmenden Verteidigers (oder seines Vertreters) und der Person, die die Erklärung abgegeben hat, eine Bestätigung, dass der Verteidiger die vorgeschriebenen Belehrungen vorgenommen hat, sowie die Tatsachen, zu denen die Erklärung abgegeben wurde.⁴⁸

ee) Keine Erzwingungsbefugnisse des Verteidigers bei Aussageverweigerung - aber Antragsrechte bzgl. staatsanwaltlicher oder richterlicher Vernehmung

Es ist wichtig festzuhalten, dass die o.g. Ermittlungsbefugnisse zwar einerseits nicht mit den Zwangsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden einhergehen. Allerdings gibt es hierfür andererseits einen potentiell sehr wirksamen Ersatz: Diejenigen aus der Sicht des Verteidigers relevanten Auskunftspersonen (potenziellen Zeugen), die von ihrem Recht Gebrauch machen, sich gegenüber dem Verteidiger nicht zu äußern, müssen auf Antrag des Verteidigers durch den *Staatanwalt* innerhalb von sieben Tagen (ab Antragstellung) als Zeugen vernommen werden (gemäß den Vorgaben des Art. 391-bis Abs. 10 CPP). Alternativ dazu ist der Verteidiger auch befugt, eine vorgezogene *richterliche* Beweisaufnahme (Art. 392 CPP; sog. "incidente probatorio"⁴⁹) – d. h. hier eine richterliche Zeugenvernehmung – dieser Auskunftspersonen zu beantragen. Voraussetzung ist jedoch stets, dass auch aus der Sicht der Justiz die vom Verteidiger genannte Auskunftsperson in der Lage ist, relevante tatsächliche Umstände im Hinblick auf dessen Verteidigungsermittlung mitzuteilen; Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter haben eine entsprechende Prüfung der Relevanz der Vernehmung vorzunehmen.⁵⁰ Zu diesem Zweck ist der Verteidiger verpflichtet, dem Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter die Tatsachen mitzuteilen, zu denen die Auskunftspersonen gehört werden sollen und die Gründe, weshalb dies zum Zweck der Ermittlungen des Verteidigers zielführend ist.⁵¹

Kommt es zu einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung, ist zunächst der Verteidiger berechtigt, Fragen zu stellen und generell den ersten Teil der Zeugenvernehmung in Anwesenheit des Staatsanwalts durchzuführen; anschließend kann der Staatsanwalt ebenfalls Fragen stellen; der Verteidiger ist durchgehend anwesenheitsberechtigt.⁵² Nicht nur die Fragen des Staatsanwalts, sondern auch die Fragen des Verteidigers sind unter Strafdrohung wahrheitsgemäß zu beantworten (Art. 371-bis Abs. 3 CP). Im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ist der Zeuge grundsätzlich zur vollständigen Aussage verpflichtet, sofern ihm kein besonderes Zeugnisverweigerungsrecht oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht.⁵³

c) Herausgabeverlangen bzgl. Urkunden

Darüber hinaus ist der Verteidiger auch berechtigt, im Rahmen seiner Ermittlungen Urkunden heraus zu verlangen, die sich im Besitz der öffentlichen Verwaltung befinden, und dieses Verlangen auch mithilfe der Strafverfolgungsbehörden bzw. Strafjustiz zu vollstrecken (Art. 391-ter CPP). Auf Antrag des Verteidigers hat der Staatsanwalt eine Beschlagnahme vorzunehmen (Art. 367, 368 CPP), sofern die Urkunden zum Zwecke der Ermittlungen des Verteidigers dienlich sind;

⁴⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 662.

⁴⁸ Zusammenfassend Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 662.

⁴⁹ Eine solche richterliche Beweisaufnahme hat den möglichen Vorteil, dass deren Protokoll im Rahmen einer späteren Hauptverhandlung unmittelbar verwertbar sein kann. Das protokollierte Ergebnis einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ist per se regelmäßig (Ausnahmen existieren) nur im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zum Zwecke der Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage verwendbar.

⁵⁰ Corte di Cassazione, Urt. v. 17. Januar 2012 – Nr. 1399.

⁵¹ Corte di Cassazione, Urt. v. 6. Dezember 2006 – Nr. 40232; Il Sole 24 Ore vom 13. Januar 2007.

⁵² Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 663.

⁵³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 664.

sofern der Staatsanwalt dies verweigert, erfolgt eine Entscheidung des Ermittlungsrichters, der dann ebenfalls die Beschlagnahme anordnen kann.⁵⁴

d) Zutritts- und Besichtigungsrecht

Zudem kann der Verteidiger zu Ermittlungszwecken den Zutritt zu privaten Örtlichkeiten verlangen oder auch zu solchen Örtlichkeiten, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind; sofern der Berechtigte nicht zustimmt, kann der Verteidiger beim Ermittlungsrichter beantragen, dass dieser ihn durch Beschluss zur Betretung bzw. Besichtigung ermächtigt (Art. 391-sexies und Art. 391-septies CPP). Ausgeschlossen sind von dem Besichtigungsrecht grundsätzlich Wohnungen, sofern dort keine unmittelbaren Spuren einer Straftat vorzufinden sind.

e) Beratung des Verteidigers durch Sachverständige bzw. Parteigutachten durch Sachverständige und unwiederholbare technische Erhebungen

Der Verteidiger kann im Rahmen seiner Ermittlungen Sachverständige zu seiner Beratung ernennen, so dass diese Teile der Ermittlungen übernehmen können, die besondere Fachkenntnisse eines Sachverständigen erfordern, auch wenn seitens der Strafverfolgungsbehörden kein Sachverständigengutachten angeordnet ist (Art. 233 CPP).⁵⁵ Dieser Parteisachverständige kann autonom – ohne Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden – unwiederholbare und daher unaufschiebbare Maßnahmen als Sachverständiger treffen, wobei allerdings der zuständige Staatsanwalt unverzüglich zu unterrichten ist, damit dieser seine eigenen Ermittlungsbefugnisse gemäß Art. 360 CPP wahrnehmen kann (Art. 391-decies Abs. 3 CPP). Tritt der Staatsanwalt nicht in die sachverständigen Ermittlungen ein und tritt er diesen nicht entgegen, und führt der Sachverständige des Verteidigers diese sodann durch, ist darüber seitens des Verteidigers ein spezielles Protokoll anzufertigen (Art. 391-decies Abs. 4 CPP). Grundsätzlich können diese parteigutachterlichen Erhebungen als Beweis eingeführt werden.⁵⁶

Der Sachverständige der Verteidigung hat zudem das Recht, seitens der Strafverfolgungsbehörden beschlagnahmte Gegenstände noch an Ort und Stelle zu untersuchen, oder, wenn dies unmöglich war, nachträglich Beweisgegenstände, die sich bereits im Gewahrsam der Strafverfolgungsbehörden befinden, zu untersuchen. Sofern sich Beweisgegenstände an für die Verteidigung unzugänglichen Orten befinden, kann die Gewährung von Zutritt beim Richter beantragt werden, der diese bei Vorliegen der Voraussetzungen anzuordnen hat (Art. 391-septies CPP). Er hat zudem – wie schon bisher der Verteidiger – ein Anwesenheitsrecht bei einer Besichtigung („ispezione“; Art. 233 Abs. 1-bis CPP) von relevanten Beweisgegenständen durch die Strafverfolgungsbehörden.⁵⁷

f) Schutzrechte des Verteidigers bei den Ermittlungen

In Art. 391-ter CPP sind die spezifischen Rechte der Verteidigung im Rahmen ihrer Untersuchungen geregelt, zugleich auch die Garantien zur Sicherstellung der Unverfälschtheit der Beweismittel.⁵⁸ Es ist selbstverständlich zu berücksichtigen, dass Begünstigung, Strafvereitelung und Prozessbetrug sowie vergleichbare Straftaten des italienischen materiellen Strafrechts (vergleiche die Art. 377-bis, 430-bis CP) natürlich im vollen Umfang auch für die Aktivitäten des Verteidigers gelten.⁵⁹

g) Sicherung der Unverfälschtheit der Beweise

Der Verteidiger ist auch im Hinblick auf materielle strafrechtliche Vorschriften gezwungen, bei den eigenen Ermittlungen nicht unlauter zu agieren. Der Kassationsgerichtshof hat entschieden, dass der den Urkundendelikten zuzuordnende Straftatbestand des Art. 479 CP („falso ideologico“) verwirklicht ist, wenn der Verteidiger aus einer Anhörung von Auskunftspersonen im Rahmen der Verteidigung Ermittlungen gewonnene Umstände im Strafverfahren nutzt, nachdem er diese unvollständig und nicht ihrem Sinn entsprechend dokumentiert hat.⁶⁰ Als straf-

⁵⁴ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 668.

⁵⁵ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 668 f. m.w.N.

⁵⁶ Corte di Cassazione, Guida al diritto 2003, Nr. 33, S. 91.

⁵⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 669. Es darf jedoch nicht zu irreversiblen Veränderungen des Beweisgegenstands kommen.

⁵⁸ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

⁵⁹ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

⁶⁰ Corte di Cassazione, Vereinigte Strafsenate, Cassazione Penale 2006, 3985.

rechtlich bedenklich wird es ebenfalls angesehen, wenn der Verteidiger selektiv protokolliert bzw. in den Niederschriften (auch erkennbar) Auslassungen verzeichnet, etwa weil die Äußerungen der Auskunftspersonen insoweit nicht dem Verteidigungszielen dienlich waren.⁶¹ In Betracht kommt auch eine Strafbarkeit nach Art. 481 CP („falsità ideologica in certificati“).

6. Wechselwirkungen mit dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft

Unerwünschte Wechselwirkungen der Ermittlungen des Verteidigers mit den (möglicherweise gleichzeitig stattfindenden) Ermittlungen der Staatsanwaltschaft (mittels ihrer Ermittlungsperson) kann letztere in eingeschränktem Umfang verhindern. Der Staatsanwalt hat die Befugnis, gemäß Art. 391-bis das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren zwei Monate geheim zu halten und hierdurch (sofern diese von der Kenntnis des Ermittlungsverfahrens abhängig sind und nicht präventiv erfolgen) die Ermittlungen der Verteidigung zu verhindern.⁶²

7. Dokumentation der Ermittlungen des Verteidigers und Einreichung zu den Verfahrensakten

Zunächst ist nochmals festzuhalten, dass der Verteidiger nicht verpflichtet ist, die dokumentierten Ergebnisse seiner Ermittlungen überhaupt in das Strafverfahren bzw. in die Verfahrensakten einzubringen (Art. 391-octies Abs. 1, 2 CPP). Er kann hierüber nach Interessenlage seines Mandanten frei entscheiden und stattdessen die Ermittlungsergebnisse auch in seiner (insoweit gem. Art. 103 CPP geschützten) Gewahrsamssphäre verwahren.⁶³

Sofern sich der Verteidiger entscheidet, die Ergebnisse seiner Ermittlungen ganz oder teilweise zu den Akten zu reichen gilt folgendes: Die Dokumentation aus der Ermittlungsaktivität des Verteidigers ist eine gegebenenfalls neu anzulegende sogenannte „Akte des Verteidigers“ einzubringen und dort zu verwahren (dazu ausf. Art. 391-octies CPP). Diese wird vom Richter für das Ermittlungsverfahren („Giudice per le indagini preliminari“ („GIP“)⁶⁴) angelegt und geführt. Während des Ermittlungsverfahrens hat die Staatsanwaltschaft auf diese Akte grundsätzlich keinen Zugriff; Einsicht erhält der Staatsanwalt nur, soweit eine richterliche Entscheidung auf Antrag des Verteidigers ergehen soll (Art. 391-octies Abs. 3 S. 1 CPP).⁶⁵ Nach dem Abschluss der Ermittlungen (und vor dem Ergehen einer Abschlussverfügung) ist die Akte des Verteidigers in die Akte der Staatsanwaltschaft zu überführen (Art. 391-octies Abs. 3 S. 2 CPP).

8. Verwertung und Verwertbarkeit der Ermittlungen des Verteidigers

Die Verwertung der Akte des Verteidigers mit der Dokumentation seiner Verteidigungsermittlungen kann grds. in jeder Phase und in jeder Instanz des Strafverfahrens erfolgen (Art. 391-decies CPP).⁶⁶ Rechtsprechung und herrschende Meinung sind übereinstimmend der Auffassung, dass es keine wesentlichen Unterschiede zwischen der Verwertbarkeit und dem Beweiswert der zu den Akten gelangten Resultate der Verteidigungsermittlungen und den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und seiner Ermittlungspersonen in der Akte der Staatsanwaltschaft („fascicolo del pubblico ministero“) gibt, in die die Akte des Verteidigers nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens überführt wird.⁶⁷ Bezüglich der Verwertung als Beweismittel in der Hauptverhandlung gelten die allgemeinen Regeln, d.h. nur diejenigen Aktenbestandteile, die in die sog. Akte für die Hauptverhandlung („fascicolo per il dibattimento“) aufzunehmen sind, können als Beweis verwertet werden (Art. 511 CPP). Im Wesentlichen handelt es sich hier lediglich um die Dokumentation von nicht wiederholbaren Ermittlungshandlungen des Verteidigers (vgl. Art. 391-decies Abs. 3, Abs. 4; 431 Abs. 1 Buchst. c; 391-decies Abs. 2 CPP).⁶⁸ Die übrigen Bestandteile

⁶¹ T. Procaccianti in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 103 Rn. II.4 m.w.N.

⁶² Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

⁶³ G. Ruolo in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.9 m.w.N.

⁶⁴ Vor dem Hintergrund, dass seit Einführung der neuen, am Akkusationsprinzip orientierten italienischen Strafprozessordnung im Jahr 1988 die zuvor komplexe Verfahren dominierende Figur des Ermittlungsrichters mit (nach französischem Vorbild) weitreichenden eigenen Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen abgeschafft wurde, wird hier von der Verwendung des Begriffes „Ermittlungsrichter“ abgesehen und die – umständliche – wörtliche Übersetzung gewählt. Der italienische Richter für das Ermittlungsverfahren hat aber grundsätzlich vergleichbare Befugnisse und Zuständigkeiten wie der Ermittlungsrichter nach der StPO.

⁶⁵ Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 674.

⁶⁶ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

⁶⁷ Corte di Cassazione, Cassazione Penale 2009, 266.

⁶⁸ Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 674 f.; hierbei handelt es sich nicht um die normalen Protokolle der Anhörung von Zeugen durch den Verteidiger, sondern etwa um solche, bei denen der Zeuge zwischenzeitlich verstorben, unauffindbar etc. geworden ist.

der Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft – einschließlich derjenigen aus den Ermittlungen des Verteidigers – können nur im Wege des Vorhaltes genutzt werden.⁶⁹

9. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen

Die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen, die für die Ermittlung des Verteidigers relevant sind, können hier zur Begrenzung des Umfangs der Ausführungen nicht im Einzelnen dargestellt werden. Maßgeblich ist hier wie gesagt (jedenfalls bis zum Inkrafttreten der Regelungen zur Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung) primär das bereits erwähnte italienische Datenschutzgesetz (Legislativdekret Nr. 196 vom 30. Juni 2003, „legge sulla privacy“); ergänzend sind die oben erwähnten Regeln des anwaltlichen Berufsrechts heranzuziehen.⁷⁰ Durch die explizite Regelung des Art. 11 des italienischen Datenschutzgesetzes ist vorgeschrieben, dass jede Behandlung persönlicher Daten, die gegen die anwendbaren Datenschutzvorschriften verstößt, zur Unverwertbarkeit besagter Daten führt.⁷¹ Hierbei handelt es sich jedoch nach wohl herrschender Auffassung nicht um eine von Amts wegen zu berücksichtigende, *straßprozessuale* Unverwertbarkeit gemäß Art. 191 Abs. 2 CPP, sondern um das Verbot einer Nutzung *außerhalb des Strafprozesses*.⁷² Vor diesem Hintergrund erscheint eine Vertiefung des Themas jedenfalls im Hinblick auf die im Mittelpunkt stehende strafprozessuale Relevanz zu vernachlässigen. Im Wesentlichen folgen die materiellen datenschutzrechtlichen Regelungen im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben – jedenfalls in der Zukunft – voraussichtlich denselben Grundsätzen wie in Deutschland.

II. Fazit: Präventive Ermittlungen der (Unternehmens-) Verteidigung gem. Art. 327-bis, 391-bis ff. CPP und sonstige unternehmensinterne Untersuchungen

Obenstehenden Ausführungen lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass eine unternehmensinterne Untersuchung von Verdachtsfällen bezüglich der Begehung von Straftaten aus dem Unternehmen heraus und in dessen Interesse bzw. zu dessen Vorteil (unter Einbeziehung zumindest eines externen Anwalts als Unternehmensverteidiger) grundsätzlich unter Nutzung der Befugnisse und Schutzrechte der Art. 327 -bis 391-bis ff. CPP als präventive oder aktuelle Ermittlungen des (Unternehmens-) Verteidigers durchgeführt werden können. Ebenfalls ist ganz offensichtlich, dass dem anwaltlichen Unternehmensvertreter – der zusätzlich natürlich auch sonstige Befugnisse geltend machen kann, die ihm als anwaltlichen Vertreter des Unternehmens in dessen Vollmacht zur Verfügung stehen – in diesem Zusammenhang deutlich weitergehende Befugnisse zu Gebote stehen, als bei einer rein privatrechtlich unterlegten unternehmensinternen Untersuchung. Insbesondere gilt dies, soweit Personen betroffen sind, die nicht (ehemalige) Mitarbeiter des Unternehmens sind, oder Gegenstände und Orte betroffen sind, die nicht der Verfügungsgewalt des Unternehmens unterliegen. Auf der anderen Seite sind gerade die am weitesten reichenden oben genannten Ermittlungsbefugnisse des Verteidigers (Vernehmung von Zeugen, die die Aussage verweigern; Betretungsrechte; Inspektionsrechte etc.) in einer Verteidigungsermittlung regelmäßig nicht ohne Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden nutzbar. Zudem erfordern Ermittlungen im Rahmen des Art. 327-bis CPP – für den Fall, dass eine Verwertung in einem eventuellen Strafverfahren beabsichtigt ist – ein hohes Maß an Dokumentation, und insbesondere eine objektive, vollständige und sachgetreue Dokumentation der Beweisergebnisse aus der Ermittlung. All dies wird gerade dann, wenn (noch) kein Verfahren anhängig oder bekannt ist und die Verdachtsgründe den Strafverfolgungsbehörden voraussichtlich auch nicht zwingend bekannt werden müssen, nicht immer im (gefühlten) Interesse des Unternehmens liegen.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überraschen, dass in Italien nicht selten auch – vergleichbar dem deutschen Muster – Verdacht bezogene unternehmensinterne Untersuchungen durchgeführt werden, die nicht als Verteidigungsermittlungen im Sinne des Art. 327-bis CPP angelegt sind, d. h. für die kein formalisiertes (präventives) Verteidigungsmandat (siehe oben) erteilt wird und die unter bloßer Ausschöpfung der privatrechtlichen Befugnisse des Unternehmens (auch hier meist federführend durch einen bevollmächtigten externen Anwalt) durchgeführt werden.⁷³ Bezüglich solcher internen Untersuchungen ist jedoch unstrittig, dass für den

⁶⁹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 675.

⁷⁰ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 675.

⁷¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 675.

⁷² Corte di Cassazione, *Procedura Penale e Giustizia* 2013, Nr. 4, S. 72 mit Anm. P. Laviani; Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 676.

⁷³ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

Fall, dass kein formalisiertes Verteidigungsmandat im Sinne des Art. 391-nonies CPP erteilt ist, die Beweisresultate der unternehmensinternen Untersuchung – auch wenn sie zu Verteidigungszwecken erhoben wurden – voll den Beweiserhebungsrechten und den Beweisverwertungsbefugnissen der Strafjustiz unterliegen. Es besteht insofern lediglich ein Aussageverweigerungsrecht der Organe des Unternehmens im unternehmensbezogenen Strafverfahren.⁷⁴ Sowohl vor als auch nach der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen das Unternehmen (oder auch gegen dessen Leitungspersonen) entstandene Interviewprotokolle, Berichte oder Informationen sonstiger Art im Gewahrsam des Unternehmens, selbstverständlich auch Berichte etc. der internen Revision und der Compliance-Beauftragten, sind den Strafverfolgungsbehörden herauszugeben bzw. können durch diese zu Beweis Zwecken beschlagnahmt werden.⁷⁵

Dies gilt – wie oben schon angedeutet – gerade nicht für die Beweisergebnisse der (auch präventiven) Ermittlungen eines gemäß Art. 391-nonies CPP bevollmächtigten Verteidigers. Diese Beweis Resultate profitieren (vorbehaltlich ihrer Vorlage im Rahmen des Verfahrens, siehe oben) von einem umfassenden Geheimnisschutz und einer realen Immunität nach den Vorschriften des CPP. Der Unternehmensverteidiger kann nicht verpflichtet werden, Zeugenaussagen zum Gegenstand seines Mandats zu machen (Art. 200 CPP) und er ist gegenüber Durchsuchungen, Beschlagnahmen, TKÜ außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 1 CPP – Beteiligungsverdacht oder Erhebung unmittelbarer materieller Spuren einer Straftat bzw. eines corpus delicti bzw. einer gesuchten Person – immun; alle Ermittlungsmaßnahmen sind verboten und ihre Ergebnisse mit einem umfassenden Verwendungsverbot belegt (Art. 103 Abs. 7 CPP).⁷⁶ Auch zur Herausgabe von Akten, Urkunden, Daten, Informationen oder andere Gegenstände, die nach der Erklärung des Verteidigers zum Gegenstand seiner Berufsausübung gehören, ist der Verteidiger nicht verpflichtet (Art. 256 CPP).

Vor diesem Hintergrund bietet der Regelungskomplex zu den Ermittlungen des Verteidigers (Art. 327-bis, 391-bis fortfolgende CPP) dem anwaltlichen Unternehmensvertreter jedenfalls in solchen Fällen, in denen ein Ermittlungsverfahren bereits läuft oder unmittelbar bzw. jedenfalls wahrscheinlich bevorsteht (aber über eine volle Kooperation des Unternehmens noch nicht entschieden ist) eine effektive Möglichkeit zur geschützten Sachverhaltsaufklärung für die Zwecke der Verteidigung. Auf der anderen Seite dürfte ein anwaltlicher Unternehmensvertreter in solchen Fällen, bei denen Verdachtsfälle voraussichtlich nicht unbedingt zu einem Strafverfahren bzw. Anerkenntnis der Strafverfolgungsbehörden führen werden bzw. sollen, mitunter geneigt sein, eine unternehmensinterne Untersuchung ohne Mandatierung als Verteidiger und ohne Nutzung der Befugnisse der hier erläuterten Normen durchzuführen. Aus diesen, aber auch aus anderen Gründen erfolgt dies insbesondere auch im Zusammenhang mit steuerlich motivierten Untersuchungen zum Zwecke der Nacherklärung. In diesem Zusammenhang ist es oft sinnvoll, wenn eine zur Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen nötige forensische Untersuchung gerade nicht dem Schutz der Art. 391-bis ff. CPP unterliegt, da diese dann im Falle der Offenlegung und Kooperation regelmäßig ein höheres Maß an Glaubwürdigkeit für sich beanspruchen kann.⁷⁷

Das italienische Recht gewährt somit dem anwaltlichen Unternehmensvertreter ein begründenswertes Wahlrecht hinsichtlich des Rechtsrahmens für die Durchführung einer verdachtsabhängigen unternehmensinternen Untersuchung. Die Vorzugswürdigkeit einer der beiden Rechtsregime kann (siehe oben) nur für den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände und der Interessenlage des Unternehmens bestimmt werden.

⁷⁴ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

⁷⁵ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

⁷⁶ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

⁷⁷ Schon weil ansonsten der Sachverständige Hilfsperson des Verteidigers und insofern weisungsunterworfen wäre.

Länderbericht Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M, Rechtsanwaltsanwältin Mag. Katharina Satish, alle Wien

Die Absprache (Plea Bargaining) aus österreichischer Sicht und WisteV Länderbericht Österreich: aus der aktuellen Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht

I. Plea Bargaining

(gekürzt, Original in englischer Sprache: Vortrag Mag. Katrin Ehrbar, ECBA Spring Conference Oslo 2018)

1. Einführung

Das Phänomen der Absprache hat einige Bezeichnungen, wie zB „Verständigung“, „Deal“ oder „plea bargaining“.¹ Es geht dabei um Vereinbarungen zwischen den Verfahrensbeteiligten, also dem Gericht bzw der Staatsanwaltschaft einerseits und der Verteidigung andererseits. Ähnlich einem Vertrag werden dabei typischerweise Leistungen und Gegenleistungen ausgetauscht.

In Österreich gibt es keine gesetzliche Regelung, die verfahrensbeendende Absprachen explizit für unzulässig erklärt. Tatsächlich finden Urteilsabsprachen in der österreichischen Rechtsordnung überhaupt keine Erwähnung.

Der OGH lehnt Urteilsabsprachen als unzulässig ab, da sie dem Gebot der materiellen Wahrheitsfindung widerstreiten.

Darüber hinaus verletzen Absprachen, die die Schuld und die Strafe betreffen noch weitere wesentliche Grundsätze der österreichischen Strafprozessordnung, wie das Amtswegigkeitsprinzip, das Legalitätsprinzip, das Prinzip der Öffentlichkeit und Mündlichkeit, sowie jenes der Unschuldsvermutung.

Die österreichische StPO kennt allerdings Instrumente, die im Folgenden als Absprachen bezeichnet werden, die die Einstellung des Verfahrens betreffen. Dazu zählen vor allem die Diversion (§§ 198 ff StPO), die große Kronzeugenregelung (§ 209a StPO), die Einstellung bei mehreren Straftaten (§ 192 StPO), das Mandatsverfahren (§ 491 StPO) sowie das Verfolgungsermessen der Staatsanwaltschaft im Bereich der Verbandsverantwortlichkeit (§ 18 VbVG). Alle diese Instrumente bewirken eine starke Verkürzung des Strafverfahrens durch Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und sind, wenn ihre tatbestandsmäßigen Voraussetzungen gegeben sind, zulässig.

Eine explizite Regelung für verfahrensbeendende Absprachen zu schaffen, die die Schuld und Strafe betreffen steht in Österreich schon lange zur Diskussion. Sollte sich der österreichische Gesetzgeber für eine gesetzliche Regelung entscheiden, so gilt es ein Gleichgewicht zu schaffen zwischen allen Verfahrensbeteiligten, das sowohl dem Prinzip der Transparenz und Öffentlichkeit gerecht wird, als auch einer allfälligen Missbrauchsgefahr entgegenwirkt. Um den Verdacht der unzulässigen „Heimlichtuerei“ oder der Kabinettsjustiz zu beseitigen, müssen die Verständigung und besonders das Ergebnis einer Absprache transparent sein, indem die Absprache spätestens in der Hauptverhandlung öffentlich gemacht wird. Weiters hat der Angeklagte vom Richter über die Konsequenzen und die Reichweite der Verständigung belehrt zu werden. Der Angeklagte darf niemals zum Abschluss einer Vereinbarung verpflichtet werden und darf nicht benachteiligt werden, falls er eine solche Vereinbarung ablehnt.

¹ BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 402.

Böckemühl/Kier sprechen sich in ihrem „Plädoyer gegen die Kodifizierung einer ‚StPO light‘ in Österreich“ gegen eine gesetzliche Regelung hinsichtlich Prozessabsprachen aus. Der Druck auf den Beschuldigten/Angeklagten könne nämlich nicht nur durch Staatsanwaltschaft und Gericht, sondern auch durch seinen eigenen Verteidiger entstehen. Denn das Erzielen eines guten Deals werde – und daran könne auch das beste Gesetz wenig ändern – von den persönlichen Beziehungen des Verteidigers mit der Staatsanwaltschaft bzw dem Gericht abhängen².

Darauf erwidert Stuefer, dass gerade der rechtsfreie Raum Platz für solche Schulterschlüsse gibt, daher wäre es sinnvoll eine gesetzliche Regelung einzuführen, die gleiche Bedingungen für alle Angeklagten schaffen würde und Beziehungen nicht mehr der ausschlaggebende Punkt wäre.³

Für Böckemühl/Kier bestünde darüber hinaus die Gefahr, dass es zu einem weiteren Auseinanderklaffen zwischen Geständigen und Nichtgeständigen kommt. Schließlich sei erkennbar, dass das Aufweichen des Primats des ordentlichen Beweisverfahrens die Gefahr in sich birgt, dass derjenige Angeklagte, der auf der Durchführung desselben besteht, weit stärker bestraft werden könne als derjenige, der sich sofort dem staatsanwaltschaftlichen/richterlichen Druck unterwirft. Damit würde die Strafe des Angeklagten, der seine Unschuld (letztlich erfolglos) unter Beweis stellen möchte, eine ungerechte im Verhältnis zum Dealenden⁴.

Allerdings sei erwähnt, dass auch nach geführtem Beweisverfahren aufgrund des Milderungsgrundes gemäß § 34 Abs 2 StGB, der bei anwachsender Verfahrensdauer oder aufgrund anderer Tatsachen zur Anwendung kommt, die Strafe niedriger ausfallen kann und somit der Druck zur Verständigung zum Nachteil des Angeklagten gereicht.⁵

Einen weiteren Kritikpunkt sehen Böckemühl/Kier in der „Klassenjustiz“. Bei besonders komplizierten Wirtschaftsstrafverfahren können sich die Angeklagten meist mehrere Verteidiger leisten und so das Verfahren in die Länge ziehen sowie den Milderungsgrund letztlich „erwirtschaften“. Ihr Geständnis und ihr Beweisverfahrensverzicht ist daher viel wertvoller als bei Angeklagten mit weniger komplizierten Sachverhalten und führt daher zu einer, einer „Klassenjustiz“ nahekommenden, Strafreduktion. Gäbe es folglich für Arme und Reiche keine Möglichkeit des Beweisverfahrensverzichts, sei das Ergebnis weitaus gerechter.⁶

Weiters ist für Böckemühl/Kier der Gedanke unerfindlich, dass gerade Staatsanwälte und Richter, eben jene Berufsgruppe, die aus ihrem Selbstbildnis heraus das Kontrahieren des Staates mit mutmaßlichen Rechtsbrechern ablehnt, dazu verpflichtet werden sollten.⁷

Dies entspricht auch der Rechtsmeinung des OGH, der sich in einem obiter dictum in der Entscheidung zu 11 Os 77/04 ganz klar gegen Absprachen ausgesprochen hat: „Derartige ‚Absprache‘ – die sich bereits vom Ansatz her mit den auf eine mögliche Diversion gerichteten, gesetzlich determinierten Verfahrensschritten nicht vergleichen lässt – ist schon wegen des ersichtlichen Verstoßes gegen § 202 erster und zweiter Fall StPO, vor allem aber wegen des eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechtes, namentlich jenem zur – ein Kontrahieren des Gerichtes mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden – Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen und kann die Beteiligten disziplinar (§ 57 RDG) und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (§ 302 StGB) aussetzen“.

In einer weiteren Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2010 wiederholt dieser die Unzulässigkeit von Prozessabsprachen und führt ferner aus: „Eine vom Richter eingehaltene Prozessabsprache dieser Art – die mit dem System des liberalen Strafprozesses auch deshalb nicht vereinbar ist, weil sie sich auch im Fall von Rechtsprechung oder Gesetzgeber verlangter Dokumentation einer Kontrolle entzieht – stellt demnach einen Wiederaufnahmegrund dar (§ 353 Z 1 StPO).“⁸ Der OGH macht in diesem Urteil ua auf die Problematik der Nichteinhaltung von Absprachen durch den Angeklagten aufmerksam: Entscheidet sich der Angeklagte trotz Absprache zwischen Verteidiger und Gericht dagegen ein Geständnis abzulegen, hätte der Angeklagte

² BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 402.

³ STUEFER, Alexia, Zerstört der Deal das Recht?, in: JSt 2013, S. 245, 246.

⁴ dies sieht übrigens auch SOYER, Richard, in Wahrheit über den Strafprozess 87 (88) so, der daraus allerdings den gegenteiligen Schluss einer notwendigen Implementierung zieht.

⁵ BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 412.

⁶ BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 412, 413.

⁷ BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 413.

⁸ 13 Os 1/10m

nämlich kaum Sicherheit und Rechtsschutz. Der OGH stellt daher klar, dass die Absprache daher einen Wiederaufnahmegrund darstellt, wenn dargetan werden kann, dass eine Verurteilung durch Bestechung oder eine sonstige Straftat einer dritten Person (hier der Vorsitzende) veranlasst worden ist.

„Die erste und zentralste Voraussetzung zur Abschaffung des Absprachewesens ist somit eine konkret nachvollziehbare Strafbemessung einer – gegenüber der ersten Instanz – inhaltlich kritischen Rechtsmittelinstantz. Bekommen die Verteidiger den Eindruck, dass die Rechtsmittelinstanzen ohnehin sämtliche Strafaussprüche der ersten Instanz „halten“ bzw. maximal im Zuge einer Strafberufung der Staatsanwaltschaft die Strafe hinaufsetzen, so entsteht daraus der Drang, alles in erster Instanz klarzumachen.“⁹

Denn wenn es zu einer ergiebigen Praxis kommt und dadurch festgehalten werden kann, welcher zahlenmäßige Wert einem Geständnis nachvollziehbar zukommt, dann kann der Verteidiger seinem Mandanten konkret sagen, was sein Geständnis in diesem Fall wert sein wird und muss nicht zu einer Verständigung greifen.¹⁰

Medigovic hingegen vertritt die Auffassung, mit der rechtlichen Bewältigung des Absprachenproblems sei sich deshalb auseinanderzusetzen, weil „eine völlige Unterbindung angesichts der Realität des Faktischen und mangelnder Kontrollmöglichkeiten kaum erzielbar sei“ und man deshalb Dinge, die sich nicht vermeiden ließen in rechtliche Bahnen kanalisieren müsse.¹¹

Stuefer meint, dass für die ablehnende Haltung (gegen eine gesetzliche Regelung von Absprachen) „noch nicht (zur Gänze) aufgearbeitete historische Prägungen durch absolutistische und diktatorische Staatsformen mit den jeweiligen inquisitorisch, repressiv ausgestalteten Verfahrensordnungen eine Rolle“ spielen könnten.¹² Weiters betont sie, dass durch dieses rechtliche Instrumentarium Verständigungen fair und transparent geführt werden könnten, und sich der Angeklagte als gleichwertiges Prozesssubjekt sehen könne.¹³

Unabhängig von Meinungen der Kollegen und der Rechtsprechung ist zur gesetzlichen Implementierung festzuhalten, dass durch Absprachen gegenwärtig grundsätzliche Prinzipien des österreichischen Strafprozessrechts verletzt werden:

a) Prinzip der materiellen Wahrheit

Im Strafverfahren herrscht das Prinzip der materiellen Wahrheit: Es soll das wirklich Geschehene festgestellt werden. Das Gericht hat unabhängig von den Parteien den Sachverhalt zu ermitteln. Einem Urteil, das auf einer Absprache beruht wird regelmäßig ein unzulänglich aufgeklärter Sachverhalt zugrunde liegen.

b) Legalitätsprinzip und Amtswegigkeit

Bei Officialdelikten muss der Staatsanwalt gemäß § 2 StPO, die zu seiner Kenntnis gelangten Delikte von Amts wegen verfolgen und das Strafverfahren einleiten, wenn eine Verurteilung zu erwarten ist. Dieses strafprozessuale Legalitätsprinzip ist einfachgesetzlich geregelt und darf nicht mit dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip gemäß Art 18 der österreichischen Bundesverfassung (B-VG) verwechselt werden. Das strafprozessuale Legalitätsprinzip stellt für den Staatsanwalt und die vorgesetzte Behörde keinen Ermessensspielraum zur Verfügung. Sie sind jeweils verpflichtet Sachverhalte amtswegig aufzuklären. Aus prozessökonomischen Erwägungen auf eine vollständige Sachverhaltsermittlung zu verzichten, da eine Absprache getroffen wurde, untergräbt daher das Legalitätsprinzip schon in seinen Grundzügen.

Die einzige Ausnahme dieses Grundsatzes bilden die Privatanklagedelikte. Hier ist der berechtigte Ankläger in seiner Entscheidung frei. Er genießt daher die volle Sachdisposition in Bezug auf die Anklageerhebung. Einzige Einschränkung erfährt der Privatankläger durch Verjährung iSd § 55 StGB. Absprachen sind daher bei Privatanklagedelikten grundsätzlich zulässig.

⁹ BÖCKEMÜHL/ KIER 2010, S. 414.

¹⁰ BÖCKEMÜHL/ KIER 2010, S. 414.

¹¹ MEDIGOVIC, Ursula, Bemerkungen zu verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess, in: Richard, SOYER, Strafverteidigung – Ringen um Fairness, 3. Österreichischer StrafverteidigerInnenstag Wien, 11./12. März 2005, 126.

¹² STUEFER, Alexia, Zerstört der Deal das Recht?, in: JSt 2013, S. 246, 247.

¹³ STUEFER, Alexia, Zerstört der Deal das Recht?, in: JSt 2013, S. 247.

c) Unschuldsvermutung

Wenn im Zuge der Tatsachenfeststellung Zweifel begründet sind, ist gemäß dem Grundsatz „in dubio pro reo“ (§ 8 StPO) stets zugunsten des Angeklagten zu entscheiden. In diesem Fall ist der Angeklagte freizusprechen oder der für ihn günstigere Sachverhalt als erwiesen anzunehmen. Eine Absprache über einen nicht hinlänglich festgestellten oder feststellbaren Sachverhalt höhlt den Grundsatz der Unschuldsvermutung daher aus.

d) Grundsatz der Öffentlichkeit und Mündlichkeit

Grundsätzlich sind Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden Gericht öffentlich (Volksöffentlichkeit) und mündlich zu führen (Art 90 Abs 1 B-VG).

Gemäß dem Grundsatz der Mündlichkeit (§ 12 Abs 1 StPO) und dem Prinzip der Unmittelbarkeit (§§ 13, 258 StPO) darf der Richter sein Urteil nur auf das stützen, was in der Hauptverhandlung festgehalten wurde.

Prozessabsprachen kommen allerdings üblicherweise außerhalb der Hauptverhandlung zustande und werden aufgrund ihrer Unzulässigkeit in der Hauptverhandlung nicht erwähnt. Dadurch ist der Grundsatz der Mündlichkeit und jener der Öffentlichkeit verletzt¹⁴.

Es sei erwähnt, dass im Finanzstrafrecht die Möglichkeit besteht gemäß § 125 Abs 3 FinStrG auf die mündliche Verhandlung zu verzichten. Dies wird von den Nebenbeteiligten und dem Beschuldigten vereinbart.

e) Weitere Verstöße gegen materiell-rechtliche Bestimmungen durch Absprachen

Grundlage der Strafbemessung ist nicht die Absprache, sondern die Schuld des Täters (§ 32 StGB). In § 34 StGB sind die zu berücksichtigenden Milderungsgründe normiert. In Ziffer 17 findet sich als gravierendster Milderungsgrund die Ablegung eines reumütigen Geständnisses und der wesentliche Beitrag zur Wahrheitsfindung durch die Aussage des Täters. Ein Geständnis, das im Rahmen einer Absprache aus prozesstaktischen Gründen abgegeben wird, ist nicht aus innerer Bewegung entstanden und kann folglich nicht reumütig sein. Zu beachten ist jedoch, dass ein so geschaffener Milderungsgrund mit den Erschwerungsgründen (§ 33 StGB) abzuwägen ist und zu keiner „sachwidrigen Überbewertung des Geständnisses“ führen darf. Die Strafe darf nicht unverhältnismäßig milde im Vergleich zur Tatschuld ausfallen.

Gemäß § 164 Abs 4 StPO sind Versprechungen, Vorspiegelungen, Drohungen und der Einsatz von Zwangsmitteln verboten, um den Angeklagten zu einem Geständnis oder anderen bestimmten Angaben zu bewegen. Sie sind somit unzulässig, wenn sie sich auf einen verbotenen und gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil beziehen. Es liegt daher ein Verstoß vor, wenn eine bestimmte Strafe vor Abwägung mit den übrigen Strafzumessungsgründen versprochen worden ist.¹⁵

2. Zulässige Absprachen

Zulässig sind **Absprachen, die die Einstellung des Verfahrens betreffen**. Dies sind solche, die sich im Bereich der Einstellung nach § 192 Abs 1 Z 1 StPO bei mehreren Straftaten, der diversionellen Erledigung gemäß §§ 198, 200-209 StPO, der Kronzeugenregelung gemäß § 209a StPO sowie des kürzlich wieder eingeführten Mandatsverfahren gemäß § 491 StPO abspielen.

Diversion ist als alternative Beendigungsmöglichkeit eines Strafverfahrens im Bereich der leichten und mittelschweren Kriminalität zu verstehen, die, bei hinreichend geklärtem Sachverhalt, durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht einzuleiten ist.

In § 198 Abs 1 StPO ist die Diversion wie folgt definiert: „Die Staatsanwaltschaft hat von der Verfolgung einer Straftat zurückzutreten, wenn aufgrund hinreichend geklärten Sachverhalts feststeht, dass eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 190 bis 192 StPO nicht in Betracht kommt, eine Bestrafung jedoch nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken“. Das Gesetz bietet vier Alternativen an: Die Zahlung eines Geldbetrags

¹⁴ Im Privatanklageverfahren wird der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht verletzt, wenn die Parteien den Ausschluss übereinstimmend beantragen.

¹⁵ Tipold, Alexander, Absprachen im Strafprozess, in : Archivum Juridicum Cracoviense, Vol XXXI. XXXII, 1998-1999 (2000), S. 180.

ges (Z 1), die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (Z 2), die Bestimmung einer Probezeit, in Verbindung mit Bewährungshilfe (Z 3) und den Tausch (Z 4)¹⁶.

Für die große **Kronzeugenregelung** gemäß § 209a StPO ist ein mit dem Kronzeugen geschlossener Deal entscheidendes Kriterium: Als Gegenleistung für die Kooperationsbereitschaft eines Beschuldigten, die zur Verfolgung anderer Straftäter oder deren Ausforschung führt, unterbleibt die weitere Strafverfolgung und Sanktionierung des aussagewilligen Beschuldigten¹⁷. Das gegen ihn geführte Strafverfahren wird nach Erbringung von Leistungen eingestellt.

Das **Mandantsverfahren** gemäß § 491 StPO sieht vor, dass im Verfahren vor dem Bezirksgericht und vor dem Landesgericht als Einzelrichter das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Strafe durch schriftliche Strafverfügung ohne vorausgehende Hauptverhandlung festsetzen kann. Sofern alle in § 491 StPO taxativ aufgezählten Voraussetzungen vorliegen darf mit Strafverfügung nur eine Geldstrafe oder – soweit der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten ist – eine ein Jahr nicht übersteigende, gemäß § 43 Abs 1 StGB bedingt nachzusehende Freiheitsstrafe verhängt werden.

Im Zusammenhang mit Absprachen, die die Einstellung des Verfahrens betreffen ist auch § 35 des österreichischen Suchtmittelgesetzes (SMG) erwähnenswert. Der Staatsanwalt kann von der Verfolgung vorläufig zurücktreten, wenn der Angezeigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme (zum Beispiel Psychotherapie) bedarf (**Therapie statt Strafe**). Dies hängt allerdings davon ab, dass sich der Beschuldigte bereit erklärt, sich einer solchen Maßnahme zu unterziehen. Um diese Bereitschaft herauszufinden ist eine Verständigung zwischen Staatsanwalt und Angezeigtem notwendig.

All diese gesetzlich fixierten Rechtsinstitute bieten Raum für Absprachen und münden bei Bereitschaft des Beschuldigten in einem Verzicht auf eine Strafe.¹⁸ Solange sich diese Absprachen innerhalb der genannten Tatbestände bewegen sind sie als zulässig anzusehen.

Neben diesen verfahrensbeendenden Absprachen kommen **prozessleitende Absprachen** in Betracht. Dies sind solche Absprachen, die die Verfahrensdurchführung betreffen. Diese sind auf Beschleunigung des Verfahrens durch Verfahrensgestaltung gerichtet und sind im Gesetz ausdrücklich geregelt.¹⁹ Beispielsweise kann in diesem Zusammenhang der Verzicht auf die Vorbereitungszeit für die Hauptverhandlung gemäß § 221 Abs 2 StPO durch den Beschuldigten, erwähnt werden.²⁰ Weiters sind demonstrativ die Zustimmung des Beschuldigten zur Ausdehnung der Anklage auf eine neue Tat gemäß § 263 Abs 1 StPO, der Verzicht auf die Einvernahme eines Zeugen zu Gunsten einer Protokollverlesung gemäß § 252 Abs 1 Z 4 StPO, der Rechtsmittelverzicht oder die Zurücknahme eines Rechtsmittels zu nennen. Diese Form der Absprache ist zulässig und wirft weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung problematische Fragestellungen auf.

Stets zu beachten ist jedoch, dass diese Verständigungen nur solange zulässig sind, wie der Grundsatz der materiellen Wahrheit und das Legalitätsprinzip nicht durch den Grundsatz der Prozessökonomie unterlaufen werden.²¹

3. Richterliche Verantwortlichkeit

Ein Richter, der zu Urteilsabsprachen bereit ist verhält sich pflichtwidrig und somit disziplinar im Sinne des § 57 RDG.

Zusätzlich macht sich der Vorsitzende des Missbrauchs der Amtsgewalt gemäß § 302 StGB strafbar, wenn er die Absprache über Schuld und Strafe nur mehr vollzieht und somit seine Befugnisse mit dem Vorsatz, den Staat an seinem konkreten Recht auf Durchführung eines der Ermittlung der objektiven Wahrheit dienenden Strafverfahrens zu schädigen, missbraucht.²² Rich-

¹⁶ EHRBAR, Katrin, Diversion, in: LEXINEXIS360 Onlinekommentar.

¹⁷ SCHRÖLL in Fuchs/Ratz, WK StPO § 209a StPO Rz 1.

¹⁸ TIPOLD, Alexander, Absprachen im Strafprozess, in: Archivum Juridicum Cracoviense, Vol XXXI. XXXII, 1998-1999 (2000) S. 172, 173.

¹⁹ BIRKLBAUER, Alois, Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren: Umfang, Grenzen und die Folgen seiner Erledigung, Graz 2009.

²⁰ TIPOLD, Alexander, Absprachen im Strafprozess, in: Archivum Juridicum Cracoviense, Vol XXXI. XXXII, 1998-1999 (2000) S. 169.

²¹ BIRKLBAUER, Alois, Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren: Umfang, Grenzen und die Folgen seiner Erledigung, Graz 2009, S. 115.

²² RATZ, Eckart, Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-) Strafverfahren aus Sicht des Richters, in: Roman, LEITNER (Hrsg.), Finanzstrafrecht 1996-2002 (2006) S. 793.

ter sind Beamte im Sinne des § 302 Abs 1 StGB. Schöffen können sich auch des Amtsmissbrauchs strafbar machen, wenn sie an der Absprache mitgewirkt haben²³.

Tathandlungen sind die falsche „Belehrung“ (unter Verstoß gegen § 164 Abs 4 StPO) und/oder die anschließende Urteilsfällung. Das Tatbestandsmerkmal des Befugnismissbrauchs ist durch Außerachtlassung der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verurteilung gegeben. Beruht das Urteil nämlich auf einer Urteilsabsprache werden die vollständige Aufklärung des Sachverhaltes und die Vernehmung des Angeklagten regelmäßig fehlen.

Festzuhalten ist weiters, dass der Vorsitzende durch Urteilsabsprachen Amtsgeschäfte vornimmt, obwohl Umstände vorliegen, die ihre volle Unbefangenheit in Zweifel ziehen. Dies stellt einen weiteren Befugnismissbrauch dar²⁴.

Der Amtsmissbrauch erfordert jedoch Wissenslichkeit im Hinblick auf den Befugnismissbrauch. Der Richter muss wissen, dass sein Verhalten in unvertretbarerweise rechtswidrig ist. Dafür ist seine eigene Rechtsauffassung maßgeblich²⁵. Es ist daher stets zu prüfen, ob dem Vorsitzenden bewusst ist, dass es im jeweiligen Verfahren nicht mehr um die Ermittlung der Wahrheit, sondern um den Vollzug der Absprache geht. Ist dies der Fall, wird die Verurteilung grundsätzlich durch die Straftat eines Dritten veranlasst. Damit wird das Verfahren wiederaufnahmefähig im Sinne des § 353 Z 1 StPO.²⁶

II. Aus der aktuellen Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht

1. Abwesenheit eines Angeklagten

2018/198

§ 427 Abs 1 öStPO (§ 6 Abs 1 StPO)

OGH 6.12.2017, 13 Os 122/17s; EvBl 2018/63

Mitwirkung eines- nicht auch körperlich anwesenden- Angeklagten an der Hauptverhandlung im Weg seiner „Zuschaltung“ mittels technischer Einrichtungen zur Wort-Bildübertragung („Video-Konferenz“) sieht die öStPO nicht vor.

(Manfred Ainedter, AnwBl 09/2018)

2. Untreue

2018/195

§ 153 StGB (§ 15 StGB; 3281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO)

OGH 11.10.2017, 13 Os 55/17p; EvBl 2018/56

Die Judikatur zum „Vermögensnachteil“ iSd § 153 Abs 1 StGB idF vor BGBl 2015/112 ist auf das nunmehr normierte Tatbestandselement des „Vermögensschadens“ uneingeschränkt anwendbar. Bei missbräuchlichen Kreditvergaben stellt die Rechtsprechung für die Tatvollendung auf den Zeitpunkt des Entstehens der Kreditschuld ab. Dass sie ursprünglich (nicht nur den Vertragsabschluss, sondern) auch die Zuzählung der Kreditvaluta verlangte, resultiert daraus, dass vor dem Inkrafttreten des DaKRÄG BGBl I 2010/28 geschlossene Kreditverträge Realverträge waren, wogegen der Kreditvertrag (als Unterfall des Darlehensvertrages [§§ 983 ff ABGB]) nunmehr als Konsensualvertrag konzipiert ist. Der Ansatz, bei sogenannten Swap-Geschäften zur Beurteilung eines allfälligen Vermögensschadens den Ablauf der Vertragsdauer abzuwarten, geht daran vorbei, dass nachträgliche finanzielle Entwicklungen bei der Beurteilung des Schadenseintritts iSd § 153 StGB außer Betracht zu bleiben haben.

(Manfred Ainedter, AnwBl 09/2018)

3. Untreue ; Einwilligung ZWF 2018/41

§ 153 StGB

OGH 19.4.2018, 17 Os 15/17 k, 17 Os 23/18m; RIS-Justiz RS0132027

²³ VELTEN in Fuchs/Ratz, WK StPO Nach § 1, Rz 76.

²⁴ 17 Os 15/14f, EvBl 2014/122 (835).

²⁵ VELTEN in Fuchs/Ratz, WK StPO Nach § 1, Rz 78.

²⁶ RATZ, Eckart, Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-) Strafverfahren aus Sicht des Richters, in: Roman, LEITNER (Hrsg.), Finanzstrafrecht 1996-2002 (2006) S. 794.

Grundsätzlich schließt die (mangelfreie) Einwilligung des Machtgebers Befugnisfehlgebrauch (also einen Verstoß gegen „internes Dürfen“) des Machthabers aus. Ist der Machtgeber (wie hier) eine GmbH, kann (nicht anders als im Fall einer AG) das Einverständnis, um tatbestandsausschließend zu sein, von den Gesellschaftern (als Rechtsgutträgern) gegeben werden. Handelte es sich beim einzigen Gesellschafter um eine juristische Person, werden deren Gesellschafterrechte durch das nach außen vertretungsbefugte Organ wahrgenommen. Die Vermögensinteressen der wirtschaftlich Berechtigten hat (auch) der organschaftliche Vertreter der Alleingesellschafterin gegenüber den vertretungsbefugten Organen der Tochtergesellschaft wahrzunehmen. Wirken beide Vertretungsorgane (nämlich jene von Mutter- und Tochtergesellschaft) kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammen, entfaltet das Einverständnis des Vertreters der Alleingesellschafterin keine tatbestandsausschließende Wirkung.

4. Untreue; Weisung

ZWF 2018/25

§ 153 StGB

OGH 11.10.2017, 13 Os 55/17p; Ris-Justiz RS0131817

Lässt eine Handlungsanweisung des Machtgebers keinen Handlungsspielraum, ist in aller Regel jeder Verstoß gegen sie als unvertretbar iSd § 153 Abs 2 StGB zu werten.

5. Geldwäscherei; Begehungsweise

ZWF 2018/26

§ 165 Abs 1 StGB

OGH 13.3.2018, 11 Os 130/17b

Verbergen (§ 165 Abs 1 Fall 1 StGB) ist eine Tätigkeit, die das Auffinden eines deliktstauglichen Vermögenswertes durch den Verletzten, von ihm Beauftragte oder Strafverfolgungsorgane vereiteln oder erschweren soll. Physische Verbringung von Geldbeträgen (etwa über eine Staatsgrenze) ohne eine (devisenrechtlich gebotene) Offenlegung ihrer Herkunft kann ein Verbergen sein. Bloßes Beheben von Bargeld und Übergabe desselben an einen Dritten sind jedoch, wenn nicht besondere Begleitumstände hinzutreten, Vorgänge des gewöhnlichen Wirtschaftslebens und als solche per se noch kein Verbergen iSd § 165 Abs 1 StGB.

6. Verleumdung

2018/135

§ 297 Abs 1 StGB (§ 1 Abs 3, § 2 Abs 1 StPO)

OGH 4.7.2017, 14 Os 15/17p; EvBl 2018/21

Wird gegen eine bestimmte Person der substantiierte Vorwurf der Begehung einer mit (gerichtlicher) Strafe bedrohten Handlung gegenüber einer zur Strafverfolgung zuständigen (und verpflichteten) Behörde (deren Organ) geäußert, erlangt diese also Kenntnis von einem solchen Anfangsverdacht, ist die behördliche Verfolgung des Angeschuldigten als regelmäßige Folge zu erwarten. Bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation ist daher (rechtlich) –unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer Verfolgung kommt– grundsätzlich vom Bestehen einer solchen konkreten Gefahr auszugehen. Dies ist dann nicht anzunehmen, wenn die Verdächtigung bei gebotener Ex-ante-Betrachtung intersubjektiv derart unglaubwürdig (oder unsubstantiiert) erscheint, dass ausnahmsweise (mangels Anfangsverdachts) keine Verfolgung zu erwarten war.

(Manfred Ainedter, AnwBl 06/2018)

7. Beschwerdegegenstand einer Bewilligung ist Entscheidungszeitpunkt erster Instanz

2018/136

§ 105 StPO (§89 Abs 2 b StPO)

OGH 13.9.2017, 11 Os 78/17 f; EvBl –LS 2018/22

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bewilligung einer Durchsuchung durch das Beschwerdegericht hat sich auf den Zeitpunkt der Entscheidung durch das Erstgericht zu beziehen („ex-ante“-Perspektive). Nachträglich eingetretene oder bekanntgewordene Umstände, die aus späterer Sicht zur Annahme führen, es fehle an einer Durchsuchungsvoraussetzung, machen die seinerzeitige Entscheidung nicht rechtswidrig.

(Manfred Ainedter, AnwBl 06/2018)

8. Die Abzugsfähigkeit von Verteidigerkosten

ZWF 2018/3

Auf den Punkt gebracht (Zusammenfassung)

Maßgebliches Motiv der gesetzlichen Normierung des Abzugsverbots für Strafen und Geldbußen mit dem AbgÄG 2011 war die Gewährleistung des Pönalcharakters der Strafe, um Wertungswidersprüche zu vermeiden und die Einheit der Rechtsordnung zu wahren. Nach VwGH-Rechtsprechung erfordert es die Einheit der Rechtsordnung aber nicht, aufgrund des Pönalcharakters der Strafe auch den Abzug der Strafverteidigungskosten zu untersagen. Dieser Grundsatz gilt dem Gerichtshof zufolge sowohl für den Bereich des EStG als auch des KStG. Das objektive Nettoprinzip und die im österreichischen Recht anerkannte Wertefreiheit des Steuerrechts unterstützen eine Abzugsfähigkeit der Strafverteidigungskosten unabhängig von einem Verschulden des Steuerpflichtigen.

Der Verwaltungsgerichtshof erlaubte den Abzug der Verteidigungskosten bisher nur im Fall eines Freispruchs. In den beiden jüngsten Erkenntnissen zur Abzugsfähigkeit von Strafverteidigungskosten lässt der Verwaltungsgerichtshof – wie auch der HFH – nunmehr einen verschuldensunabhängigen Abzug als Werbungskosten oder Betriebsausgabe zu. Auf den Ausgang des Strafverfahrens stellt der Gerichtshof nicht mehr ab. Alleinige Voraussetzung der Abzugsfähigkeit – sowohl im Bereich des EStG als auch des KStG – ist nunmehr, dass der strafrechtliche Vorwurf, gegen den sich der Steuerpflichtige zur Wehr gesetzt hat, „ausschließlich aus seiner beruflichen (betrieblichen) Sphäre erklärbar und damit betrieblich veranlasst ist.“

Der Verwaltungsgerichtshof orientiert sich schon bei der Formulierung des für die Abzugsfähigkeit notwendigen Kausalzusammenhangs an der vom BFH verwendeten Wortwahl. Die Rechtsprechung des BFH zum für die Abzugsfähigkeit in Deutschland notwendigen „ausschließlich betrieblichen Zusammenhang“ wird dementsprechend in Zweifelsfragen wertvolle Anhaltspunkte für das genaue inhaltliche Verständnis dieses Kriteriums durch den Verwaltungsgerichtshof bieten.

(Thomas Pillichshammer/Desiree Auer, Artikel in Langform)

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Yannic Hübner, Frankfurt am Main

Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2018 am 19./20.1.2018 in Frankfurt am Main

Am 19. und 20. Januar 2018 fanden sich 180 Vertreterinnen und Vertreter¹ aus Wissenschaft und Praxis zur neunten Neujahrstagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) und der Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) in Frankfurt am Main zusammen. Unter dem Thema „Wissenschaft Wirtschaftsstrafrecht? oder: „Dazu habe ich keinen Fall!“ referierten neun Redner zur Bedeutung der Theorie für die Praxis des Wirtschaftsstrafrechts sowie zum Zusammenhang zwischen Gesetz und Entscheidung im materiellen Strafrecht und im Verfahrens-

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden auf die Nennung beider Geschlechtsformen, die stets gemeint sind, verzichtet.

recht. Im Rahmen der Podiumsdiskussion am ersten Veranstaltungsabend wurde den Teilnehmern zudem ein Einblick in die Streitkultur im deutschen Strafprozess gewährt.

Themenblock 1: Die Bedeutung der Theorie für die Praxis des Wirtschaftsstrafrechts unter Moderation von Rechtsanwalt Dr. Hanno Durth

Mit Rechtsanwalt Prof. Dr. *Franz Salditt* richtete zunächst ein Vertreter der wistra begrüßende Worte an die Teilnehmer und leitete die Tagung ein. Er stellte Dr. *Charlotte Schmitt-Leonardy* als neues Mitglied der wistra-Redaktion und OStAin Dr. *Martina Müller-Ehlen* als neue Mitherausgeberin vor und hob zum Veranstaltungsthema auf die Rolle juristischer Personen ab, welche als „good corporate citizens“ grundsätzlich in Konflikt mit dem Prinzip der Berechenbarkeit des Rechts stünden. Sodann übernahm Rechtsanwalt Dr. *Thomas Nuzinger* die Einführung ins Thema. Im ersten Themenblock – „Die Bedeutung der Theorie für die Praxis des Wirtschaftsstrafrechts“ – solle eine allgemeine Grundlage geschaffen werden, welche anschließend in den Blöcken 2 – Vom Gesetz zur Entscheidung I - Materielles Strafrecht – und 3 – Vom Gesetz zur Entscheidung II - Verfahrensrecht – überprüft werden könne. Insgesamt handele es sich um eine Veranstaltung, die zur Rückbesinnung auf den Wert fundierter wissenschaftlicher Arbeit im beruflichen Alltag anregen solle und damit von hoher praktischer Relevanz ebenso wie von fortwährender Aktualität geprägt sei.

Rechtsanwalt Dr. *Hanno Durth* übernahm im Anschluss die Moderation des ersten Themenblocks.

Den ersten Vortrag hielt Prof. Dr. *Peter Windel*, Bochum, mit der Fragestellung „Ist das rechtsdogmatische Zeitalter vorbei?“. Dabei widmete er sich zu Beginn einer Beschreibung von Dogmatik und grenzte diese vom (pejorativen) Dogmatismus ab. Deutsche Rechtsdogmatik sei geprägt von praktischen Ansätzen und Bedürfnissen, welche der Referent historisch auf das Nichtvorhandensein eines Nationalstaats und eines Höchstgerichts bis zur Reichsgründung 1871 zurückführte. Unter Zusammenwirkung von Rechtswissenschaft und -praxis sei die Rechtsdogmatik als Instrument in dieses Vakuum gestoßen und habe seine Bedeutung als überprüfbare Basis zur Weiterentwicklung des Rechts, dem die Dogmatik verpflichtet sei, bis heute nicht verloren. Rechtsdogmatik verheiße Rechtsentfaltung, Systementwicklung, Entlastung, Erleichterung und Selbstreflexion. Der Referent setzte sich schließlich mit geäußelter Kritik gegenüber Rechtsdogmatik auseinander und warf selbst einen kritischen Blick auf ihre gegenwärtigen Entwicklungen. Hierbei wies er insbesondere auf internationale Anforderungen und die Aufspaltung in Teilrechtsdogmatiken hin. Um das rechtsdogmatische Zeitalter zu retten, stellte *Windel* resümierend heraus, müsse von weiteren Ausdifferenzierungen abgesehen werden und stattdessen eine Rückführung durch Dogmatik stattfinden. In der anschließenden Diskussion richtete *Durth* die Aufmerksamkeit nochmals auf die historische Entwicklung der deutschen Rechtsdogmatik und erarbeitete gemeinsam mit *Windel* (als ausgewiesenem Zivilrechtler) die unterschiedlichen Einflüsse des Strafrechts und des Zivilrechts. *Nuzinger* sensibilisierte zudem für Besonderheiten des Steuer- und des Sozialrechts als Primärrechtsordnungen für das Strafrecht.

Sodann referierte Prof. Dr. *Nina Nestler*, Bayreuth, zum Thema „Der Wille des ‚historischen Gesetzgebers‘: Bedeutung der historischen Auslegung in der Rechtsprechung“. Sie gab einen Überblick über die Auslegungsmethoden und zeigte exemplarisch auf, inwiefern die Rechtsprechung sich dieser bediene.² Zur Erörterung der historischen Auslegung nahm *Nestler* dann Rekurs auf das Bank- und Kapitalmarktstrafrecht. Sie entwickelte die These, dass die Notwendigkeit historischer Auslegung umso größer sei, je unübersichtlicher, unsauberer oder „falscher“ die Konstruktion eines Gesetzes ausfalle. Leiden derartige Gesetze zudem an einer schlechten bis nicht vorhandenen Begründung, so stellten sich beim Rückgriff auf den Willen des historischen Gesetzgebers zusätzliche Probleme. Bei der Auswertung von Gesetzesmaterialien bestehe ein Bedürfnis nach Methodik, wobei *Nestler* eine Übertragung der hergebrachten Dogmatik in den Raum stellte. Ministerialdirigent Dr. *Matthias Korte* wies in seiner Anmerkung darauf hin, dass der „Wille des Gesetzgebers“ nicht mit dem Inhalt von Bundestagsdrucksachen gleichgesetzt werden könne. In der weiteren Diskussion wurde auf den Streit zwischen subjektiv- und objektiv-teleologischer Auslegungsmethode – für die sich *Nestler* ausgesprochen hatte – sowie auf Kollisionsregeln bei der Gesetzesauslegung eingegangen.

² BGH NJW 2009, 1091 führte sie etwa als Beispiel einer gründlichen Anwendung der Auslegungsmethoden an.

Prof. Dr. *Burkhard Schäfer*, Edinburgh, gewährte den Teilnehmern im letzten Vortrag des Tages – „‘Leading cases’ und Auslegung und Analyse von Rechtsprechung“ – interessante Einblicke in das von der Europäischen Kommission finanzierte Projekt FF POIROT (Financial Fraud: Prevention Oriented Information Resources using Ontology Technology), das sich mit der Verwendung von Computertechnologien zur Verfolgung von Finanzbetrug innerhalb der EU beschäftigt. Zentraler Bestandteil des Projekts sei die Entwicklung von Ontologien, welche einerseits die computertechnische Erfassung betrugsrelevanter Sachverhalte und andererseits eine einheitliche rechtliche Bewertung innerhalb der EU ermöglichen sollten. Dabei komme es darauf an, Wirklichkeiten präzise zu beschreiben, die sodann Rückschlüsse auf eine rechtliche Beurteilung erlauben, was jedoch verschiedene Probleme mit sich bringe. So stelle sich etwa die theoretische Frage, ob sich juristische Kernfragen und -antworten aus unterschiedlichen Rechtssystemen wie dem Common und dem Civil Law überhaupt als gleiche Objekte erfassen lassen; zudem bestehe bei abstrakten Beschreibungen – gerade im Wirtschaftsstrafrecht – stets die Gefahr juristischer Prädeterminiertheit; auch ließen sich rechtliche Fiktionen, etwa eine ex-tunc Wirkung, kaum auf Ontologien übertragen. Praktisch sei ferner zu bedenken, dass fortan anstelle von Juristen die Programmierer einen ersten entscheidenden Einfluss auf die Fallbearbeitung nehmen könnten. Nach Ausführungen zum algorithmusbasierten „Machine Learning“ schloss *Schäfer* seinen Vortrag mit dem Appell, dass der Einfluss juristischer dogmatischer Ideen gesichert werden müsse. Auf Nachfrage von *Nuzinger* sagte *Schäfer*, dass er nicht glaube, Gerichte könnten perspektivisch durch die technologische Entwicklung entbehrlich werden. Auch Rechtsanwalt Dr. *André Szesny* tat seine Bedenken mit Blick auf den „Faktor Mensch“ bei der juristischen Aufarbeitung mithilfe von Algorithmen kund.

Nach dem Abendessen fanden sich die Teilnehmer zur Podiumsdiskussion zusammen, die in diesem Jahr die Streitkultur im deutschen Strafprozess zum Gegenstand hatte. *Salditt*, der die Moderation übernahm, OStA a.D. Dr. *Hans Richter* und der Vorsitzende des Deutschen Richterbunds *Jens Gnisa* führten einen von Offenheit und gegenseitigem Interesse geprägten Dialog, in dem sie zunächst auf die Haltung der Prozessbeteiligten bei Beweisanträgen eingingen. Während *Richter* dabei unterstrich, dass gerade in Wirtschaftsstrafverfahren der Respekt von Staatsanwaltschaft und Verteidigung vor der jeweils anderen Aufgabe die Streitkultur präge, beschrieb *Gnisa* die Beweisanträge zu verfahrensfremden Zwecken als Problem. Die Diskussion führte dann zur generalistischen Ausrichtung der deutschen Justiz, die notwendige Wechsel, selbst zwischen den Rechtsgebieten, zur Beförderung voraussetze. *Salditt* kritisierte insofern die persönliche und räumliche Nähe zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht, *Gnisa* und *Richter* machten im Vergleich zur Anwaltschaft auf die verbesserungswürdige Spezialisierung der Justiz aufmerksam. Über die neu eingeführte Möglichkeit eines „Opening Statements“ der Verteidigung (§ 243 Abs. 5 S. 2, 3 StPO) kamen die Diskutanten anschließend auf die Rolle der Schöffen und der beisitzenden Richter zu sprechen. Schließlich fand die Diskussion in § 257b StPO und der von *Salditt* kritisierten Gefahr einer „Sanktionsschere“, welcher *Richter* ein individuelles Problem mangelnder Professionalität entgegenhielt, ihren streitigen Schlusspunkt.

Themenblock 2: Vom Gesetz zur Entscheidung I – materielles Strafrecht unter Moderation von Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl

Der zweite Themenblock am Samstagvormittag stand unter dem Thema „Vom Gesetz zur Entscheidung I – materielles Strafrecht“ und wurde von Rechtsanwalt Dr. *Markus Rübenstahl* moderiert.

Die Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV Ministerialdirektorin *Marie Luise Graf-Schlicker* bereitete mit ihrem Referat zu „Schwierigkeiten des Gesetzgebers bei der Fassung neuer Normen, Schwierigkeiten des Praktikers bei der Anwendung neuer Gesetze (anhand praktischer Beispiele)“ den allgemein gehaltenen Einstieg. Nach einem Überblick über den Ablauf eines Gesetzgebungsverfahrens berichtete sie den Teilnehmern von der täglichen Arbeit nationaler Gesetzgebung und den damit verbundenen Problemen. Sie erläuterte verschiedene Anlässe für gesetzgeberisches Tätigwerden, die insbesondere im Strafrecht zuweilen in medienwirksamen tatsächlichen Ereignissen lägen, wie aber das Beispiel der Vorratsdatenspeicherung zeige, auch von BVerfG und EGMR beeinflusst sein könnten. Ferner berichtete die Referentin vom kaum beachteten Einfluss des Normenkontrollrats und der Sprachprüfung im Rahmen der Facharbeit. Kritische Auseinandersetzungen innerhalb der Länderkammern des Bundesrats und der Vermittlungsausschüsse – die auch bei Einspruchsgesetzen heftig ausfallen könnten – waren weitere Gegenstände ihres Vortrags. Auf Nachfrage von *Rübenstahl* ging *Graf-Schlicker* sodann am Beispiel der Prozesskostenhilfe im Strafverfahren auf Besonderheiten bei heteronomen Gesetzge-

bungsprozessen ein, wobei sie die frühzeitigen Einflussmöglichkeiten der Nationalstaaten betonte. Mögliche Konkurrenzprobleme wurden im Weiteren von Ministerialrat a.D. Dr. *Manfred Möhrenschlager, Rübenstahl* und Prof. Dr. *Robert Esser*, Passau, aufgeworfen.

Es folgte der Vortrag von Prof. Dr. *Frank Peter Schuster*, Würzburg, „Zur Anknüpfung des Strafrechts an außerstrafrechtliche Normen. Praktische Fragestellungen am Beispiel des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts“. Zu Beginn wies der Referent auf § 262 Abs. 1 StPO hin, der grundsätzlich die Unabhängigkeit des Strafgerichts von anderen Fachgerichten und deren Rechtsansichten statuiert. Knüpfte Straftatbestände jedoch an außerstrafrechtliche Normen an, so ergäben sich vier Hauptproblemfelder: Erstens könne das Gesetzlichkeitsprinzip gem. Art. 103 Abs. 2 GG unterlaufen werden; zweitens sei fraglich, inwiefern § 2 Abs. 3, 4 StGB bei tätergünstigen Änderungen der außerstrafrechtlichen Bezugsnormen zur Anwendung komme; drittens gestalte sich die Abgrenzung des Tatbestands- vom Verbotsirrtum (§ 17 StGB) als problematisch; und viertens stelle sich die Frage, ob Verweisungen auf supranationale, ausländische und privat gesetzte Normen zulässig sein könnten. Zur Lösung all dieser Fragestellungen stellte *Schuster* entscheidend auf die Differenzierung zwischen Blankettverweisungen und rechtsnormativen Tatbestandsmerkmalen ab. Eine Sonderproblematik allerdings liege im Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO). Dessen pauschale Bezeichnung als „Blankettstrafrecht“ durch die Rspr. sei irreführend, da der verkürzte Steueranspruch als solcher und die steuerliche Erheblichkeit rechtsnormative Tatbestandsmerkmale darstellten und lediglich die Unterlassungsvariante des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO Blankettcharakter aufweisen könne. Mit dieser Binnenunterscheidung sei im Rahmen der Irrtumsproblematik der Steueranspruchstheorie zu folgen, mit der Konsequenz, dass ohne Hinterziehungsvorsatz handle, wer über das Bestehen des in § 370 AO vorausgesetzten Steueranspruchs oder die Berechtigung zum (Vor-)Steuerabzug irre.

Der Vortrag von OStA *Kai Sackreuther* knüpfte inhaltlich an die von *Schuster* aufgeworfenen Fragen an. Unter dem Titel „Vorsatzbegriff und Vorsatzfeststellung im Wirtschaftsstrafrecht: Was muss ein Unternehmer wissen? Was muss ein Unternehmer wollen?“ beschäftigte sich der Referent zunächst mit der Frage, ob im Wirtschaftsstrafrecht bei der Feststellung des bedingten Vorsatzes auf das voluntative Element verzichtet werden könnte. So fänden sich gerade im Steuerstrafrecht Entscheidungen, bei welchen dieses bei der Vorsatzfeststellung zurücktrete.³ Er entwickelte daran anknüpfend die These, dass das voluntative Element entbehrlich sei, wenn der tatbestandliche Erfolg einer Wahrscheinlichkeitsabwägung nicht zugänglich sei, der Erfolgseintritt also notwendige Folge der Tathandlung darstelle. Sodann befasste sich *Sackreuther* mit der von *Schuster* angesprochenen Irrtumsproblematik bei § 370 AO und sprach sich dafür aus, insofern von einer Unterscheidung zwischen Blankettnormen und normativen Tatbestandsmerkmalen abzusehen und stattdessen auf den konkreten Normbefehl, der sowohl in der eigentlichen Strafvorschrift als auch in der außerstrafrechtlichen Norm zum Ausdruck kommen könne, abzustellen. Die entwickelten Grundsätze ließen sich zudem auf weitere Tatbestände übertragen, beispielsweise § 266a Abs. 2 StGB oder § 15a InsO. Dem Vortrag schloss sich eine rege Diskussion an, in der Rechtsanwalt *Franz-Josef Schillo* einwandte, dass nach der These von *Sackreuther* kaum mehr Raum für fahrlässige Steuerhinterziehung bliebe. Auch *Schuster* brach eine Lanze für das voluntative Element, da ein Wertungswiderspruch entstünde, wenn sich vorsichtige, nachdenkliche Menschen eher strafbar machen könnten als jene, die spontan und bedenkenlos handelten, wohingegen *Sackreuther* auf die Möglichkeit vollständiger Erklärung des Vorsichtigen hinwies. *Esser* zeigte sich jedenfalls zu einer Übertragung der steuerstrafrechtlichen Besonderheiten skeptisch, da die Leitlinien von § 15 StGB nicht umgangen werden dürften.

Themenblock 3 : Vom Gesetz zur Entscheidung II – Verfahrensrecht unter Moderation von Rechtsanwalt Björn Krug

Der letzte Block der Veranstaltung hatte am Samstagnachmittag unter der Moderation von Rechtsanwalt *Björn Krug* das Verfahrensrecht zum Gegenstand.

Rechtsanwalt Prof. Dr. *Werner Beulke* hielt das erste Referat mit dem Titel „Sinn und praktische Bedeutung von Prozessgrundsätzen am Beispiel des Legalitätsprinzips und der Inquisitionsmaxime“. Nach einem Überblick über die Prozessgrundsätze und deren Bedeutung in Theorie und Praxis widmete er sich zuerst dem Legalitätsprinzip. Entgegen dem Wortlaut von § 152 Abs. 2 StPO („soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt“) käme dem Opportunitätsprinzip in der Praxis keineswegs ein Ausnahmecharakter zu, was der Referent auch statistisch belegte. Indessen werde besonders in OWi-Verfahren, in welchen § 152 Abs. 2 StPO von vornherein nicht zur

³ Vgl. BGH, Urt. v. 8.9.2011 – 1 StR 38/11; KG, Beschl. v. 14.12.2016 – 121 Ss 175/16 mwN.

Anklage zwingt, deutlich, dass dies einem fairen Ergebnis nicht grundsätzlich entgegenstehe, wie sich praktisch auch im „Fall Siemens“ gezeigt habe. Ohne das Opportunitätsprinzip bestehe in Großverfahren gar die Gefahr, dass sie aus dem Ruder laufen. Beim Aufklärungsgrundsatz, den *Beulke* im zweiten Vortragsteil ansprach, und dessen Durchbrechungen verhalte es sich ähnlich. In Hauptverhandlungen etwa sei eine Reduktion von Komplexität unverzichtbar, weshalb *Beulke* die Praxis der Verständigungen auch als zu Unrecht in Verruf gekommen sah. Die Rechtsfindung im Strafprozessrecht sei geprägt von Abwägung, wobei den Prinzipien die Funktion eines Kompasses zukomme, im praktischen Einzelfall allerdings der Weg nicht stets gerade verlaufe. RiLG Dr. *Mirja Feldmann* und *Rübenstahl* vertieften im Anschluss die Überlegungen zur Rolle des inquirenden Richters im Verhältnis zu den Schöffen einer- und der Staatsanwaltschaft andererseits. *Nuzinger* wies zudem auf ein Bedürfnis nach Leitlinien im Rahmen der Abwägungen hin.

Rechtsanwalt Dr. *Ali Norouzi* setzte den Nachmittag mit seinem Vortrag „Die Auslegung von Verfahrensbegriffen – eine Frage der Macht?“ fort, wobei sich die Fragestellung im Titel am Ende in eine Aussage wandeln sollte. Das Strafprozessrecht weise einerseits, wie *Lüderssen/Jahn*⁴ herausgearbeitet hätten, funktionelle Parallelen zum materiellen Strafrecht auf, bedinge andererseits jedoch auch Rückkoppelungseffekte zum GG und zur EMRK. Mit der Dominanz der Topik, welche Flexibilität und Unsicherheit gleichermaßen mit sich bringe, und einer ausgeprägten Kontextualisierung verfüge das Verfahrensrecht zudem über weitere Besonderheiten. Bei der Auslegung von Verfahrensbegriffen sei schließlich signifikant, dass es vor dem Hintergrund der Folgen stets um die Realisierung hoheitlicher Macht gehe. Dies zeige sich etwa am Begriff der Gesetzesverletzung in § 337 Abs. 2 StPO, der an sich eine eindeutige Bestimmung bedinge, für den aber gleichwohl ein Beurteilungsspielraum des Tatrichters anerkannt sei. Mit der in § 273 Abs. 3 begründeten Tatsachenherrschaft des Tatgerichts und der Verfahrensherrschaft des Revisionsgerichts über die Beschlussmöglichkeit in § 349 Abs. 2 StPO führte *Norouzi* weitere Beispiele an. *Krug* brachte sodann die wesentliche Unterschiedlichkeit von Verfahrens- und Sachrügen zur Sprache, welche im StPO-Reformvorschlag des Strafkammertags zur formalen Begründungspflicht einer Sachrüge unterlaufen würde.

Das letzte Referat der Tagung hielt LOStA Prof. Dr. *Georg-Friedrich Güntge*, Schleswig, zum Thema „In 'letzter Instanz': Das Strafrecht vor dem BVerfG, EuGH und EGMR“. Hierbei beschäftigte er sich mit den unterschiedlichen Beschwerde- und Klagemöglichkeiten vor den jeweiligen Gerichten und deren praktischer Relevanz für das Strafrecht. Er berichtete von einem anhängigen Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) der BRD, in dem es um die formale Beurteilung ausländischer Haftbedingungen gehe und mithin das gesamte europäische Auslieferungssystem betroffen sein könnte. Weiter hob der Referent hervor, dass für die Verteidigung in Menschenrechtsbeschwerden beim EGMR wegen der zentralen Bedeutung des Art. 6 EMRK ein großes Potenzial liege. Die größte praktische Bedeutung im Strafrecht komme nichtsdestotrotz den Verfahren beim BVerfG zu, das sich gleichermaßen mit dem materiellen wie mit dem formellen Recht beschäftige. Da die strafrechtlichen Verfahren auch insgesamt den größten Teil beim BVerfG abbildeten, sei schließlich zu wünschen, dass die Anzahl der strafrechtlichen Experten unter den Verfassungsrichtern entsprechend erhöht werde. *Esse* merkte in seiner Wortmeldung an, dass beim EGMR entgegen der abschreckenden Langwierigkeit der Verfahren auch vorläufige Rechtsschutzmöglichkeiten sowie die Option beständen, dass der Gerichtshof bestimmte Verfahren wegen ihrer hohen Bedeutung vorziehe.

Am Ende richtete sich *Nuzinger* mit einem Schlusswort an die Teilnehmer. Er warf Schlaglichter auf die einzelnen Vorträge und resümierte, dass die diesjährige Neujahrstagung wohl als die „Tagung der Grundlagenfragen“ in Erinnerung bleiben werde, die Teilnehmer darüber hinaus jedoch vielleicht auch neue Eingebungen für ihren praktischen Alltag mitnehmen konnten.

⁴ Vgl. *Lüderssen/Jahn*, LR-StPO, 27. Aufl. 2016, Einl. M, Rn. 8 ff.