

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

## Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock  
Hannah Milena Piel  
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.  
Kathie Schröder

## 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  
OSTA Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 [www.wi-j.de](http://www.wi-j.de)

## Aus dem Inhalt:

### *Aufsätze und Kurzbeiträge*

Rechtsanwalt Christian Graßie, Frankfurt a.M., und Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

**Probleme im Zusammenhang mit der Vernehmung von Richtern  
als Zeugen vom Hörensagen in Wirtschaftsstrafverfahren** 1

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

**Zum Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gem. § 147 StPO  
nach Einstellung des Verfahrens** Entscheidungskommentare 6

### *Entscheidungskommentare*

Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen

**Strafvereitelung durch einen Verteidiger bei wissentlich falschen  
Angaben – zugl. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom  
08.08.2018 – 2 ARs 121/18** 12

Rechtsanwalt Norman Lenger, LL.M., Rechtsanwältin Nathalie Meyer, beide Köln

**Verfassungsbeschwerde in einem Klageerzwingungsverfahren  
wegen des Verdachts der fahrlässigen Tötung** 17

### *Veranstaltungen und politische Diskussion*

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

**WisteV-Wistra-Neujahrstagung 2019** 23

Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz, Wiesbaden

**Junges Wirtschaftsstrafrecht - Neue Perspektiven auf  
Theorie und Praxis** 27

## Editorial

**Wij – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2019**

Liebe Leserinnen und Leser der Wij,

In diesem Jahr feierte die WisteV-wistra-Neujahrstagung bereits ihr zehnjähriges Jubiläum, die Jahre scheinen wie im Flug vergangen und für viele der Teilnehmer ist der Besuch der Tagung eine liebgewonnene Tradition geworden. Die Veranstalter haben zum Jubiläum die aktuellen Fragen der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis in den Mittelpunkt gestellt; *Nina Nestler* berichtet im Detail über die Panels der Tagung und die – wie gewohnt zu später Stunde – abgehaltenen Podiumsdiskussion.

Sodann ruft uns *Manuel Lorenz* die im vergangenen Jahr erstmals ins Leben gerufene und sehr erfolgreiche Veranstaltung „Junges Wirtschaftsstrafrecht - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis“ in Erinnerung, die 2019 eine Fortsetzung finden soll.

Immer wieder spielte in der aktuellen Auseinandersetzung – natürlich – auch der Dieselskandal eine Rolle. In der zivilrechtlichen Auseinandersetzung der Hersteller mit den Kunden hat sich nunmehr erstmals der BGH geäußert: Zwar hat der dort klagende Autokäufer wegen eines Vergleichs seine Revision inzwischen zurückgenommen, dennoch äußert sich der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH zum Inhalt seines zuvor ergangenen Hinweisbeschlusses in einer Pressemitteilung ausführlich: Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass bei einem Fahrzeug, welches bei Übergabe an den Käufer mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestattet ist, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, vom Vorliegen eines Sachmangels auszugehen sein dürfte (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB), weil die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde besteht und es damit an der Eignung der Sache für die gewöhnliche Verwendung (Nutzung im Straßenverkehr) fehlen dürfte (Pressemitteilung Nr. 22 vom 22.2.2019, VIII ZR 225/17).

Inwiefern diese zivilrechtliche Auffassung des 7. Senats für die strafrechtliche Beurteilung der Sachverhalte eine Rolle spielt, wird noch zu erörtern sein. *Christian Brand* hat im Rahmen seines Vortrags auf der WisteV-wistra-Neujahrstagung bereits deutlich gemacht, dass sich etwaige zivilrechtlichen Ergebnisse nicht ohne Weiteres auf das Strafrecht übertragen lassen. So ist etwa ein Vermögensschaden beim Kunden nur dann gegeben, wenn tatsächlich auch eine Wertminderung festgestellt und beziffert werden kann.

Die aktuelle Ausgabe der Wij finden befasst sich zunächst mit strafprozessualen Fragestellungen: *Christian Graßie* und *Mayeul Hiéramente* prüfen Probleme im Zusammenhang mit der Vernehmung von Richtern als Zeugen vom Hörensagen in Wirtschaftsstrafverfahren; *Markus Rübenthal* erörtert das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gem. § 147 StPO nach Einstellung des Verfahrens. Damit wünsche ich Ihnen eine interessante Lektüre der ersten Wij des Jahres 2019.

Ihre Milena Piel, Köln

## 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](mailto: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](http://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](mailto: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](http://www.wi-j.de)

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Impressum	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Rechtsanwalt Christian Graßie, Frankfurt a.M., und Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg Probleme im Zusammenhang mit der Vernehmung von Richtern als Zeugen vom Hörensagen in Wirtschaftsstrafverfahren	1
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M. Zum Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gem. § 147 StPO nach Einstellung des Verfahrens	6
Entscheidungskommentare	12
Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen Strafvereitelung durch einen Verteidiger bei wissentlich falschen Angaben – zugl. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18	12
Rechtsanwalt Norman Lenger, LL.M., Rechtsanwältin Nathalie Meyer, beide Köln Verfassungsbeschwerde in einem Klageerzwingungsverfahren wegen des Verdachts der fahrlässigen Tötung	17
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	21
Veranstaltungen und politische Diskussionen	22
Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth WisteV-Wistra-Neujahrstagung 2019	23
Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz, Wiesbaden Junges Wirtschaftsstrafrecht - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis	27
Stud. iur. Jonathan Narjes, Regensburg Tagungsbericht: 4. Unternehmensstrafrechtliche Tage an der Universität Augsburg am 30.11. und 01.12.2018 zum „Unternehmenssanktionenrecht ante portas: Die Folgen für Unternehmen und Rechtsanwaltschaft“	33
Stud. iur. Maxi Simon, stud. iur. Sabrina Fornataro, stud. iur. Christoph Bauch, stud. iur. Finn-Lauritz Schmidt, alle Frankfurt am Main WisteV-Moot Court: „Von einem Aufbruch in unbekannte Gewässer“	39

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Strafprozessrecht

---

Rechtsanwalt Christian Graßie, Frankfurt a.M., und Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

# Probleme im Zusammenhang mit der Vernehmung von Richtern als Zeugen vom Hörensagen in Wirtschaftsstrafverfahren

In der Praxis deutscher Strafprozesse ist es durchaus üblich, dass Richter im Rahmen einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung als Zeugen auftreten, etwa um zur Rekonstruktion von Aussagen eines Zeugen oder Angeklagten beizutragen. Denkbar ist hierbei etwa die Vernehmung des im Ermittlungsverfahren tätigen Ermittlungsrichters hinsichtlich der Erkenntnisse einer von diesem durchgeführten Vernehmung eines Beschuldigten, der nunmehr im Rahmen des gegen ihn geführten Strafverfahrens als Angeklagter von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Gleiches kann auch für eine während des Ermittlungsverfahrens durchgeführte richterliche Zeugenvernehmung gelten, wenn der Zeuge sich später im Rahmen der Hauptverhandlung berechtigterweise auf sein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht beruft. Ein weiterer Anwendungsfall ist die Vernehmung des Richters zum Nachweis von Straftaten, die in dessen Hauptverhandlung begangen wurden (z.B. Aussage- und Äußerungsdelikte).

Überaus praxisrelevant ist auch die Konstellation, in welcher ein bereits verurteilter Angeklagter in einem Strafverfahren, welches dieselbe prozessuale Tat i.S.d. § 264 StPO zum Gegenstand hat, wegen der er bereits verurteilt wurde, gegen den dort gesondert Verfolgten als Zeuge aussagen soll, bevor in seinem eigenen Verfahren Rechtskraft eingetreten ist. In aller Regel wird der verurteilte Angeklagte sich vor dem *rechtskräftigen* Abschluss seines eigenen Verfahrens berechtigterweise auf sein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO berufen. Hier kann die Vernehmung von Mitgliedern des vormals erkennenden Spruchkörpers zur Rekonstruktion der früheren Einlassung im Rahmen der aktuell durchgeführten Hauptverhandlung erforderlich sein. Eine ähnliche Situation kann sich ergeben, wenn Zeugen in der nachfolgenden Hauptverhandlung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen (Tod, Unerreichbarkeit) nicht mehr zur Verfügung stehen. Auch hier kann unter dem Aspekt der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO ein Interesse bestehen, auf die Richter des ersten Verfahrens als Zeugen zurückzugreifen.

In diesem Beitrag sollen die möglichen Konsequenzen einer richterlichen Zeugenaussage vor Eintritt der Rechtskraft des von diesem Richter gesprochenen Urteils genauer unter die Lupe genommen werden. Diese Fallkonstellation wird vor allem in wirtschaftsstrafrechtlichen Umfangsverfahren immer virulenter. Das hat mehrere Gründe: So ist wiederholt zu beobachten, dass Staatsanwaltschaften in umfangreichen Verfahren den Versuch unternehmen, diese „abzuschichten“, um der Materie unter prozessökonomischen Gesichtspunkten Herr zu werden und nicht die räumlichen und strafprozessualen Kapazitäten der Landgerichte zu sprengen. Eine Aufspaltung nach hierarchischen Ebenen oder zwischen Unternehmensvertretern und (rechtlichen oder steuerlichen) Beratern ist keine Seltenheit. Daneben kann es bei Ermittlungen mit Auslandsbezug dazu kommen, dass nicht alle Beschuldigten dem (sofortigen) Zugriff der Ermittlungsbehörden unterliegen und ein Zuwarten auf die hinsichtlich einzelner Verfahrensbeteiligter erforderliche Rechtshilfe nicht angemessen wäre. Dies gilt insbesondere für sog. „Haftsachen“. Eine Hauptverhandlung in mehreren „Runden“ ist daher wahrlich keine Seltenheit. Vielmehr kommt es in der Praxis häufig vor, dass es erstinstanzlich zu mehreren separat stattfindenden Hauptverhandlungen kommt.

Bei umfangreichen Verfahren führt dies – aus Verhältnismäßigkeits- und Verjährungsgesichtspunkten – regelmäßig zu zeitlichen Überschneidungen der einzelnen Strafprozesse. Das ist auch deshalb der Fall, weil sich bei komplexen Strafverfahren nach der erfolgten Urteilsverkündung regelmäßig noch eine längere Phase der Urteilsabsetzung anschließt. In einem Strafverfahren mit über 50 bis 60 Hauptverhandlungstagen kann diese Phase mehrere Monate betragen, vgl. § 275 Abs. 1 S. 2 StPO. Im Falle der Einlegung einer Revision vergeht bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils weitere Zeit.

## I. Ausschließung von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes

In diesem Zusammenhang entstehen häufig, nicht zuletzt aufgrund der Regelung des § 22 StPO, interessante strafprozessuale Fragen und Probleme.

### 1. § 22 StPO: Die Grundlagen

Die strafprozessuale Regelung des § 22 StPO normiert diejenigen Fälle, in denen ein Richter bereits kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist. Die Norm ergänzt insoweit die Befangenheitsvorschriften der §§ 24 ff. StPO und ist eine einfachgesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>1</sup> Anders als in den Fällen des § 24 StPO, der Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit, ist im Falle des § 22 StPO kein gesonderter Antrag eines Verfahrensbeteiligten sowie die Geltendmachung und Begründung eines Umstands, der die Besorgnis der Befangenheit darlegt, erforderlich. Es bedarf in den Fällen des § 22 StPO auch keiner gesonderten gerichtlichen Entscheidung. Dies erklärt sich bereits aus dem Sinn und Zweck der Norm, der vom Bundesgerichtshof wie folgt zusammengefasst wird: „§ 22 StPO will mit Rücksicht auf das Ansehen der Strafrechtspflege schon den Anschein eines Verdachtes der Parteilichkeit vermeiden und deshalb alle Personen von der Ausübung des Richteramtes ausschließen, wenn aus den in § 22 Ziff. 1 bis 5 StPO angeführten Gründen allgemein die Möglichkeit einer Voreingenommenheit besteht“.<sup>2</sup> Das Vorliegen des § 22 StPO hat zur Folge, dass der Richter sich jedweder weiteren Handlung im Rahmen des Verfahrens enthalten muss sowie dass für den Fall der Zuwiderhandlung, jedenfalls eine getroffene Entscheidung nach § 338 Nr. 2 StPO anfechtbar wird.<sup>3</sup> Zeitlich gilt der Ausschluss für das gesamte Strafverfahren, wirkt fort bis in das Vollstreckungsverfahren und ein mögliches Wiederaufnahmeverfahren.<sup>4</sup>

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang ungeklärt ist die Konstellation, in welcher der gesetzliche Ausschlussgrund *nach* dem Urteilsspruch jedoch *vor* der endgültigen Absetzung des Urteils nach § 275 StPO und der Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokolls nach § 273 StPO erfolgt.<sup>5</sup> Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden.

### 2. § 22 Nr. 5 bei Sachidentität

Besondere Bedeutung kommt in diesem Kontext der Regelung des § 22 Nr. 5 StPO zu, wonach ein Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist, wenn er in der Sache als Zeuge vernommen wird. Mit anderen Worten: Was passiert, wenn ein zur Entscheidung berufener Richter vor der Fertigstellung und Unterzeichnung eines durch ihn ausgesprochenen Urteils sowie des dazugehörigen Hauptverhandlungsprotokolls als Zeuge in einem Parallelverfahren geladen und dort auch zeugenschaftlich vernommen<sup>6</sup> wird?<sup>7</sup>

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm ist die Sachidentität der beiden Verfahren. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass der Begriff der „Sache“ nicht etwa lediglich im Sinne desselben Strafverfahrens, etwa beschränkt auf den konkreten Strafpro-

<sup>1</sup> Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2014, § 22, Rn. 1; BGH, NJW 1998, 1234, 1235.

<sup>2</sup> BGH, NJW 1960, 301, 302. Vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl., 2018, § 22, Rn. 17.

<sup>3</sup> Vgl. Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2014, § 22, Rn. 37, 42; Siolek, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, § 22, Rn. 60, 65.

<sup>4</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl., 2018, § 22, Rn. 17; siehe auch Scheuten, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 22, Rn. 21; Siolek, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, § 22, Rn. 25.

<sup>5</sup> Unklar bei Rissing-van Saan MDR 1993, 310, die – allerdings nur am Rande – den erkennenden Richter bis „Urteilsfällung“ annimmt.

<sup>6</sup> Zum Begriff der Vernehmung siehe ausführlich BGH, NJW 1998, 1234 ff. Kritisch hinsichtlich einer restriktiven Lesart Siolek, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, § 22, Rn. 41.

<sup>7</sup> Die reine Ladung ist nach Rechtsprechung des BGH nicht ausreichend, vgl. BGH NJW 1960, 301; BGH NJW 1993, 2758. Siehe hierzu auch Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2014, § 22, Rn. 30.

zess oder gar dasselbe „Aktenzeichen“ zu verstehen ist, sondern vielmehr im Sinne desselben tatsächlichen Lebenssachverhalts, ähnlich der prozessualen Tat gemäß § 264 StPO.<sup>8</sup> Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist insoweit sehr deutlich. So heißt es zur Frage der Sachidentität i.S.d. § 22 Nr. 5 StPO: *„Daß Sachgleichheit nicht Verfahrensidentität bedeutet, hat der BGH zu § 22 Nr. 4 StPO bereits mehrfach entschieden. Für das gleichlautende Abgrenzungskriterium des § 22 Nr. 5 StPO kann nichts anderes gelten. § 22 StPO will mit Rücksicht auf das Ansehen der Strafrechtspflege schon den Anschein eines Verdachts der Parteilichkeit vermeiden [...]. Diese Möglichkeit ist allgemein jedenfalls auch dann gegeben, wenn jemand, der in einem anderen Verfahren zu einem Geschehen als Zeuge ausgesagt hat, dieses Geschehen später als Richter in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bewerten muß. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er auch die eigene Zeugenaussage mit zu beurteilen hat und das Geschehen, zu dem er ausgesagt hat, für die Beurteilung des ihm vorliegenden Falles tatsächlich herangezogen wird. Denn bereits die Entscheidung, die eigene Aussage oder das genannte Geschehen nicht zu verwerten, kann von der Tatsache beeinflusst sein, daß der Richter als Zeuge ausgesagt hat.“*<sup>9</sup>

Es muss auch keine Personenidentität bei den Beschuldigten bestehen.<sup>10</sup> Insoweit also der gleiche Lebenssachverhalt in mehreren unterschiedlichen Strafverfahren oder bei unterschiedlichen Strafkammern verhandelt wird, etwa aus Gründen der Abtrennung einzelner Beteiligten oder einer erst später erfolgten Anklageerhebung seitens der Staatsanwaltschaft, welche turnusmäßig die Zuständigkeit eines anderen Spruchkörpers begründen kann, sind leicht diverse Konstellationen denkbar, in denen die Vernehmung eines Richters als Zeuge erfolgen kann.<sup>11</sup> Tritt ein Richter als Zeuge auf, um seine Wahrnehmung im Rahmen des eigenen Strafverfahrens zu schildern, ist ihm die Mitwirkung an jeder weiteren Entscheidung hinsichtlich desselben Lebenssachverhalts, losgelöst von der Frage des konkreten Beschuldigten bzw. Angeklagten, gemäß § 22 Nr. 5 StPO verwehrt.

Wesentlich spannender ist jedoch die Beantwortung der zuvor aufgeworfenen Frage, inwieweit der Richter auch von solchen Handlungen ausgeschlossen ist, welche er nach einem erfolgten Urteilsspruch bis zu dessen vollständiger Absetzung, endend mit den Unterschriften auf der Urteilsurkunde sowie der Zustellung an die Verfahrensbeteiligten, zu leisten hat.

### 3. Urteilsabsetzung und Protokollerstellung als verfahrenswesentliche Handlungen

Im Folgenden soll auf die strafprozessuale Bedeutung der Urteilsabsetzung und der Fertigung des Hauptverhandlungsprotokolls eingegangen werden, um aufzeigen, dass diesen Tätigkeiten ein verfahrenswesentlicher Stellenwert zukommt. Hierzu lohnt sich ein kurzer Exkurs zu der Bedeutung der §§ 273, 275 StPO und deren Behandlung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Gesetzgeber und Rechtsprechung sehen die der Urteilsverkündung nachfolgende Phase der Urteilsabsetzung keinesfalls als materiell unwichtige Förmerei an. Der Bundesgerichtshof hat in der Vergangenheit u.a. immer wieder Urteile der Instanzgerichte wegen einer Nichteinhaltung der Urteilsabsetzungsfrist nach § 275 Abs. 1 S. 2 StPO aufgehoben.<sup>12</sup> Der Bundesgerichtshof bringt deutlich zum Ausdruck, dass er der schriftlichen Urteilsabsetzung eine gesteigerte Bedeutung beimisst: *„Diese Vorschrift dient der Verfahrensbeschleunigung und sichert zugleich die Übereinstimmung der schriftlichen Urteilsgründe mit dem Beratungsergebnis [...]. Ein längeres Hinausschieben der Urteilsabfassung könnte die Zuverlässigkeit der Erinnerung des Urteilsverfassers und der mitunterzeichnenden Richter beeinträchtigen und damit zu einer schriftlichen Urteilsbegründung führen, die möglicherweise nicht mehr durch die beratenen Entscheidungsgründe gedeckt ist.“*<sup>13</sup>

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kommt der Verschriftlichung der Urteilsgründe mithin eine eigenständige Bedeutung neben dem in der öffentlichen Hauptverhandlung mündlich verkündeten Urteilstenor und der summarischen Erläuterung der Gründe,

<sup>8</sup> Siehe auch *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2014, § 22, Rn. 2 m.w.N., 8 m.w.N., 17; *Siolek*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, § 22, Rn. 5, 24 f., 40.

<sup>9</sup> BGH NJW 1983, 2711. Vgl. auch BGH NSTz 2007, 711; BGH, Beschluss v. 22.1.2008, 4 StR 507/07, BeckRS 2008, 03946.

<sup>10</sup> So implizit BGH, Beschluss v. 12.3.2003, 1 StR 68/03, BeckRS 2003, 03279; BGH, NSTz 2007, 711.

<sup>11</sup> Siehe auch *Siolek*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, § 22, Rn. 25.

<sup>12</sup> Vgl. beispielsweise BGH, NSTz-RR 2011, 118; BGH, Beschluss v. 1.4.2010, 3 StR 30/10, BeckRS 2010, 10345.

<sup>13</sup> BGH, NJW 1980, 298, 299.

welche die Entscheidung tragen sollen, zu.<sup>14</sup> Die schriftlichen Urteilsgründe sind auch Grundlage für eine etwaige Revision.<sup>15</sup> Ist erkennbar, dass diese das Beratungsergebnis nicht mehr richtig bekunden, kann dies zur Aufhebung des Urteils führen.<sup>16</sup> Das erkennende Gericht ist – soweit kein Ausnahmefall des § 267 Abs. 4, 5 S. 2 StPO vorliegt – zur Analyse der Beweisaufnahme und zur Darstellung der wesentlichen Erkenntnisse verpflichtet. Der Bundesgerichtshof fordert daher in diesem Zusammenhang: „*Es ist Aufgabe des Richters, Wesentliches von Unwesentlichem zu unterscheiden und die Begründung seiner Entscheidungen so zu fassen, dass der Leser die wesentlichen, die Entscheidung tragenden tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen ohne aufwändige eigene Bemühungen erkennen kann.*“<sup>17</sup> Die Begründung des Urteils nach §§ 267, 275 StPO ist mithin ein fundamentaler Bestandteil der Urteilsfindung. Auch die Erstellung des Hauptverhandlungsprotokolls gewinnt in Zeiten revisionsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Durchleuchtung, u.a. von Verständigungen, an Bedeutung. Verstöße gegen § 273 Abs. 1a StPO können beachtliche Konsequenzen in der Revision zeitigen.<sup>18</sup>

Seitens der erkennenden Gerichte wird daher sowohl beim Abfassen der Urteilsgründe als auch bei der Erstellung des Protokolls besonders sorgfältig gearbeitet, um das eigene Urteil „revisions sicher“ zu machen. Dieser Eindruck gewinnt verstärkt an Bedeutung, wenn Instanzrichter über eine etwaige Angreifbarkeit ihres Urteils mutmaßen und in diesem Rahmen äußern, etwaige Erwägungen allein zur „Befriedigung“ der Revisionsrichter in Karlsruhe aufzunehmen, obgleich sie deren Anforderungen als praxisfern erachten.

#### 4. § 22 Nr. 5 StPO auch nach mündlicher Urteilsverkündung

Die vorgenannten Gründe unterstreichen die Notwendigkeit, die Regelung des § 22 Nr. 5 StPO auch auf die Phase *nach* der mündlichen Urteilsverkündung anzuwenden. Gerade bei größeren Strafverfahren, mit einer langandauernden Hauptverhandlung sowie umfangreichen Urteilsgründen, die ggf. mehrere hundert Seiten umfassen, dürfte es üblich sein, dass nach dem erfolgten Urteilsspruch noch eine Vielzahl von Korrekturen an dem bislang „vorläufig“ schriftlich fixierten Urteil erfolgen. Hier würde es mehr als bedenklich anmuten, wenn ein Richter noch während der Absetzung des Urteils in „derselben Sache“ als Zeuge aussagt. Legt man den zuvor aufgezeigten Maßstab des Bundesgerichtshofs zu Grunde, der jedwede Gefahr der Abweichung der schriftlichen Urteilsgründe von den beratenen Entscheidungsgründen verhindern will, verbietet sich eine Aussage der erkennenden Richter vor der Fertigstellung von Urteil und Hauptverhandlungsprotokoll *per se*. Der Bundesgerichtshof hebt überdies hervor, dass § 22 Nr. 5 StPO bereits jedwede Aussage zu Fragen erfasst, „*die im Hinblick auf die Schuld- und Straffrage später richterlich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bewertet werden müssen*“.<sup>19</sup> Ferner ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht einmal erforderlich, dass die Vernehmung tatsächlich relevantes Wissen zur Sache erbracht hat<sup>20</sup> oder dass der Richter die eigene Aussage im anderen Verfahren zu bewerten hätte.<sup>21</sup>

Dogmatisch könnte man sich zwar auf den Standpunkt stellen, dass nach der erfolgten mündlichen Urteilsverkündung und bis zur Einleitung des Vollstreckungsverfahrens keine gesonderte Entscheidung mehr seitens des Richters getroffen wird, sondern lediglich eine schriftliche Fixierung der zuvor bereits mündlich verkündeten Entscheidung erfolgt, weshalb auch eine zwischenzeitliche Zeugenaussage unschädlich i.S.d § 22 Nr. 5 StPO wäre.<sup>22</sup> Dies würde jedoch grundlegend verkennen, dass der im Rahmen der Absetzung des Urteils ausgeübten richterlichen Tätigkeit für einen Verurteilten maßgebliche Bedeutung zukommt. Gerade bei komplexen Sachverhalten liegt hier ein Schwerpunkt des richterlichen Aufgabenbereichs, wobei die Präzision der Tätigkeit entscheidend für die Frage des späteren Erfolges eines seitens des Betroffenen eingelegten Rechtsmittels sein kann. Insofern kommt diesem Verfahrensabschnitt unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten eine

<sup>14</sup> Zur geringen Bedeutung der mündlichen Urteilsgründe siehe auch *Moldenhauer*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2016, § 268, Rn. 16.

<sup>15</sup> Vgl. *Wenske*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2016, § 267, Rn. 4.

<sup>16</sup> BGH, Beschluss v. 15.2.2018, 4 StR 594/17, BeckRS 2018, 4981, Rn. 9.

<sup>17</sup> BGH, NStZ 2007, 720.

<sup>18</sup> *Valerius*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2016, § 273, Rn. 74 mwN.

<sup>19</sup> BGH, NStZ 2007, 711. Zur Weite des Begriffs siehe auch *Weßlau/Deiters*, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2014, § 22, Rn. 21.

<sup>20</sup> BGH, NStZ 1998, 93. Zum Ausschluss beim reinen Erscheinen siehe auch BGH, NJW 1955, 152; *Cohen/Tsambikakis*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2014, § 22, Rn. 30; *Scheuten*, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 22, Rn. 17. Siehe allerdings auch BGH, NJW 1998, 1234, 1235.

<sup>21</sup> BGH, NJW 1983, 2711.

<sup>22</sup> Siehe *Meyer-Mews*, JuS 2002, 376, 377.

besondere Bedeutung zu. Gerade hier steht zu befürchten, dass einem Richter infolge seiner zeugenschaftlichen Vernehmung Schwächen der eigenen Begründung oder bislang lediglich oberflächlich gewürdigter Umstände aufgezeigt werden, was zu einer Anpassung der bisherigen Ausführungen führt. Insoweit der Gesetzgeber mit der Regelung des § 22 Nr. 5 StPO intendiert, jedweden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden, liegt es auf der Hand, dass der Richter sich bis zur vollständigen Absetzung des Urteils einer Tätigkeit als Zeuge zwingend zu enthalten hat. Dies muss umso mehr gelten, da es dem Verurteilten schlichtweg nicht möglich ist zu prüfen, inwiefern eine etwaige Aussage in einem anderen Verfahren die Absetzung des Urteils sowie die inhaltlichen Ausführungen beeinflusst.

*Siolek* weist insofern zutreffend darauf hin, dass der Ausschluss des § 22 Nr. 5 StPO sich nicht nur auf die Mitwirkung an Entscheidungen bezieht, sondern dazu führt, dass der Richter „von jeder richterlichen Tätigkeit im Verfahren schlechthin ausgeschlossen“ wird.<sup>23</sup> Dies findet im Wortlaut der Norm ihren Niederschlag. Die Absetzung des schriftlichen Urteils ist ureigenste Aufgabe des Richters und stellt mithin den Kernbereich der Ausübung des Richteramtes dar.

## II. Weitere Aspekte der zeugenschaftlichen Vernehmung von Richtern

Neben der zuvor aufgeworfenen Frage lohnt es sich, ergänzend noch einen weiteren strafprozessualen Aspekt in den Blick zu nehmen:

Voraussetzung jeder Zeugenaussage eines Richters, wie auch aller anderen Beamten, ist aufgrund der Regelung des § 54 Abs. 1 StPO stets, dass diesem zuvor die erforderliche Aussagegenehmigung durch seinen Dienstherrn erteilt wird. Auf die Einholung der dienstlichen Aussagegenehmigung hat das erkennende Gericht hinzuwirken (vgl. Nr. 66 Abs. 1 S. 1 RiStBV). Eine Vernehmung des Zeugen darf vor deren Vorliegen nicht erfolgen. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Frage, ob dem jeweiligen Richter eine Aussagegenehmigung zu erteilen ist, nur im Rahmen der engen gesetzlichen Regelungen der Landesrichtergesetze (vgl. u.a. § 2 Abs. 2 LRiStAG NRW) sowie des § 37 BeamStG zu entscheiden ist.<sup>24</sup> Eine Versagung darf nach § 37 Abs. 4 BeamStG nur dann erfolgen, wenn die Aussage dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes erhebliche Nachteile bereitet oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernsthaft gefährden oder erheblich erschweren würde. Bereits der Wortlaut dieser Vorschriften zeigt, dass die Hürden für eine Versagung der Aussagegenehmigung durchaus hoch sind. Bei wirtschaftsstrafrechtlichen Umfangsverfahren kann die Versagung der Aussagegenehmigung allerdings unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und mit Blick auf die Regelung des § 22 Nr. 5 StPO im Einzelfall zulässig sein.<sup>25</sup> Etwa um der Gefahr eines gesetzlichen Ausschlusses einzelner Mitglieder einer Strafkammer, welche sich bereits umfangreich in das konkrete Verfahren eingearbeitet haben, zu begegnen und diesen die Möglichkeit der Durchführung eines Strafverfahrens – etwa wegen einer zeitnah drohenden Verjährung – zu erhalten.

Gleichwohl ist es in der Praxis durchaus empfehlenswert, die Gründe für eine mögliche Versagung der Aussagegenehmigung kritisch zu hinterfragen. Eine etwaige Versagung der Aussagegenehmigung, die einen Verwaltungsakt darstellt,<sup>26</sup> ergeht in der Regel in Form eines begründeten Schreibens, welches durch den Präsidenten des Landgerichts oder den Direktor des Amtsgerichts erlassen wird. Die seitens des Dienstherrn getroffene Entscheidung ist seinerseits auf dem Verwaltungsgerichtsweg – auch im Eilverfahren – vollständig überprüfbar.<sup>27</sup>

## III. Zusammenfassung

Die zeugenschaftliche Vernehmung von Richtern ist in der Strafprozessordnung anerkannt und gängige Praxis im gerichtlichen Alltag. Hiermit korrespondiert die Regelung des § 22 Nr. 5 StPO, die verhindert, dass ein als Zeuge vernommener Richter in der derselben Sache eine richterliche Tätigkeit ausübt. Darunter fallen neben der Durchführung der Hauptverhandlung auch die Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe sowie die Finalisierung des Hauptverhandlungsprotokolls.

<sup>23</sup> *Siolek*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, § 22, Rn. 52.

<sup>24</sup> *Percic*, in: MüKO-StPO, 1. Aufl. 2014, § 54, Rn. 3. Im Bundesrecht siehe auch § 46 DRiG, § 67 BBG.

<sup>25</sup> In BGH, Beschluss v. 22.1.2008, 4 StrR 507/07, BeckRS 2008, 03946, wird die Verweigerung einer Aussagegenehmigung für den Fall angedeutet, dass die Vernehmung eines Richters dazu führen könnte, dass dieser im eigenen Verfahren nach § 22 Nr. 5 StPO ausgeschlossen werden müsste.

<sup>26</sup> *Percic*, in: MüKO-StPO, 1. Aufl. 2014, § 54, Rn. 30.

<sup>27</sup> BVerwG, NJW 1983, 638, 639. S



## Strafverfahrensrecht

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

## Zum Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gem. § 147 StPO nach Einstellung des Verfahrens

Zunehmend wird dem Verteidiger – auch und gerade in Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren – bei Beantragung von Akteneinsicht im Nachgang zur Einstellung des Verfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts oder auch aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) von Strafverfolgungsbehörden entgegengehalten, dass es für die Gewährung der Akteneinsicht nach Einstellung an einer Rechtsgrundlage fehle oder dass jedenfalls diese nur nach den Maßstäben des für Dritte geltenden § 475 StPO zu gewähren sei, insbesondere ein berechtigtes Interesse dargelegt werden müsse. Es bedarf eigentlich keiner weiteren Erläuterung, dass der Verteidiger im Interesse seines Mandanten zumindest wissen muss, welche Begründung die Einstellungsverfügung hat sowie welcher Aktenstand zu diesem Zeitpunkt vorliegt. Eine – wie üblicherweise – nicht näher begründete schriftliche Einstellungsmitteilung ist insofern völlig unzureichend. Auch welche Maßnahmen im Vorfeld oder im zeitlichen Zusammenhang mit der Einstellung getroffen wurden, ist für die – nicht rechtskräftig geklärte – Verfahrenssituation des (ehemaligen) Beschuldigten wesentlich. Es ist daran festzuhalten, dass § 147 StPO regelmäßig nicht nur die Rechtsgrundlage hierfür, sondern für eine vollständige ergänzende Akteneinsicht nach Einstellung des Verfahrens – auch zu einem späteren Zeitpunkt – liefert und hilfsweise die Akteneinsicht nach § 475 StPO nicht verweigert werden dürfte.

### I. Kein Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gem. § 147 StPO nach Verfahrenseinstellung laut der Rechtsprechung?

Die entgegengesetzte Rechtsauffassung glaubt offenbar, sich auf oberlandesgerichtliche Entscheidungen aus den neunziger Jahren berufen zu können.<sup>1</sup> Auch unabhängig hiervon beziehen sich Staatsanwaltschaften in der Praxis (fernmündlich) mitunter darauf, dass die Regelungen der §§ 475 ff. StPO (vor deren Einführung<sup>2</sup> die entsprechenden Regelungen der Nr. 185 RiStBV a.F.<sup>3</sup>) betreffend die Akteneinsicht Dritter (mit den entsprechenden Einschränkungen sowie erhöhtem Begründungsaufwand bzgl. des Gesuchs) spezialgesetzlich vorrangig seien oder gehen im Extremfall gar davon aus, dass es für eine Akteneinsicht nach Einstellung völlig an einer Rechtsgrundlage fehle. Soweit eine nähere Begründung erfolgt, wird mitunter auf OLG-Rechtsprechung aus den 90er Jahren verwiesen:

Das Oberlandesgericht Hamburg etwa hatte mit Beschluss vom 03.09.1997 entschieden, dass bei einer Einstellung des Verfahrens gemäß § 154 Abs. 1 StPO eine Akteneinsicht des (ehemaligen) Beschuldigten über dessen Bevollmächtigten nicht auf § 147 StPO gestützt werden könne.<sup>4</sup>

Konkret betont das OLG jedoch nur, dass § 147 Abs. 2 StPO – die Vorschrift, auf deren Basis die Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren verweigert werden kann – „im vorliegenden Fall“ nicht anwendbar sei. Diese Vorschrift regle nämlich das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten nur für die Dauer des Ermittlungsverfahrens. Wenn das Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft eingestellt worden sei, gelten für das Akteneinsichtsrecht des früheren Beschuldigten „die allgemeinen Regeln (vgl. die in Nr. 185 RiStBV niedergelegten Grundsätze ...)“<sup>5</sup>. Diese Auffassung wird von dem OLG auch für den Fall vertreten, dass das

<sup>1</sup> OLG Karlsruhe NSTZ 1996, 151; OLG Hamburg NJW 1997, 3255. Vgl. auch OLG Hamm NJW 1984, 880 (implizit).

<sup>2</sup> § 475 StPO als Akteneinsichtsrecht Dritter wurde eingeführt mit Wirkung vom 01.11.2000 durch das Gesetz vom 02.08.2000, BGBl. I S. 2208 ff.; zuvor enthielt die Vorschrift völlig andere Regelungen zum Automatisierten Abrufverfahren.

<sup>3</sup> In der Fassung vom 01.01.2000: „Einem bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtsbeistand wird Akteneinsicht gewährt, wenn er ein berechtigtes Interesse (z.B. für die Prüfung bürgerlich-rechtlicher Ansprüche oder für die Vorbereitung eines Verwaltungsstreitverfahrens) darlegt und wenn sonst Bedenken nicht bestehen.“

<sup>4</sup> OLG Hamburg NJW 1997, 3255, 3256.

<sup>5</sup> Zu Unrecht beruft sich das OLG Hamburg auf eine angebliche Entscheidung „OLG Karlsruhe NJW 1996, 265“, die an dieser Stelle unauffindbar ist. Gemeint ist evtl. OLG Karlsruhe NSTZ 1996, 151.

Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden ist,<sup>6</sup> weil die Sachverhalte insoweit durchaus miteinander vergleichbar seien. In beiden Fällen würden nämlich keine Ermittlungen mehr geführt, seien diese aber nicht endgültig beendet, sondern können (von entgegenstehenden Verfahrenshindernissen abgesehen) jederzeit wieder aufgenommen werden.<sup>7</sup> Demgemäß ende die Beschuldigteneigenschaft dessen, gegen den die Ermittlungen sich richteten, gleichermaßen – vorläufig – sowohl durch die Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO als auch durch die auf § 154 Abs. 1 StPO gestützte.<sup>8</sup>

Was das OLG Hamburg hiermit im Ergebnis allerdings sagen wollte, ist aber eher das Gegenteil dessen, für das es teilweise in Anspruch genommen wird: Es hob nämlich die Entscheidung auf, mit dem die Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 2 StPO verweigert wurde, mit dem Hinweis, dass auf der Basis der oben zitierten „allgemeinen Regeln“ (damals Nr. 185 Abs. 3 RiStBV a. F.) voraussichtlich Akteneinsicht zu gewähren sei. Das OLG wies nämlich darauf hin, dass keine Ermittlungen mehr geführt würden, aber diese nicht endgültig beendet seien, sondern (von entgegenstehenden Verfahrenshindernissen abgesehen) jederzeit wieder aufgenommen werden können, auch um zu verdeutlichen, dass § 147 Abs. 2 StPO sinnvollerweise nicht herangezogen werden könne, um die Akteneinsicht zu verweigern. Zwar meint das OLG, im Einklang mit Nr. 185 Abs. 3 RiStBV a.F., dass für die Akteneinsicht die Geltendmachung eines berechtigten Interesses nötig sei. Zugleich hält es aber auch fest, dass dies „nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens bei dem Beschuldigten oft gegeben sein wird“, d.h. es hält in vergleichbaren Konstellationen ein Akteneinsichtsrecht des Verteidigers wohl regelmäßig für gegeben.<sup>9</sup> Der rechtliche Ausgangspunkt des OLG ist zwar – nach heutiger Rechtslage (§§ 147 Abs. 5 S. 1, 475 ff. StPO) – nicht mehr maßgeblich (s.u.), zutreffend ist aber der Gedanke, dass Akteneinsichtsgesuchen des Verteidigers nach Verfahrenseinstellung regelmäßig ein berechtigtes Interesse zugrunde liegt und zugleich, dass der § 147 Abs. 2 StPO zugrunde liegende Gedanke, der die Verweigerung von Akteneinsicht rechtfertigen kann, hier regelmäßig gerade keine Berechtigung hat. Vor diesem Hintergrund wäre – sofern man heute tatsächlich – m.E. zu Unrecht (s.u.) – nicht § 147 StPO, sondern § 475 StPO anwenden wollte, dessen Voraussetzungen zumindest für Fälle der Einsichtnahme unmittelbar nach Einstellung in derart evidenter Weise gegeben, dass die in der Praxis gelegentlich vorkommende Verweisung des Verteidigers auf die Darlegung des berechtigten Interesses ein missbräuchlicher Formalismus wäre. Bereits die (implizite) Mitteilung der Mandatierung des Verteidigers im Akteneinsichtsgesuch nach Verfahrenseinstellung würde dem Maßstab des § 475 StPO genügen und ein berechtigtes Interesse verdeutlichen. Nach zutreffender Auffassung kommt es jedoch auf § 475 StPO gerade nicht an.

## II. Unmittelbare Geltung des § 147 StPO für Akteneinsichtsgesuche des Verteidigers nach Einstellung auf Basis der aktuellen Rechtslage

Demgegenüber wird zu Recht – auch in der jüngeren Rechtsprechung – überwiegend und in überzeugender Weise vertreten, dass dem Verteidiger auch nach Einstellung des Verfahrens gegen seinen Mandanten ohne Weiteres und insbesondere ohne Darlegung eines berechtigten Interesses Einsicht in die Ermittlungsakten zu gewähren ist, entweder auf der Basis einer unmittelbaren Anwendung des § 147 StPO oder aufgrund entsprechender Anwendung dieser Vorschrift.<sup>10</sup>

### 1. Jüngere BGH-Rechtsprechung

Es ist bereits fraglich, ob die oben zitierten OLG-Entscheidungen – die ersichtlich noch von der Rechtslage vor Einführung von § 475 StPO, vor Aufnahme der Akteneinsicht nach rechtskräftiger Entscheidung in § 147 Abs. 5 S. 1 StPO ergingen und die damals geltende Nr. 185 Abs. 3 RiStBV a.F. in Bezug nahmen – nicht schon länger durch Rechtsprechung höherrangiger Ge-

<sup>6</sup> So auch OLG Karlsruhe NSTZ 1996, 151.

<sup>7</sup> OLG Hamburg NJW 1997, 3255, 3256.

<sup>8</sup> OLG Hamburg NJW 1997, 3255, 3256.

<sup>9</sup> OLG Hamburg NJW 1997, 3255, 3256.

<sup>10</sup> LG Frankfurt a.M. StraFo 2005, 379; LG Oldenburg NSTZ 1992, 555; KK-StPO/Laufhütte/Willnow § 147 Rn. 21; AK-StPO/Stern § 147 Rn. 33; Graf/Wessing StPO § 147 Rn. 3; Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn StPO § 147 Rn. 124 f.; SK-StPO/Wohlers § 147 Rn. 22; MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer StPO § 147 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 147 Rn. 34; Dölling u.a. (Hrsg.), Gesamtes Strafr/Weiler StPO § 147 Rn. 10; HK-StPO/Julius/Schiemann § 147 Rn. 17; Hüls/Reichling/Reichling SteuerStrR AO § 392 Rn. 68.

richte überholt sind. So hat etwa der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 26.01.2011 über die Beantragung von Akteneinsicht durch den Verteidiger gegenüber dem Generalbundesanwalt nach Einstellung des Verfahrens (teilweise gemäß § 153 f Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO i.V.m. § 153 c Abs. 1 Nr. 1 StPO, teilweise nach § 153 c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO) inzident entschieden, dass jedenfalls nach einer Verfahrenseinstellung nach diesen Vorschriften § 147 StPO im Hinblick auf Akteneinsichtsansträge des Verteidigers die maßgebliche Entscheidungsgrundlage bleibt.<sup>11</sup> Der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof hielt in diesem Zusammenhang fest, dass eine gerichtliche Entscheidung über die Akteneinsicht in diesen Fällen in denen der Abschluss der Ermittlungen (§ 169 a StPO) in der Akte noch nicht vermerkt war (§ 147 Abs. 5 2. Alt. S. 1 StPO) nicht statthaft war. Der Antrag auf Akteneinsicht „über § 147 Abs. 3 StPO hinaus“ sei auch nicht begründet, da eine Gefährdung des Untersuchungszwecks gemäß § 147 Abs. 2 S. 1 StPO sich hier aus der Gefährdung eines anderen Verfahrens als des bereits eingestellten Verfahrens ableiten lasse.<sup>12</sup> Völlig zu Recht wurde durch den BGH § 147 StPO als vorrangige und einzige Entscheidungsgrundlage für ein Akteneinsichtsgesuch des Verteidigers nach Einstellung des Verfahrens herangezogen, ohne dass auch nur in Erwägung gezogen wird, ob § 475 StPO einschlägig sein könnte. Die heutige Relevanz der zu einer früheren Rechtslage ergangenen, oben zitierten OLG-Entscheidungen, die nicht auf § 147 StPO rekurren, ist schon vor dem Hintergrund der hier zitierten Entscheidung des BGH zu bezweifeln.

## 2. Stellungnahme

Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gemäß § 147 StPO gilt – an sich wohl unstrittig – in allen Stadien des Strafverfahrens,<sup>13</sup> wobei sich aus der Vorschrift zwar spezifische Besonderheiten und Einschränkungen für das Ermittlungsverfahren ergeben, jedoch offensichtlich (§ 147 Abs. 5 S. 1 StPO) keine zeitliche Beschränkung, nicht einmal auf das rechtskräftige Ende des Strafverfahrens hin. Bereits hieraus sollte sich mit hinreichender Klarheit ergeben, dass sich das Akteneinsichtsrecht eines Verteidigers bezüglich der Ermittlungsakten, in denen sein Mandant als Beschuldigter geführt wird oder wurde, stets nach § 147 StPO richtet.

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich hieran nichts durch eine Veränderung des Verfahrensstandes bzw. durch ein Fortschreiten des Verfahrens ändert, sondern nur durch die Auflösung bzw. Suspendierung des Mandatsverhältnisses zwischen dem Verteidiger, nämlich mit Erlöschen der Vollmacht des Wahlverteidigers, einem Widerruf der Bestellung des Pflichtverteidigers (§ 143 StPO), der Zurückweisung eines Verteidigers nach § 146a StPO, der Anordnung des Ruhens der Verteidigung nach § 138c Abs. 3 S. 1 StPO oder der Rechtskraft eines Ausschließungsbeschlusses nach den §§ 138a ff. StPO.<sup>14</sup>

Auch unabhängig vom heutigen Wortlaut § 147 Abs. 5 S. 1 StPO spricht hierfür, dass im Wortlaut des § 147 Abs. 1 StPO vom Akteneinsichtsrecht des Verteidigers die Rede ist und nicht darauf rekuriert wird, ob dessen Mandant zum fraglichen Zeitpunkt noch Beschuldigter ist. Daraus ist abzuleiten, dass es für die Anwendbarkeit des Akteneinsichtsrechts nicht auf das Verfahrensstadium – auch über die rechtskräftige Beendigung hinaus – oder das Fortbestehen der Beschuldigtenstellung ankommen kann, sondern allenfalls auf das Bestehen eines Verteidigungsmandats und Verteidigungsinteresses.

Dass es für das Akteneinsichtsrecht gemäß § 147 StPO nicht auf die formalen zeitlichen Grenzen des Strafverfahrens – von der Einleitung des Ermittlungsverfahrens (§ 160 StPO) bis zur Einstellung des Verfahrens (§§ 170 Abs. 2, 153 ff. StPO) oder zu dessen rechtskräftigen Abschluss durch rechtskräftiges Urteil – ankommen kann, sondern dass es auf das materielle Bestehen eines Verteidigungsmandats ankommt, welches ein Einsichtsbedürfnis rechtfertigen kann, zeigt auch eine jüngere Entscheidung des BGH, die ein Akteneinsichtsrecht i.S.d. § 147 StPO auch für den Fall von „Vorermittlungen“ als gegeben ansieht, d.h. wenn gerade ein Ermittlungsverfahren formal noch nicht eingeleitet ist.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> BGH (Ermittlungsrichter) NStZ 2012, 223 ff.

<sup>12</sup> BGH NStZ 2012, 223, 224 f.

<sup>13</sup> Bis zur Einführung des § 475 StPO enthielt Nr. 185 Abs. 3 RiStBV eine Vorgabe zur Akteneinsichtsgewährung an von dritter Seite bevollmächtigter Rechtsanwälte („Einem bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtsbeistand wird Akteneinsicht gewährt, wenn er ein berechtigtes Interesse (z.B. für die Prüfung bürgerlich-rechtlicher Ansprüche oder für die Vorbereitung eines Verwaltungsstreitverfahrens) darlegt und wenn sonst Bedenken nicht bestehen.“)

<sup>14</sup> HK-StPO/Julius/Schiemann § 147 Rn. 9.

<sup>15</sup> BGH NStZ-RR 2009, 145: Nach Einleitung eines Ermittlungsverfahrens „... gegebenenfalls auch bei der Einleitung von Vorermittlungen – entsteht ein Anspruch auf Akteneinsicht...“

Zutreffend wird im Schrifttum sowie in gerichtlichen Entscheidungen vertreten, dass bei einem Antrag auf Akteneinsicht des Verteidigers oder des unverteidigten Beschuldigten nach Einstellung des Verfahrens gem. § 170 Abs. 2 StPO kein rechtliches Interesse dargelegt werden muss (m.a.W., dass § 475 StPO bzw. jedenfalls dessen Anforderungen nicht einschlägig sind).<sup>16</sup> Dem Antrag ist schon deshalb ohne Weiteres stattzugeben, weil die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen nach einer Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO jederzeit wieder aufnehmen kann.<sup>17</sup>

Es dürfte zudem auch teilweise übersehen werden, dass die oben zitierten Entscheidungen von Oberlandesgerichten aus den Jahren 1995/1996, die nach Einstellung des Verfahrens eine Anwendung des § 147 StPO ablehnen, auf einer zwischenzeitlich veralteten Rechtsgrundlage, nämlich der Vorschrift des § 147 StPO in der Fassung vor dem 01.11.2000 ergangen sind. Der Gesetzgeber hat in der am 01.11.2000 in Kraft getretenen Neufassung des § 147 StPO die Zuständigkeit für die Gewährung von Akteneinsicht neu geregelt und gegen die Versagung der Akteneinsicht bzw. die Ablehnung der Erteilung von Auskünften oder Abschriften durch die Staatsanwaltschaft, soweit sie Anträge des Beschuldigten betreffen, in § 147 Abs. 5 StPO den Rechtsbehelf des Antrags auf gerichtliche Entscheidung vorgesehen. Die damalige gesetzliche Neuregelung bezieht sich nach ihrem Sinngehalt und jedenfalls nach dem heutigen Wortlaut des § 147 Abs. 5 S. 1 und 2 StPO hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Entscheidungen der Staatsanwaltschaft u.a. auch, aber nicht nur auf Akteneinsichtsgesuche des Verteidigers nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss.<sup>18</sup> Der heutige Wortlaut des § 147 Abs. 5 S. 1 StPO lautet bekanntermaßen: „Über die Gewährung der Akteneinsicht entscheidet im vorbereitenden Verfahren und nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens die Staatsanwaltschaft, im Übrigen der Vorsitzende des mit der Sache befassten Gerichts.“ Daraus ist mehreres abzuleiten: Zum einen lässt die Formulierung eindeutig erkennen, dass selbst ein rechtskräftiger Verfahrensabschluss einer Akteneinsicht nach § 147 StPO nicht entgegensteht, weil ansonsten eine Entscheidungszuständigkeit über Gesuche nach Rechtskraft jedenfalls nicht im Kontext des § 147 StPO hätte statuiert werden müssen. Ersichtlich ist nach der Systematik der Vorschrift auch ein Rechtsbehelf des antragsstellenden Verteidigers für den Fall eines Gesuchs nach Rechtskraft gem. § 147 Abs. 5 S. 2 StPO vorgesehen, ein rechtskräftiger Verfahrensabschluss ist nicht ohne Urteil(-säquivalent) vorstellbar, und dieses nicht ohne den Abschluss der Ermittlungen gem. § 169a StPO.

Bis zum 31.10.2000 lautete § 147 StPO hingegen anders: Insbesondere sein Abs. 5 enthielt gerade keinen Hinweis darauf, dass auch nach (rechtskräftigem oder sonstigem) Verfahrensabschluss über Akteneinsicht nach der Vorschrift durch die Staatsanwaltschaft zu befinden ist (seinerzeitiger Wortlaut: „Über die Gewährung der Akteneinsicht entscheidet während des vorbereitenden Verfahrens die Staatsanwaltschaft, im Übrigen der Vorsitzende des mit der Sache befaßten Gerichts.“). Zudem existierte die Regelung der §§ 475 ff. StPO für Gesuche Dritter noch nicht, sondern lediglich RiStBV Nr. 185 Abs. 3 a.F.

Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass etwa das OLG Hamburg seinerzeit (1996) § 147 StPO nicht auf Akteneinsichtsgesuche nach Verfahrenseinstellung anwandte. Insbesondere der Wortlaut des § 147 Abs. 5 S. 1 StPO drängte damals noch nicht den Erstrechtsschluss auf, dass dann, wenn eine Akteneinsicht des Verteidigers gemäß § 147 StPO sogar nach *rechtskräftigem* Verfahrensabschluss zulässig ist, diese erst recht im Falle einer *nicht rechtskraftfähigen* Einstellung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zulässig sein muss. Heute ist diese Schlussfolgerung allerdings teleologisch und vor allem auch systematisch zwingend, wie sich u.a. auch aus der Zusammenschau von § 147 Abs. 5 S. 1 StPO mit Abs. 1 und 2 der Vorschrift in ihrer aktuellen Fassung ergibt.

Es ist festzuhalten, dass es schlechterdings keinen sinnvollen Grund geben kann, zum einen dem Verurteilten – oder gar dem rechtskräftig Freigesprochenen (s.u.) – ein Akteneinsichtsrecht gemäß § 147 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 StPO im Hinblick etwa auf Wiederaufnahme- und Vollstreckungsfragen ohne Darlegung eines berechtigten Interesses zu gewähren, auf der anderen Seite aber dem Verteidiger eines Beschuldigten, dessen Verfahren ohne jede Rechtskraftwirkung (§ 170 Abs. 2 StPO) oder mit eingeschränkter Rechtskraftwirkung (§ 153 a StPO) eingestellt wurde, zu verweigern.

<sup>16</sup> KK-StPO/Laufhütte/Willnow, 7. Aufl. (2013), § 147 Rn. 21, 24; LG Oldenburg NSTz 1992, 555 (entsprechend § 147 StPO).

<sup>17</sup> KK-StPO/Laufhütte/Willnow, 7. Aufl. (2013), § 147 Rn. 21; MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer § 147 Rn. 9.

<sup>18</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 2003, 768; KG, Beschl. v. 17. 9. 2001 - 4 VAs 24/01 (unv.).

Es ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass § 147 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 StPO jedenfalls seinem Wortlaut nach nicht nur dem Verteidiger des Verurteilten, sondern auch dem des Freigesprochenen für (nicht näher darzulegende) Verfahrenszwecke Akteneinsicht gewährt. Auch nach dem Sinn der Norm erscheint dies nicht fernliegend: Ein bestehender Verfahrensbezug kann bei rechtskräftigem Freispruch schon im Hinblick auf eine evtl. drohende – wenn auch seltene – Wiederaufnahme zulasten des Freigesprochenen (§ 362 StPO) nie völlig ausgeschlossen werden. Im Falle der rechtskräftigen Verurteilung ist die Akteneinsicht des Verteidigers gem. § 147 StPO – ohne Darlegung eines berechtigten Interesses – verfahrensbezogen wohl unstrittig zur Vorbereitung oder Stellung eines Antrags auf Wiederaufnahme (§ 359 StPO), auf Aussetzung der Strafe zur Bewährung, auf Ablehnung des Bewährungswiderrufs oder eines Antrags auf Gewährung von Gnade bzw. der Prüfung oder Vorbereitung solcher Maßnahmen der Verteidigung zulässig.<sup>19</sup>

Angesichts des erheblich geringeren Grades an Rechtssicherheit, die eine – und zwar jede – Einstellung des Verfahrens im Verhältnis zum rechtskräftigen Urteil mit sich bringt, erscheint es aus Verteidigersicht zwingend, die Begründung der Einstellungsverfügung und die exakte zugrunde liegende Aktenlage zum Zeitpunkt der Einstellung zur Kenntnis zu nehmen, um zu prüfen, inwieweit hier Risiken bezüglich einer Wiederaufnahme des Verfahrens – etwa aufgrund von bloßen Gegenvorstellung eines Geschädigten oder aufgrund möglicher neuer Tatsachen oder Beweismitteln<sup>20</sup> – gegeben sind und ob und wieweit hierzu gegebenenfalls noch vorsorglich Stellung zu nehmen ist.

Vor dem Hintergrund des möglichen Zugriffs Geschädigter oder Dritter auf die Akte (§§ 406e, 475 ff. StPO), die sowohl dazu führen kann, dass von dieser Seite das Strafverfahren weiterbetrieben wird (Gegenvorstellungen oder ein Klageerzwingungsverfahren, § 172 StPO) als auch dazu, dass außerhalb des Strafverfahrens gegen den bisherigen Beschuldigten Verfahren geführt oder Maßnahmen verhängt werden, wäre es – aus diesseitiger Sicht – nicht kunstgerecht und möglicherweise haftungsrechtlich relevant, wenn der Verteidiger nicht alles ihm zu Gebote stehende unternimmt, um nach Verfahrenseinstellung ergänzende Akteneinsicht zu nehmen. Dies schließt (falls statthaft) einen ggf. erforderlichen Antrag auf gerichtliche Entscheidung oder eine Dienstaufsichtsbeschwerde sowie notfalls die Einlegung weiterer Rechtsbehelfe ein. Schon gar nicht ist erkennbar, warum dem Verteidiger nach Einstellung verwehrt werden soll, was dem Verteidiger nach rechtskräftiger Verurteilung oder rechtskräftigen Freispruch – und zwar ohne Darlegung eines berechtigten Interesses – unstrittig zusteht.

§ 147 Abs. 5 S. 1 StPO setzt zudem zweifelsfrei voraus, dass „im vorbereitenden Verfahren“ grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht besteht. Bei näherer Betrachtung soll durch die Formulierung nicht das Akteneinsichtsrecht nach Verfahrenseinstellung ausgeschlossen werden, sondern lediglich das Ende der Entscheidungszuständigkeit der Anklagebehörde vom Beginn der Zuständigkeit des Gerichts für die Entscheidung über die Akteneinsicht abgegrenzt werden, die mit Anklageerhebung beginnt und mit Rechtskraft endet. Es soll somit nicht etwa zum Ausdruck kommen, dass die Akteneinsicht nach Verfahrenseinstellung im Ermittlungsverfahren ausgeschlossen ist. Vielmehr ergibt sich aus der Zulässigkeit der Akteneinsicht im vorbereitenden Verfahren und der allein nach Verfahrensabschnitten differenzierenden Zuständigkeitsregelung – jedenfalls unter Berücksichtigung des Umstands, dass unstrittig auch nach Rechtskraft Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft zu gewähren ist – dass nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger des ehemaligen Beschuldigten unter Berücksichtigung der §§ 169a, 147 Abs. 2 StPO ohne Darlegung eines berechtigten Interesses Akteneinsicht zu gewähren hat. Vor diesem Hintergrund erscheint eine (lediglich) analoge Heranziehung von § 147 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 StPO (mit demselben Ergebnis) entbehrlich.<sup>21</sup>

Bekanntermaßen sieht § 147 Abs. 2 StPO im Ermittlungsverfahren eine Versagung der Akteneinsicht nur für den Fall vor, dass der Abschluss der Ermittlungen (§ 169 a StPO) noch nicht vermerkt wurde. Der Vermerk der Abschluss der Ermittlungen ist zwar im Falle des § 170

<sup>19</sup> Statt aller KK-StPO/Laufhütte/Willnow § 147 Rn. 22.

<sup>20</sup> Derer es für eine Wiederaufnahme des nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellten Verfahrens nach h. M. nicht einmal bedarf, vgl. etwa BGH NJW 2011, 2310; Radtke NSTZ 1999, 483. Zum beschränktem Strafklageverbrauch nur bei der richterlichen Einstellung gem. § 153 Abs. 2 StPO vgl. BGH NJW 2004, 375; dasselbe gilt nicht für die nach h. M. stets zurücknehmbare staatsanwaltliche Einstellung gem. § 153 Abs. 1 StPO, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 153 Rn. 37 m.w.N.

<sup>21</sup> So aber Hüls/Reichling/Reichling SteuerStrR AO § 392 Rn. 68 m.w.N.; ergebnisrelevant wäre dies ohnehin nicht.

Abs. 2 StPO nach h. M. nicht erforderlich,<sup>22</sup> wohl aber ein entsprechender Ermittlungsstand, so dass über das Bestehen des hinreichenden Tatverdachts im Sinne der §§ 170 Abs. 1, 203 StPO befunden werden kann.<sup>23</sup> Da der Ausschlussgrund des § 147 Abs. 2 StPO (Gefährdung des Untersuchungszwecks) in diesem Stadium – jedenfalls bzgl. des einschlägigen Verfahrens<sup>24</sup> und bei sachgerechter Zusammenführung bzw. Trennung von Verfahren gegen mehrere Beschuldigte – regelmäßig nicht mehr vorliegen kann, wird nach dieser Vorschrift ein Gesuch im Nachgang zur Einstellung kaum je zu verweigern sein.

Für den Fall des § 153 a StPO ist die Erforderlichkeit des vorher anzubringenden Vermerks gem. § 169a StPO in der h. Lit. sogar ausdrücklich anerkannt,<sup>25</sup> so dass nach dem systematischen Zusammenhang insofern zwingend auch nach (endgültiger) Einstellung von einem nicht mehr verweigerbaren Akteneinsichtsrecht ausgegangen werden muss, da auch § 153a Abs. 1 S. 5 StPO nur eingeschränkte Rechtskraftwirkung mit sich bringt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, da das Akteneinsichtsrecht gem. § 147 Abs. 5 S. 1 StPO sogar für den Fall der rechtskräftigen Verurteilung anerkannt ist.

Auch ist zu berücksichtigen, dass für die Anwendbarkeit des § 147 StPO nach Verfahrenseinstellung weitere systematische Argumente sprechen, die sich insbesondere aus dem Regelungszusammenhang der §§ 475, 477 StPO und deren Verhältnis zu § 147 StPO ergeben. Die Formulierung der §§ 475, 477 StPO legt nahe, dass diese Vorschriften gerade nicht für den (ehemaligen) Beschuldigten Anwendung finden sollen:

Verwiesen werden muss insbesondere auf § 477 Abs. 3 Nr. 1 StPO, wonach in „...Verfahren, in denen 1. der Angeklagte freigesprochen, die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder das Verfahren eingestellt wurde ...Auskünfte aus den Akten und Akteneinsicht an nichtöffentliche Stellen nur gewährt werden [dürfen], wenn ein rechtliches Interesse an der Kenntnis der Information glaubhaft gemacht ist und der *frühere Beschuldigte* kein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat.“ Die Vorschrift macht durch ihren Regelungsgehalt zum einen deutlich, dass der „ehemalige Beschuldigte“ im Verhältnis zum um Akteneinsicht ersuchenden Dritten i.S.d. §§ 475 ff. StPO eine gesonderte – und bessere – Rechtsstellung hat, wenn sein Verfahren durch Freispruch oder Einstellung eingestellt ist, zum anderen aber vor allem auch, dass der Gesetzgeber im Sprachgebrauch differenziert und den „früheren Beschuldigten“ gerade nicht dem „Dritten“ gem. §§ 475 ff. StPO gleichsetzt.

Bei näherer Betrachtung ist zudem festzuhalten, dass § 475 StPO von einem Auskunftsrecht bzw. Akteneinsichtsrecht für „Privatpersonen“ spricht und dies ersichtlich nicht Verfahrensbeeteiligte erfasst. Diese unterliegen in ihren Verfahrensrollen – sofern vorhanden – einschlägigen Spezialregelungen. Überdies dürfte unumstritten sein, dass § 147 StPO eine vorrangige Spezialregelung gegenüber § 475 StPO darstellt.<sup>26</sup> Auch nach der Einstellung des Verfahrens wirkt die Beschuldigtenstellung ersichtlich fort, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass der Begriff des „Beschuldigten“ in der Kommentarliteratur auch für die Fälle der Verfahrenserledigung im Sinne des § 477 Abs. 3 Nr. 1 StPO – die nur Fälle der bereits erfolgten Einstellung oder Aburteilung betreffen – (weiterhin) verwandt wird.<sup>27</sup>

Auch unabhängig davon gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass in der Systematik der Regelungen des Akteneinsichtsrechts – oder sonst in der StPO – der (ehemalige) Beschuldigte in seiner Rechtsstellung dem Privaten bzw. Dritten gleichgesetzt werden würde, soweit es um dasjenige Verfahren und diejenigen Verfahrensakten geht, bezüglich derer er die Beschuldigtenstellung innehat bzw. innehatte. Aufgrund dieser – gegebenenfalls durch Einstellung nicht rechtskräftig beendeter – Stellung hat er automatisch jedenfalls bezüglich aller verfahrensrelevanter Aspekte ein berechtigtes – und mit der eines privaten Dritten unvergleichbar intensiveres – berechtigtes Interesse am Akteninhalt, welches eine Darlegung im Sinne des § 475 StPO überflüssig macht. Schon im Hinblick auf das eventuell bestehende Akteneinsichtsrecht Dritter oder von Geschädigten und deren nach Verfahrenseinstellung fortbestehenden Interventionsmöglichkeiten muss sein Verteidiger auch nach ei-

<sup>22</sup> Vgl. BeckOK-StPO/Gorf § 169a Rn. 1; KK-StPO/Griesbaum § 169a Rn. 1.

<sup>23</sup> BeckOK-StPO/Gorf § 169a Rn. 1.

<sup>24</sup> Vgl. aber BGH NSTZ 2012, 223, 224 f., wonach sich die Gefährdung angeblich ausnahmsweise – es lag eine recht atypische Einstellung nach § 153c, 153f StPO (s.o.) sowie ein frühes Verfahrensstadium vor – auf ein anderes Verfahren beziehen kann. Bei ausermittelten Sachverhaltskomplexen wird diese Argumentation zumeist nicht übertragbar sein.

<sup>25</sup> AK-StPO/Achenbach § 169a Rn. 3; Löwe/Rosenberg/Erb StPO § 169a Rn. 7; SK-StPO/Wohlers § 169a Rn. 5; HK-StPO/Zöller § 169a Rn. 3.

<sup>26</sup> Vgl. MüKo-StPO/Singelstein § 475 Rn. 8, 9; KK-StPO/Gieg § 475 Rn. 1 m.w.N.

<sup>27</sup> KK-StPO/Gieg § 475 Rn. 4.

ner Verfahrenseinstellung stets unhinterfragt die Rechte des § 147 StPO geltend machen können. Es kann zudem nicht sein, dass der Verteidiger nach Einstellung – um fundiert einem Akteneinsichtsgesuch gemäß §§ 406e, 475 StPO entgegenzutreten zu können (etwa indem er Ausführungen zu § 477 Abs. 3 Nr. 1 StPO macht) bzw. dieses zunächst auch nur einsehen zu können – selbst auf die Darlegung eines berechtigten Interesses zur Erlangung der Akteneinsicht gemäß § 475 StPO verwiesen und einer Interessenabwägung ausgesetzt ist. Eine solche Sichtweise würde die fortwirkenden Belastungen und Risiken aus einem gegen den Beschuldigten geführten und nicht rechtskräftig beendeten Verfahren verkennen.

Die Verweigerung von Akteneinsicht nach Einstellung gegenüber dem Verteidiger wäre m.E. zudem auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG – wegen offensichtlicher und objektiv willkürlicher Ungleichbehandlung im Vergleich zum rechtskräftig Verurteilten – und im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) verfassungsrechtlich bedenklich. Eine restriktive Handhabung des Akteneinsichtsrechts des Verteidigers nach Verfahrenseinstellung könnte auch im Hinblick auf die (Verteidigungs-)Rechte des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 Buchst. b und c EMRK – die die Akteneinsicht grundsätzlich umfassen<sup>28</sup> – konventionswidrig sein. Jedenfalls grundsätzlich hat der EGMR nämlich bereits mehrfach entschieden, dass die Gewährleistungen des Art. 6 EMRK auch nach Verfahrenseinstellung bzw. rechtskräftigem Verfahrensabschluss fortwirken.<sup>29</sup>

### III. Ergebnis

Vor diesem Hintergrund sollte es unstrittig Anerkennung finden, dass der Verteidiger nach Verfahrenseinstellung nach den Regeln des § 147 StPO – d.h. insbesondere ohne Darlegung eines berechtigten Interesses und ohne Einschränkungen jenseits des § 147 Abs. 2 StPO – Akteneinsicht zu erhalten hat. Von der verfahrensimmanenten Nutzung der verlangten Akten ist hier – wie im Übrigen bei Einsichtsgesuchen des Verteidigers nach rechtskräftigem Urteil – in Ermangelung tragfähiger konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte für eine beabsichtigte verfahrensfremde Nutzung unhinterfragt auszugehen.

<sup>28</sup>Vgl. EGMR, Urte. v. 18.3.1997 – 22209/93, Slg 97 II Rn. 36 – Foucher /Frankreich = NSTZ 1998, 429 m. Anm. Deumeland; EGMR, Urte. v. 14.5.2005 – 39553/02, Rn. 46 – Menet/Frankreich; HK-EMRK/Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 6 Rn. 108 ff.

<sup>29</sup>EGMR NJW 1988, 3257 – Englert; HK-EMRK/Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 6 Rn. 32, 211 m.w.N. zur Rspr. des EGMR zu Art. 6 Abs. 2 EMRK.

## Entscheidungskommentare

### Strafverfahrensrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen

### I. Problemstellung

Der Ausschluss eines Strafverteidigers nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO wegen eines im Raume stehenden Verdachts der Strafvereitelung nach § 258 StGB dürfte ein einschneidender Tiefpunkt in jeder beruflichen Laufbahn sein. In der hier zu besprechenden (aktuellen) Entscheidung des 2. Strafsenates des Bundesgerichtshofs vom August 2018 ereilte einen Kollegen eben dieses Schicksal, der einen Mandanten in einer landgerichtlichen Hauptverhandlung wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung mit einem behaupteten Steuerschaden von über einer Millionen Euro vertrat. Der Kollege soll das Strafverfahren, hier den Abschluss der Hauptverhandlung, „zumindest für geraume Zeit“ verzögert haben, indem er gegenüber Ermittlungsbeamten der Steuerfahndung im Rahmen gerichtlich angeordneter Durchsu-

chungs- und Beschlagnahmemaßnahmen irreführende und falsche Angaben zu dem Fundort verfahrensrelevanter Originalunterlagen seines Mandanten gemacht haben soll. Tatsächlich befanden sich die gesuchten Unterlagen, die ersichtlich nicht als Verteidigungsunterlagen zu qualifizieren waren, in seinen Privat- und Kanzleiräumlichkeiten.

Damit tangiert der Beschluss eine Kernfrage anwaltlicher Tätigkeit, die der Wahrheitspflicht. Sie ist Basis anwaltlicher Tätigkeit und bindet den Rechtsanwalt nicht nur gegenüber dem Mandanten, sondern auch gegenüber Justizvertretern.<sup>1</sup> Über die konkrete Ausgestaltung und Reichweite der Wahrheitspflicht wird indes lebhaft gestritten und von Vertretern der herrschenden (unabhängigen) Organtheorie und der (anwaltsfreundlichen) Partei-interessentheorie durchaus unterschiedlich und heterogen bewertet.<sup>2</sup> Der letztlich theoretische Rechtsstreit ist indes für die Praxis wenig ergiebig und dogmatisch überlagert.<sup>3</sup> Die praktisch relevanten Grenzen zwischen (noch) zulässigem Verteidigerhandeln und dem Überschreiten zur Strafbarkeit werden nur unzureichend und theoretisierend umschreiben, auch wenn sich sicherlich festhalten lässt, dass der risikobewusste und mit einem ethischen Anspruch agierende Verteidiger sich den Grundsätzen der engeren Organtheorie anschließen wird. Er wird sich trotz aller Bedenken gegen staatliche Vereinnahmungsaktivitäten von Seiten der Verfolgerseite als unabhängiger, weitestgehend weisungsfreier und selbstbewusster Beistand seines Mandanten in dessen wohlverstandenen Interesse verstehen. Die Lösung ist auf dieser Basis im konkreten Einzelfall zu suchen.

Bei Betrachtung der einschlägigen Entscheidung des Bundesgerichtshofs wird schnell klar, dass selbst bei einer theoretisch denkbar weiten Auslegung und Fokussierung auf den einseitigen (Partei-) Interessenbegriff zu Gunsten des Mandanten ein anwaltliches Verhalten, das auf eine aktive und bewusste Einwirkung auf Beweismittel ausgerichtet ist, strafrechtlich (§ 258 Abs. 1 StGB) und berufsrechtlich (nach Maßgabe des Sachlichkeitsgebotes im Sinne des § 43a Abs. 3 S. 2 BRAO) höchst problematisch ist. Selbstredend widerspricht es auch dem richtigen (berufsadäquaten und damit „ethisch“ richtigen) Verteidigerverhalten, welches sich den in Form einer praktischen Bedienungsanleitung konzipierten BRAK-Thesen zur Strafverteidigung entnehmen lässt.<sup>4</sup> Alles andere würde das Vertrauen in die Anwaltschaft und eine effektive Verteidigung nachhaltig untergraben und schwächen.<sup>5</sup>

## II. Sachverhalt und Gründe

1. Dem Mandanten des von dem Ausschluss betroffenen Verteidigers wurde laut Anklageschrift vorgeworfen, Rechnungen des Unternehmens H (einem Zeugen zuzuordnen) über vermeintliche Warenlieferungen dazu verwendet zu haben, um Betriebsausgaben (einkommen-, gewerbe- und umsatz-) steuermindernd geltend zu machen.

In der Hauptverhandlung hat die Staatsanwaltschaft sodann die Beschlagnahme von Buchführungsunterlagen der Firma H beantragt, die im Ermittlungsverfahren nicht aufgefunden werden konnten. Der Verteidiger hatte den Strafverfolgungsbehörden bereits im Ermittlungsverfahren mitgeteilt, dass verfahrensrelevante Unterlagen – sofern vorhanden – nicht herausgegeben würden. Allerdings reichte er dann mittels Verteidigerschriftsatz im Ermittlungsverfahren doch Kopien eines Teils der Rechnung der H sowie Lieferscheine zu den Akten.

In der Hauptverhandlung legte der Verteidiger weitere Kopien vor mit dem Bemerkten, sein Mandant habe sich an extern gelagerte Buchführungsunterlagen erinnert. Ferner sei die Vorlage sämtlicher Rechnungen aus den Jahren 2004 bis 2010 beabsichtigt. In einem nachfolgenden Hauptverhandlungstermin übergab der Verteidiger der Kammer einen Stehordner mit Originalen von Lieferscheinen und Rechnungskopien sowie – etwas später – zwei weitere Rechnungskopien.

Das Gericht ordnete hierauf die Beschlagnahme der bei dem Mandanten sowie dessen Verteidiger gelagerten Buchführungsunterlagen an. Die Hauptverhandlung wurde am 19.06.2017 ausgesetzt.

<sup>1</sup> *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 46.

<sup>2</sup> Näher hierzu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017 § 19 Rn. 3 ff.; *Dahs*, Rn. 3 ff. (zur Organtheorie); *Ostendorf*, NJW 1978, 1345 ff. (zur Interessentheorie); mit einer beeindruckenden und instruktiven Übersicht über den Stand der Diskussion aus dem Blickwinkel des Praktikers: *Salditt*, in: MAH Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 4 ff.

<sup>3</sup> *Salditt*, in: MAH Strafverteidigung, § 1 Rn. 1.

<sup>4</sup> BRAK-Thesen zur Strafverteidigung 2. Aufl., 2015, hier konkret These 19 (Wahrheitspflicht des Verteidigers) Nr. 2, S. 38 mit Erläuterung.

<sup>5</sup> Siehe auch *Dahs*, Rn. 47.



Einen Tag später teilte der Rechtsanwalt gegenüber den Ermittlungsbehörden per Telefax mit, dass sich die gesuchten Unterlagen in einer von seinem Mandanten genutzten Garage befänden. Es folgte eine (freiwillige) Herausgabe dort vorhandenen Materials an die Steuerfahndung. Im Rahmen einer Auswertung stellte die Steuerfahndung indes fest, dass Buchhaltungsunterlagen für das Geschäftsjahr 2011 sowie weitere (die H betreffende) Lieferscheine, auf die Register in den Stehordnern hinwiesen, existent sein müssen.

Im September 2017 eskalierte die Situation weiter, indem die Kanzlei des Verteidigers aufgesucht wurde. Dieser erklärte den Ermittlungsbeamten, er sei in dem Besitz diverser Ordner mit Buchführungsunterlagen, die sich in seinem privaten Wohnhaus befänden. Diese Aussage korrigierte er sodann allerdings wieder dahingehend, es handle sich nur um eine Tüte mit Lieferscheinen. Er sei nicht im Besitz weiterer Buchführungsunterlagen.

Es folgte die Durchsuchung seiner Privaträumlichkeiten. Hier übergab der Verteidiger die besagte Tüte, in der sich Stehordner, allerdings keine Unterlagen zur H befanden. Des Weiteren ergab eine Sichtung von Umzugskartons mit der Aufschrift „N“, dass sich dort unter der Bezeichnung „Verteidigungsunterlagen“ auch Originalrechnungen und Lieferscheine der Firma H. sowie Kontoauszüge und Einzahlungsbelege auffinden ließen, die beschlagnahmt wurden. Der Verteidiger erklärte im Anschluss, dass er über weitere Beweismittel nicht verfüge. Tatsächlich konnten (noch) zwei Stehordner mit Buchführungsunterlagen, hierunter ein Ordner mit der Aufschrift „Rech. H 2004-2010“ aufgefunden werden, der Karteikarten über Buchungen, Lieferscheine und Rechnungen der Firma H. im Original enthielt. Diesen Ordner stellt er erst am 29.12.2017 zur Verfügung.<sup>6</sup>

2. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die sofortige Beschwerde des Verteidigers gegen seine Ausschließung als unbegründet verworfen. Die formalen Voraussetzungen nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO lägen vor. Es bestehe der dringende Verdacht der Strafvereitelung. Zur Tatvollendung genüge es, wenn die Ahnung des begünstigten Täters für eine geraume Zeit unterbliebe. Die tatbestandliche Begehung sei auch durch Vereitelung des staatlichen Beschlagnahmezugriffs auf Beschwerdegegenstände durch einen Strafverteidiger möglich. Die Grenzen zulässiger Strafverteidigung seien bei einem wahrheitswidrigen Bestreiten des Besitzes gesuchter Beweisurkunden und einem falschen Hinweis auf einen anderweitigen Belegenheitsort zur Vereitelung eines bevorstehenden Beschlagnahmezugriffs überschritten. Würden dem Strafverteidiger Beweismittel zu Verteidigungszwecken übergeben, dürfe er sie in Besitz nehmen, um sie für Verteidigungszwecke auszuwerten. Er müsse diese dann aber wieder unverzüglich an den Gewahrsamsinhaber aushändigen.

Den Ermittlungsbehörden oder Strafgerichten müssten diese hingegen nicht unaufgefordert übergeben werden, sofern kein Herausgabeverlangen nach § 95 Abs. 1 StPO oder eine Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO angeordnet worden seien.

Doch dann sei der Verteidiger zur Herausgabe verpflichtet, sofern es sich nicht um im Sinne des § 97 (Abs. 1 Nr. 3) StPO beschlagnahmefreie Verteidigungsunterlagen handle. Bei – wie hier – „verfänglichen Geschäftsunterlagen“ – sei dies aber offensichtlich nicht der Fall. Dann dürfe der Verteidiger sie weder verborgen halten noch falsche Angaben zum Belegenheitsort machen.<sup>7</sup> Verteidigungsunterlagen betreffen nur Gegenstände, „die im Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsgeheimnisträger und dem Mandanten entstanden“ seien beziehungsweise „die spezifisches Verteidigungsmaterial darstellen“, auf die sich das berufstypische Vertrauensverhältnis beziehe.<sup>8</sup> Ein Schutz über § 160a StPO komme ebenfalls nicht in Betracht. Der Verteidiger dürfe demnach „Überführungsstücke“ nicht in seinen Räumen verstecken, auf die ein staatlicher Beschlagnahmezugriff ziele. Das Mandat dürfe nicht dazu (aus)genutzt werden, gesuchten Beweisgegenständen „Asyl“ zu gewähren. Schon gar nicht ergebe sich aus den §§ 53, 97, 160a, 148 StPO ein Recht zur Lüge.<sup>9</sup>

Der 2. Senat ist der Auffassung, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Fall der Strafvereitelung auszugehen sei:

Denn zunächst habe der Rechtsanwalt nach dem Erlass des Beschlagnahmebeschlusses des Landgerichts vom 19.06.2017 am 20.06.2017 wahrheitswidrig behauptet, dass sich die gesuchten Unterlagen in der von seinem Mandanten genutzten Garage befunden hätten. In

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 –, juris.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 – Rn. 14.

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 – Rn. 15.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 – Rn. 16.

Wirklichkeit seien wesentliche Beweisstücke in seinen Räumen gewesen. Eine weitere Verteilungshandlung habe darin bestanden, dass der Verteidiger bei Sichtung des in seinen Räumen befindlichen Materials durch die Ermittlungsbeamten nach dem Auffinden einzelner der gesuchten Urkunden erklärt habe, dass er über keine weiteren Beweismittel dieser Art verfüge, obgleich er noch verfahrensrelevante Beweisurkunden besessen habe.<sup>10</sup> Hierdurch habe er die Auswertung der Unterlagen durch die Ermittlungsbehörden sowie das Gericht für rund ein halbes Jahr vorsätzlich verzögert.

### III. Anmerkung

Die vorliegende Entscheidung bezieht sich auf das klassische Individualverteidigungsmandat und nicht auf die aktuell diskutierte Frage der Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen im Sinne des § 97 StPO, die im Rahmen interner Untersuchungen im Unternehmen gewonnen wurden. Sie steht weder in einem sachlichen noch gedanklichen Kontext zu dem vorgenannten Modethema.<sup>11</sup> Diese Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs betrifft vielmehr originär verteidigerbezogene Grundfragen und die Grenzen strafrechtlicher und berufsrechtlicher Handlungsspielräume.

1. Zunächst angesprochen ist das rechts- und risikosichere Management von beweisrelevanten Originalunterlagen, die dem Verteidiger vom Mandanten oder sonstigen Dritten zu Verteidigungs- beziehungsweise Auswertungszwecken übergeben werden. Eine gut organisierte Kanzlei wird natürlich dafür Sorge tragen, dass dort keine potentiellen Beweisgegenstände gelagert werden,<sup>12</sup> sondern Unterlagen nur kurzfristig zur Auswertung beziehungsweise zum Anfertigen von Kopien in der Kanzlei verbleiben und dem Mandanten – so auch der BGH in der vorstehenden Entscheidung –, (dokumentationsfest) „unverzüglich“ wieder ausgehändigt werden.

Wird nicht entsprechend vorgegangen, besteht nicht nur das Risiko höchst sensibler, unangenehmer und rufschädigender Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen in den Kanzleiräumlichkeiten,<sup>13</sup> sondern vielmehr die Gefahr einer eigenen Strafbarkeit wegen (versuchter) Strafvereitelung. Auch wenn der Bundesgerichtshof hierauf in der rechtlichen Begründung nicht näher eingeht, findet sich in dem entsprechenden Beschluss ein mehr als deutlicher Hinweis, dass die Strafbarkeitsschwelle bereits dann überschritten ist, wenn schon allein „nicht spezifisches Verteidigungsmaterial“ dem staatlichen Zugriff entzogen wird.<sup>14</sup> Dann soll das Privileg der Beschlagnahmefreiheit nicht gelten. Die Grenzen hier sind – jenseits des § 97 Abs. 2 S. 2 StPO – fließend: So ist schon aus rein praktischen Erwägungen fraglich, ob der Verteidiger – etwa im Rahmen des Erstgesprächs – unmittelbar nachvollziehen kann, dass er „Überführungsstücke“ im Original mit einer bloßen „Versteckungsmotivation“ des Mandanten oder im Rahmen des Mandatsverhältnisses (Original-) Steuer- und Buchhaltungsunterlagen<sup>15</sup> zu (zulässigen) Verteidigungszwecken entgegennimmt. Der Bundesgerichtshof weist insoweit mit deutlichen Worten darauf hin, dass „die Verwertung durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden“ Vorrang hat und sich die Verteidigung (im Fall der Beschlagnahme) mit Kopien von Beweisurkunden begnügen muss.<sup>16</sup> Damit ist auch schon der praktische und rechtssichere Weg aufgezeigt. So oder so wird der letztlich schwammige Begriff der Verteidigungsunterlage dem Verteidiger keinen absoluten Schutz bieten können, solange er Originalunterlagen des Mandanten in Besitz hält. Er wird solche nicht dauerhaft in der Kanzlei belassen, sondern entsprechende Kopien anfertigen, die er für die Verteidigung benötigt und die Originale unverzüglich wieder aushändigen.

2. Bei nüchterner Betrachtung des Falls ist zu konstatieren, dass es „so nicht geht“.<sup>17</sup> Ein Verteidiger, der Verfahrensbeteiligte offen anlügt und durch die aktive und insistierende Irreführung Beschlagnahmemaßnahmen konterkariert und zugleich eine Aussetzung der

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 – Rn. 21.

<sup>11</sup> Analogien zu der „Jones-Day-Entscheidung“ des BVerfG verbieten sich demnach; so aber a.A. *Süße*, *Newsdienst Compliance* 2018, 21066 und *Lilie-Hutz*, *FD-StrafR* 2018, 411129 mit dem Missbrauchsargument, welches das BVerfG aufgebracht habe, die Kanzlei könne als „Safehouse“ genutzt werden. Dies allerdings in einem gänzlich anderen Kontext.

<sup>12</sup> *Dann*, *NJW* 2015, 2609.

<sup>13</sup> *Dann*, *NJW* 2015, 2609: „Desaströs, peinlich und rufschädigend“.

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 – Rn. 14.

<sup>15</sup> Buchungs- und Geschäftsunterlagen unterfallen grundsätzlich dem Privileg des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO; so *Dann*, *NJW* 2015, 2609, 2611; s. auch LG Fulda, *NJW* 2000, 1508, 1509.

<sup>16</sup> BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18 – Rn. 21

<sup>17</sup> Unabhängig davon, ob hier der Tatbestand vollendet oder nur versucht wurde. Zu den dogmatischen Fragen vgl. Mitsch, *Anm. zu BGH*, *NJW* 2018, 3261, 3264.

Hauptverhandlung provoziert, bewirkt tatbestandlich eine Verzögerung auf geraume Zeit im Sinne des § 258 StGB, die für die Tatvollendung ausreicht.<sup>18</sup> Die dem Aussetzungsverfahren zugrunde liegenden Verhaltensweisen können überdies die berufsrechtliche Vorschrift des § 43a Abs. 3 S. 2 BRAO tangieren. Danach ist ein Verhalten insbesondere dann unsachlich, „*bei dem es sich um die bewußte Verbreitung von Unwahrheiten (...) handelt.*“ Von hier ist es zu dem Straftatbestand der Strafvereitelung nicht mehr weit. Diese Einschätzung dürfte im Übrigen auch zwischen den Vertretern der Organ- und Interessentheorie Konsens finden.<sup>19</sup>

Gänzlich unabhängig davon ist klar, dass – ohne hier zu viel Pathos zu verwenden – der „moralische Anspruch“<sup>20</sup> verloren ginge, wenn die einseitige Interessenswahrnehmung in der Weise verstanden werden würde, sich die (mögliche) „Strategie“ des Mandanten gänzlich unkritisch zu eigen zu machen und hierbei jede Grenze schwimmt. Apropos Grenze: Konsequenz weitergedacht hieße dies auch, die bewusste Lüge nach Gusto bei jeder Prozesshandlung anzuwenden. Der Verteidiger verkäme so zu einer Marionette seines Mandanten, die weder eine materiell-strafrechtliche noch strafprozessuale Qualifikation benötigte, keine am Berufsrecht ausgerichtete Filterfunktion wahrnehmen könnte und damit letztlich verzichtbar würde.

Ein derartiges Verteidigerverhalten muss sich entgegenhalten lassen, „überall Misstrauen“<sup>21</sup> zu verbreiten und schwächt letztlich eine effektive Verteidigung und deren Verlässlichkeit. Der gegenteilige Schluss, eine auf Lüge aufbauende Verteidigung sei zur effektiven Verteidigung zwingend erforderlich,<sup>22</sup> ist nicht mehr als eine bloße und letztlich falsche Behauptung, die mit der Rechtswirklichkeit nicht in Einklang zu bringen ist. Welche Glaubwürdigkeit und inhaltliche Zugkraft hätten bei Verbleib des jedenfalls geschwächten Verteidigers noch Beweisanträge, Erklärungen nach § 257 Abs. 2 StPO, Verständigungsgespräche usw., wenn das Gericht zugleich den Eindruck gewinnen müsste, durch den Strafverteidiger selbst würden Beweisquellen getrübt. Ganz abgesehen davon, welchen (affirmativen) Eindruck die Öffentlichkeit von dem – ohnehin nicht selten aufzufindenden – Vorurteil eines typischerweise agierenden (da „lügenden“) Verteidigers in der Hauptverhandlung bekäme. Zugleich würde dies den Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, für die die Zunft der redlich und streitig agierenden Anwälte schon per se ein rotes Tuch ist, in die Karten spielen.

Der insoweit strenge, aber selbstschützende Maßstab findet seinen Niederschlag in den BRAK-Thesen zur Strafverteidigung (Nr. 19), in deren Erläuterung es zutreffend heißt, ein aktiv lügender Verteidiger riskiere es, „*dass das mit seiner besonderen Stellung verbundene Vertrauen in die Redlichkeit seines Handelns schweren Schaden nimmt.*“<sup>23</sup> Jenseits aller theoretischen und rechtsethischen Streitpunkte wird der Verteidiger damit immer noch und immer wieder auf *Dahs* zurückgreifen können, um sein Handeln einer Selbstkontrolle zu unterziehen: „*Alles, was der Verteidiger sagt, muss wahr sein, aber er darf nicht alles sagen, was wahr ist.*“<sup>24</sup>

Dieser Maßstab gilt natürlich auch für Verteidigererklärungen, deren Lückenhaftigkeit und Widersprüchlichkeit in dem hier zu besprechenden Fall so evident gewesen sein müssen, dass sie Durchsuchungsmaßnahmen in der Hauptverhandlung provoziert haben. All dies ist ausweislich der Beschlussgründe mehr als unglücklich gelaufen.

Anlass zur Besserwisserei und Überheblichkeit gibt es gleichwohl nicht. Die beschriebenen Konfliktlagen können bei dem entsprechenden Charakter und Auftreten des Mandanten, einer fehlenden beruflichen Distanz, einer gewissen Nachlässigkeit in der (Kanzlei)-Compliance und in komplexen steuer- und wirtschaftsstrafrechtlichen (und damit Urkunden lastigen) Um-

<sup>18</sup> Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 258 Rn. 8 m.w.N.; a.A. und kritisch Mitsch, Anm. zu BGH, NJW 2018, 3261, 3264 f.

<sup>19</sup> Salditt, in: MAH Strafverteidigung, § 1 Rn. 29 m.w.N. zu Auffassungen der Vertreter der Interessentheorie: „*Welp hält den Verteidiger deshalb ausschließlich für einen Interessenvertreter. Weil in seiner Person keine notstandsähnliche Situation bestehe, bleibe er aber gehalten, die Wahrheit nicht aktiv zu vereiteln. Darin liegt eine begrenzte Rückbindung an öffentliche Interessen*“; siehe auch Jahn, in: Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger 6. Auflage 2018 zu I. 3. b) zu „*Eingriffe in sächliche Beweismittel*“: „*außer Streit*“ beim „*Beiseiteschaffen von Beweismitteln*“.

<sup>20</sup> Salditt, in: MAH Strafverteidigung, § 1 Rn. 42.

<sup>21</sup> Salditt, in: MAH Strafverteidigung, § 1 Rn. 42.

<sup>22</sup> Ostendorf, NJW 1978, 1345, 1349.

<sup>23</sup> Erläuterungen zur These 19 (Wahrheitspflicht des Verteidigers) Nr. 2, BRAK-Thesen zur Strafverteidigung 2. Aufl., 2015, S. 38.

<sup>24</sup> Dahs, Rn. 53.

fangsverfahren sowie einer emotional aufgeladenen Hauptverhandlung zu einem Prüfstein für jeden Verteidiger werden, auch wenn sich dieser ungewöhnliche Sonderfall nicht für Pauschalierungen eignet.

### Strafprozessrecht

---

Rechtsanwalt Norman Lenger, LL.M., Rechtsanwältin Nathalie Meyer, beide Köln

## Verfassungsbeschwerde in einem Klageerzwingungsverfahren wegen des Verdachts der fahrlässigen Tötung

### I. Sachverhalt

Der Entscheidung des BVerfG<sup>1</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beschwerdeführer ist der Ehemann seiner am 01.06.2010 verstorbenen Frau. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein Klageerzwingungsverfahren wegen des Tatvorwurfs der fahrlässigen Tötung. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, seine Frau sei aufgrund einer fehlerhaft durchgeführten Chemotherapie eines Mammakarzinoms verstorben.

Der Beschwerdeführer zeigte die behandelnden Ärzte seiner Frau am 01.06.2010 wegen des Verdachts der fahrlässigen Tötung an. Das Ermittlungsverfahren wurde von der Staatsanwaltschaft Neubrandenburg gemäß § 170 II StPO eingestellt. Dies erfolgte mit der Begründung, der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen dem Tod der Ehefrau und der eingeleiteten 5-FU-Therapie sei nicht nachweisbar. Auf das Vorliegen etwaiger Behandlungsfehler käme es daher gar nicht an.

Hiergegen legte der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde ein und begründete diese am 10.04.2015. Die Generalstaatsanwaltschaft Rostock wies die Beschwerde mit Bescheid vom 14.02.2017 als unbegründet zurück, da der Einstellungsbescheid der Sach- und Rechtslage entspreche. Zudem hätten sich im Lauf der Ermittlungen keine Anhaltspunkte für den angezeigten Behandlungsfehler ergeben.

Der Beschwerdeführer reichte gegen diesen Bescheid am 17.03.2017 per Fax einen Klageerzwingungsantrag beim Oberlandesgericht Rostock ein. Dieser hatte einen Umfang von insgesamt 108 Seiten. Der Antrag umfasste zunächst eine ausführliche und detaillierte Sachverhaltsdarstellung, die unter anderem Auszüge aus einem Gutachten zu relevanten Fragestellungen in Form von Direktzitate enthielt. Des Weiteren wurde der Gang des Ermittlungsverfahrens geschildert, wobei unter anderem wiederum Ausschnitte aus mehreren medizinischen Gutachten sowie diesbezügliche Stellungnahmen teilweise als Direktzitate, teilweise als in die Antragschrift eingefügte Scans wiedergegeben wurden. Der Beschwerdeführer stellte zudem den Inhalt der Einstellungsverfügung und den Ablauf des Beschwerdeverfahrens dar. Zuletzt enthielt der Antrag (Rechts-)Ausführungen bezüglich des Verfahrens und des Beweismittelverzeichnisses.

Das Oberlandesgericht behauptete - entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers - die im Antrag aufgeführten Anlagen seien hierbei nicht übermittelt worden, sondern erst am 22.03.2017 im Original eingegangen. Ein Wiedereinsetzungsantrag wurde nicht gestellt.

Mit Beschluss vom 31.03.2017 verwarf das Oberlandesgericht Rostock den Klageerzwingungsantrag als unzulässig, weil die formalen Anforderungen des § 172 Abs. 3 StPO nicht eingehalten worden seien. Zur Begründung führte das Gericht aus, es fehle an einer aus sich heraus verständlichen, konkreten und substantiierten Sachdarstellung, sodass es dem Senat nicht möglich sei, das Begehren lediglich mit dem in dem Antrag enthaltenen Informationen ohne Heranziehen der staatsanwaltlichen Ermittlungsakten und weiterer Schriftstücke zu überprüfen. Zudem bemängelte das Oberlandesgericht, dass umfangreich auf lediglich als Anlagen

---

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.07.2018 – 2 BvR 1550/17; Vorinstanz OLG Rostock (1. Strafsenat), Beschluss vom 31.05.2017 - 20 Ws 88/17.

angehängte Schriftstücke Bezug genommen wird, obwohl deren genauer und vollständiger Wortlaut wesentlich wäre. Dies halte es für unzulässig.

Zuletzt seien die im Antrag genannten Anlagen erst einen Tag nach Ablauf der Frist des § 172 II 2 StPO eingegangen.

Dagegen richtete sich der Beschwerdeführer mit einer Gehörsrüge, die das Oberlandesgericht mit Beschluss als unbegründet zurückwies. Das Gericht war der Auffassung, eine Gehörsverletzung liege nicht vor und der Klageerzwingungsantrag sei unzulässig gewesen.

Der Beschwerdeführer sieht sich durch die Verwerfung des Klageerzwingungsantrags in seinen Rechten aus Art. 103 I GG, Art. 3 I GG, Art. 19 IV GG verletzt. Er ist der Ansicht, das Oberlandesgericht habe seinen Sachvortrag nicht zur Kenntnis genommen und im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 172 Abs. 3 StPO überhöhte Anforderungen gestellt.

## II. Die Entscheidung

Das BVerfG bejahte im Ergebnis eine Verletzung des Beschwerdeführers durch den angefochtenen Beschluss des OLG Rostocks in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG. Die Verfassungsbeschwerde wurde aber dennoch nicht zur Entscheidung angenommen, da aufgrund der bereits eingetretenen Verjährung der angezeigten Tat auch eine Annahme der Verfassungsbeschwerde den in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechten des Beschwerdeführers nicht zur Durchsetzung verhelfen kann.

Nach Auffassung des BVerfG hat das OLG Rostock überspannte Anforderungen an den Inhalt des Klageerzwingungsantrags gestellt und den Beschwerdeführer hierdurch in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG verletzt.

### 1. Grundsätzliche Anforderungen der Rechtsschutzgarantie

Generell gilt, dass zur effektiven Durchsetzung der durch Art. 19 IV GG gewährleisteten Rechtsschutzgarantie, „(...) der Zugang zu den Gerichten und den vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden“ darf. Die Anforderungen an Rechtsmittel müssen sich stets im Rahmen des durch den Gesetzeszweck Gebotenen halten.

### 2. Verfassungsrechtliche Grenzen der Darlegungsanforderungen nach § 172 Abs. 3 S. 1 StPO

#### a) Grundsatz

Diese Grundsätze betreffen auch die Darlegungsanforderungen nach § 172 Abs. 3 S. 1 StPO.

Das BVerfG führt hierzu im Wesentlichen aus:

*„Es begegnet vor diesem Hintergrund keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, § 172 III 1 StPO so auszulegen, dass der Klageerzwingungsantrag in groben Zügen den Gang des Ermittlungsverfahrens, den Inhalt der angegriffenen Bescheide und die Gründe für ihre Unrichtigkeit wiedergeben und eine aus sich selbst heraus verständliche Schilderung des Sachverhalts enthalten muss, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage in materieller und formeller Hinsicht rechtfertigt. Denn diese Darlegungsanforderungen sollen die Oberlandesgerichte vor einer Überlastung durch unsachgemäße und unsubstantiierte Anträge bewahren und in die Lage versetzen, ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten eine Schlüssigkeitsprüfung vorzunehmen. (...) Das Gericht darf deshalb im Hinblick auf die norminternen Direktiven des Art. 19 Abs. 4 GG einen Klageerzwingungsantrag nicht vorschnell aufgrund der formellen Hürden des § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO verwerfen. (...) Die Zulässigkeit des Antrags gemäß § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO erfordert nicht das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts. Dessen Vorliegen ist vom Gericht erst im Verfahren gemäß § 173 StPO zu prüfen, wobei es lückenschließende Ermittlungen anordnen kann. Die formalen Anforderungen des § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO verlangen.“*

#### b) Nichteinhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen im vorliegenden Fall

aa) Das BVerfG sieht zunächst, entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts, die wesentlichen Inhalte der aufgeführten Beweismittel in dem Klageerzwingungsantrag als ausreichend wiedergegeben. Der dahinterstehende Zweck - es dem Gericht zu ermöglichen, eine Schlüs-

sigkeitsprüfung ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakte durchzuführen - setze keine vollständige Wiedergabe der Ausführungen eines Sachverständigen voraus. Auszüge hieraus können ebenso genügen, wenn dem Gericht hierdurch nicht ein unzutreffendes oder entstellendes Bild des Ermittlungsergebnisses präsentiert wird. Die vorliegende Darstellung erfüllt diese Voraussetzungen.

bb) Des Weiteren führt es vorliegend auch nicht zu einer Unzulässigkeit des Klageerzwingungsantrags, dass dieser Sachverständigengutachten in Form von Scans oder Direktzitate enthält und auf Anlagen Bezug nimmt. Zwar ist ein Hineinkopieren von in Bezug genommenen Bestandteilen in die Antragsschrift nicht zulässig. Etwas anderes gilt jedoch, wenn gerade der Wortlaut der eingefügten Unterlagen entscheidend ist und hierdurch lediglich das vollständige Abschreiben der relevanten Passagen ersetzt wird. Dies war hier der Fall.

cc) Das BVerfG widerspricht auch dem Vorbringen des OLG Rostocks, die Anforderungen des § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO seien nicht erfüllt, nur weil der Klageerzwingungsantrag auf weitere Anlagen mit einigem Umfang Bezug nimmt, die für die Beurteilung durch das Gericht notwendigerweise gelesen werden müssten. Nach Auffassung des BVerfG war der wesentliche Inhalt der in Bezug genommenen Anlagen bereits ausreichend im Klageerzwingungsantrag selbst enthalten. Unerheblich ist es daher auch, dass die Anlagen erst nach Ablauf der Frist des § 172 Abs. 3 Satz 2 StPO beim Oberlandesgericht eingegangen sind, da der Antrag auch vor Fristablauf bereits den Anforderungen des § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO entsprochen hatte.

### 3. Dennoch keine Annahme der Verfassungsbeschwerde

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde dennoch aufgrund der spezifischen Besonderheiten des Falls nicht zur Entscheidung angenommen.

*„Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist jedoch nicht zur Durchsetzung des Grundrechts des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 GG angezeigt, weil deutlich abzusehen ist, dass sein Klageerzwingungsantrag auch im Falle einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht im Ergebnis keinen Erfolg haben würde. (...) Soweit sich aus dem Klageerzwingungsantrag schlüssig dargelegte Anhaltspunkte für eine fahrlässige Tötung ergeben könnten, wäre die Tat unter Zugrundelegung der im Antrag enthaltenen Darstellung des Gangs des Ermittlungsverfahrens verjährt.“*

Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass das BVerfG im vorliegenden Fall auch keine Pflichtverletzung darin sieht, dass die Strafverfolgungsorgane keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen unternommen haben.

## III. Bewertung

Die vorliegende Entscheidung des BVerfGs überzeugt sowohl im Ergebnis als auch hinsichtlich der zugrundeliegenden Begründung. Es muss ein Ausgleich gefunden werden zwischen

- dem Zweck, der mit den formellen Anforderungen an Rechtsmittel erreicht werden soll und
- der Gewährleistung einer effektiven Rechtsdurchsetzung durch den Bürger.

### 1. Zweck der formellen Anforderungen und Umfang

Natürlich sollen – und müssen - Gerichte, wie das BVerfG zutreffend ausführt, vor einer Überlastung grundsätzlich bewahrt werden. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen durch die Bearbeitung unzureichender Anträge und dem dadurch hervorgerufenen Erfordernis weitere Ermittlungen drohen.

Dies führt dazu, dass dem Antragsteller in erster Linie abverlangt werden kann, das konkrete Ereignis zu schildern, das im angestrebten Hauptverfahren rekonstruiert werden und sodann den Tatvorwurf begründen soll<sup>2</sup>. Notwendig ist also eine erschöpfende Sachverhaltsdarstellung, aus der sich die behauptete Strafbarkeit und deren Verfolgbarkeit ergeben – d.h. also eine Schilderung des objektiven Tatgeschehens und der inneren Tatseite<sup>3</sup> und - bei entspre-

<sup>2</sup> VerfGH 128/03, NJW 2004, 2728 (2729); OLG Celle, NJW 2008, 2202; SK/Wohlers Rn. 72.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, NSTZ-RR 1998, 365; KK/Moldenhauer Rn. 34; AnwK/Walther Rn. 21.

chendem Anlass - auch die für ein Versuchs-, Unterlassens- oder Beteiligungsdelikt maßgeblichen Umstände.<sup>4</sup>

Ferner hat der Antrag die Beteiligten auszuweisen, also die eigene Betroffenheit bzw. Verletzeneigenschaft des Antragstellers zu begründen<sup>5</sup> sowie den oder die Vorwurfsadressaten zu bezeichnen oder jedenfalls deren Feststellbarkeit aufzuzeigen und im Falle einer Personenmehrheit auch die einzelnen Tatvorwürfe individuell zuzuordnen.

Das Gesetz fordert ferner die Benennung von Beweismitteln, die aus Sicht des Antragstellers die Realitätsentsprechung des geschilderten Sachverhalts und dessen Nachweisbarkeit belegen. Dem entspricht der Antrag nur, wenn

- er die Beweismittel auf die betreffenden Beweistatsachen bezieht<sup>6</sup> und
- ihre dahingehende Aussagekraft erkennen lässt<sup>7</sup>

Auf diese Weise muss die Beweisbarkeit der gesamten deliktsrelevanten Umstände dargetan werden. Dass die fraglichen Beweise von der Staatsanwaltschaft (ganz oder teilweise) bereits gewürdigt wurden, ist für die geforderte Darstellung im Antrag unerheblich<sup>8</sup>. Mit Blick auf ihre Beweisrelevanz ist eine etwaige Beschuldigteneinlassung stets mitteilungsbedürftig.<sup>9</sup>

## 2. Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes

Allerdings dürfen gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel auch nicht leerlaufen und dem Bürger seine Rechtsschutzmöglichkeiten genommen werden, indem die Gerichte weit überhöhte und eventuell kaum tatsächlich umsetzbare formelle Anforderungen an die Rechtsmittel stellen.

Insbesondere hinsichtlich des Klageerzwingungsverfahrens, das für den Antragssteller grundsätzlich die letzte Möglichkeit darstellt, eine Anklageerhebung zu erreichen, sollten die Voraussetzungen nicht überspannt und ein Antrag nicht vorschnell abgewiesen werden.

Im vorliegenden Fall war es im Hinblick auf Art. 19 IV GG daher überzeugend, einen ausreichenden Antrag anzunehmen. Der Beschwerdeführer hat in seinem Antrag die entscheidungserheblichen Inhalte umfangreich dargestellt und dem Oberlandesgericht die Möglichkeit eröffnet, sein Begehren zu überprüfen. Ein unzutreffendes Bild der Sachlage wurde aufgrund dieser Darstellungsweise gerade nicht hervorgerufen.

## IV. Ausblick

Für die Praxis hat diese Entscheidung künftig insbesondere Auswirkungen im Hinblick auf den Klageerzwingungsantrag, indem die Grenzen der noch als verfassungsrechtlich zulässig angesehenen Anforderungen durch das BVerfG konkretisiert wurden.

Aber auch für alle weiteren im Gesetz kodifizierten Rechtsmittel hat die Entscheidung grundsätzliche Bedeutung: Sie ruft abermals in Erinnerung, ein besonderes Augenmerk auf den bei der Prüfung der formellen Anforderungen einzuhaltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu legen. Formerfordernisse müssen sich im Hinblick auf den damit verfolgten Gesetzeszweck stets noch als geboten erweisen, um den Schutz der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG zu gewährleisten.

<sup>4</sup> Zu den die Garantenstellung begründenden Umständen OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2001, 112 (114); OLG Bamberg, NStZ-RR 2012, 248 (250).

<sup>5</sup> So etwa OLG Düsseldorf, NStZ 1995, 49; OLG Köln, NStZ-RR 2003, 212.

<sup>6</sup> OLG Celle, NStZ 1988, 568; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 365.

<sup>7</sup> beispielsweise den betreffenden Inhalt einer Zeugenaussage oder Urkunde behauptet.

<sup>8</sup> vgl. Löwe/Rosenberg/Graalman-Scheerer Rn. 152.

<sup>9</sup> Dazu im Einzelnen Krumm StraFo 2011, 205 (208 f.) m.w.N.

## Insolvenzstrafrecht

---

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

# Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

## I. Strafprozessrecht

### Anordnung eines Vermögensarrestes und Verhältnismäßigkeit - § 111 StPO

Der Vermögensarrest muss auch nach dem neuen Einziehungsrecht verhältnismäßig sein; die Streichung des § 111b Abs. 3 StPO a.F. gebietet keine andere Beurteilung.

### OLG Rostock, Beschluss vom 12.04.2018 – 20 Ws 42/18, StraFo 2018, 350.

Im Nachgang hierzu hat sich das OLG Rostock im selben Verfahren mit Beschluss vom 07.06.2018 – 20 Ws 42/18, JurBüro 2018, 407, noch mit der Frage auseinandergesetzt, wie der Gegenstandswert anwaltlicher Tätigkeit im Beschwerdeverfahren zur Abwendung/Aufhebung von Vermögensarrest berechnet werden muss; s. dazu auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.04.2014 – 1 Ws 212/13, wistra 2014, 365, sowie OLG Frankfurt, Urteil vom 11.05.2017 – 1 U 203/17, StRR 2017, 22.

## II. Materielles Strafrecht

### Strafvereitelung des Strafverteidigers durch Entziehung von Überführungsstücken vor dem Zugriff der Ermittlungsbehörden durch Berufsträger - § 258 StGB

Vereitelt ein Strafverteidiger die Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen, für die kein Beschlagnahmeverbot besteht, indem er absichtlich oder wissentlich falsche Angaben zu seinem Besitz an diesen macht, überschreitet er die Grenzen zulässiger Verteidigung. Ein solches Verhalten erfüllt den Tatbestand der Strafvereitelung, wenn dadurch das Strafverfahren gegen den Mandanten zumindest für geraume Zeit verzögert wird.

### BGH, Beschluss vom 08.08.2018 – 2 ARs 121/18, ZInsO 2018, 2297 = NJW 2018, 3260.

Mit seiner Entscheidung billigte der BGH die vorangegangene Ausschließung eines Verteidigers durch das OLG Oldenburg auf der Grundlage des § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO. S. zu dem Beschluss die krit. Anm. von Mitsch, NJW 2018, 3260.

## III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

### 1. Anwaltliche Auskunftspflicht und Rechenschaftspflicht gegenüber Insolvenzverwalter - §§80, 97 Abs. 1 InsO

Ein Anwalt ist nach § 9 RVG berechtigt, einen angemessenen Vorschuss für bereits entstandene und voraussichtlich entstehende Gebühren und Auslagen zu fordern. Er hat hierüber nach § 23 BORA bzw. §§ 675 Abs. 1, 666 BGB Rechenschaft zu geben. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mandanten geht das Recht, diesen Anspruch geltend zu machen, auf den Insolvenzverwalter über. Die anwaltliche Schweigepflicht aus § 43a Abs. 2 BRAO steht dem nicht entgegen.

### BGH, Beschluss vom 18.06.2018 – AnwZ (Brfg) 61/17, ZInsO 2018, 1794.

Die Frage, wer Berufsheimnisträger gerade im Insolvenzfall wirksam vom beruflichen Schweigerecht entbinden kann ist seit geraumer Zeit umstritten; vgl. aus der aktuellen Rechtsprechung etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 – 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399, OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 – III-2 Ws 544/15, ZInsO 2016, 157 mit zust. Anm. Kirsch, NZWiSt 2016, 287, OLG Hamm, Beschluss vom 17.08.2017 – 4 Ws 130/17, ZInsO 2017, 2316, einerseits, OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.12.2016 – 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 443 mit abl. Anm. Weyand sowie mit Anm. Raschke, NZWiSt 2017, 226 andererseits. S. jüngst zudem OLG Hamm, Beschluss vom 27.02.2018 – 4 Ws 9/18, ZInsO 2018, 1152. Allgemein und umfassend zum aktuellen Stand der Problematik s. Weyand, ZInsO 2018, 1889.



Soweit ersichtlich, hat sich der BGH jetzt erstmals in seinem Beschluss vom 18.06.2018 explizit zu dem Übergang der diesbezüglichen Dispositionsbefugnis geäußert. Er führt in Rn. 7 der Entscheidung insoweit aus: „...Mit der Insolvenz des Mandanten geht die Dispositionsbefugnis des „Geheimnisherrn“, soweit Angelegenheiten der Masse betroffen sind, auf den Verwalter über. Gegenteiliges folgt nicht aus der vom Kläger angeführten Vorschrift des § 97 Abs. 1 InsO, nach welcher der Schuldner gegenüber dem Verwalter über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben hat. Aus dieser Auskunftspflicht hat der BGH gerade hergeleitet, dass der Schuldner nicht berechtigt ist, Dritte wegen ihnen anvertrauter Geheimnisse von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Aus Rechten des Insolvenzschuldners kann der Anwalt deshalb keine Einwendungen gegen das Auskunftsverlangen des Verwalters herleiten. ...“

## 2. Löschung der Eintragung eines Geschäftsführers im Handelsregister von Amts wegen - § 395 Abs. 1 FamFG, § 6 Abs. 2 GmbHG

Das Registergericht kann den Geschäftsführer einer GmbH gem. § 395 Abs. 1 FamFG auch dann im Handelsregister löschen, wenn sich seine Eintragung erst aufgrund einer nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer erfolgten Verurteilung als unrichtig erweist. Dabei steht ein Strafbefehl nach § 407 Abs. 1 StPO einer Verurteilung i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG gleich.

**KG, Beschluss vom 17.07.2018 – 22 W 34/18, ZInsO 2018, 2374.**

Der Betroffene wollte die Löschung verhindern, weil gegen ihn kein Urteil, sondern ein – mittlerweile rechtskräftiger – Strafbefehl ergangen war. Dem erteilte das KG eine Absage: Zwar stellt § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG ausdrücklich darauf ab, dass jemand „verurteilt“ worden ist. Daraus kann man jedoch nicht folgern, dass nur „Urteile“ den Ausschluss vom Geschäftsführeramt zur Folge hätten, nicht aber auch Strafbefehle, was die Gleichstellung beider Entscheidungsformen durch § 410 Abs. 3 StPO zweifelsfrei belege. Vgl. in diesem Zusammenhang noch Weiß, GmbHR 2013, 1076.

## IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

**Gewerbeuntersagung gegen GmbH-Geschäftsführer wegen Unzuverlässigkeit - §§ 12, 35 GewO**

Eine Untersagungsverfügung auf der Grundlage des § 35 Abs. 7a GewO kann sich allein auf die künftige Gewerbeausübung beziehen; Gewerbe, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgenommen werden, sind von § 12 GewO nicht erfasst.

**OVG Münster, Beschluss vom 02.07.2018 – 4 A 987/17, ZInsO 2018, 2142.**

Das OVG lehnt in seinem Beschluss Präventivmaßnahmen auf der Basis gewerberechtlicher Schutzbestimmungen (§ 12 GewO) explizit ab. Zu der Entscheidung s. ausführlich Buchholz, jurisPR-InsR 17/2018 Anm. 2.

Prof. Dr. Nina Nestler, Bayreuth

## WisteV-Wistra-Neujahrstagung 2019

Am 18./19. Januar trafen sich rund 180 Juristen zur zehnten Neujahrstagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) und der Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) in Frankfurt am Main. Das Thema der diesjährigen Veranstaltung „**Dazu hab ich nen Fall – Praxisprobleme im Wirtschaftsstrafrecht**“ orientierte sich gerade in diametraler Richtung zu der letztjährigen Tagung, die sich noch den dogmatischen Grundlagen des Wirtschaftsstrafrechts angenommen hatte.

Dr. *Thomas Nuzinger* übergab zur Begrüßung an Prof. Dr. *Franz Salditt*, der über die neueren bzw. nach wie vor aktuellen Herausforderungen für die Strafverteidigung unter anderem durch Cum-Ex-Geschäfte in die Veranstaltung einführte. Es stelle sich das Problem der Abgrenzung einer einfachen Steuerhinterziehung von der schweren Steuerhinterziehung, für die etwa im Hinblick auf das unionsrechtliche Gebot zu effektiven und abschreckenden Strafen eine Grenzziehung bei 50.000 € vertretbar sei. Das Unionsrecht werde zudem in seiner Weiterentwicklung durch Sperrminoritäten und Einstimmigkeitserfordernisse gehemmt.

Im Anschluss verliehen *Folker Bittmann* und Dr. *Alexander Paradissis* den Preis der WisteV für Arbeiten im Wirtschaftsstrafrecht für die Jahre 2017 und 2018. Der Preis für das Jahr 2017 ging an Dr. *Lennart Fleckenstein* für seine Dissertation mit dem Titel: „Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten“. *Bittmann* hob die besondere praktische Relevanz des Themas hervor, das hier mit besonderer Gründlichkeit ausgearbeitet wurde. Für das Jahr 2018 erhielt Dr. *Julian Glandien* den WisteV-Preis für seine Arbeit mit dem Titel: „Fehlvorstellung im Markenstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum sowie von untauglichem Versuch und Wahndelikt“. *Paradissis* lobte die Arbeit für den außerordentlichen wissenschaftlichen Tiefgang in diesem dogmatisch an vielen Stellen noch unerschlossenen Bereich.

Die Moderation des ersten Blocks zu dem Thema „**Erlaubte Werbung und strafbare Täuschung – § 263 StGB als Verbraucherschutztatbestand**“ übernahm Dr. *Markus Rübenstahl*, der zunächst die Referenten vorstellte. Dr. *Philipp Gehrman* sprach als erstes über „Vertriebserfolg und Betrugsstrafbarkeit bei Vermögensanlagen“. Im Zentrum seines Vortrags standen Täuschung und Irrtum. *Gehrman* stellte einige täuschende Vertriebspraktiken vor und wandte sich den relevanten Tatbeständen zu, unter anderem § 264a StGB, § 16 UWG, § 49 Abs. 1 Nr. 4 WeinG, § 59 Abs. 1 Nrn. 7 bis 9 LFGB. Maßstab der Irreführung sei hier stets der Durchschnittsverbraucher bzw. Durchschnittsanleger. Dies sei beim Betrug anders, der auch den besonders Leichtgläubigen oder Naiven schütze. *Gehrman* ging weiter auf die Rspr. des BGH aus dem Jahr 2014 ein, wonach das europäische Verbraucherleitbild nicht im Wege der Auslegung in den Betrugstatbestand hineinzulesen ist.

Dr. *Stephan Beukelmann* schloss mit seinem Vortrag zu dem Thema „Legitimer Gläubigerschutz und Betrug am Schuldner bei Inkassounternehmen“ an. Ausgangspunkt war dabei die Regelung des § 2 RDG, wonach Inkassounternehmen eine materielle Rechtsprüfung der geltend gemachten Forderung nicht vornehmen müssen. *Beukelmann* stellte dazu statistisches Material der Verbraucherzentrale vor, das auf der Grundlage eingegangener Beschwerden den Anteil berechtigter Forderungen bei nur 14 % ergab. Im weiteren Verlauf kritisierte *Beukelmann* die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 9.10.2018 (2 Ws 51/17) zur Betrugsstrafbarkeit bei Zahlung aus „Lästigkeit“. *Beukelmann* wies darauf hin, dass ein bloßer Verstoß gegen § 4a UWG nicht strafbar ist, Nötigung und Erpressung aber sehr wohl.

Im Anschluss wurde in eine Diskussion eingetreten. *Rübenstahl* warf dabei die Fragen auf, wie sich die Rspr. zur Beihilfe bei neutralen Verhaltensweisen zu den von *Beukelmann* vorgetragenen Fällen verhält, und ob das Verhalten der Inkassounternehmens als Beihilfe oder als täterschaftliches Verhalten einzustufen ist. *Beukelmann* meinte, die Grundsätze berufstypischen Verhaltens seien auf die Mittäterschaft nicht übertragbar. *Nuzinger* wandte darauf ein, dass zunächst geklärt werden muss, ob das Geltendmachen einer nicht bestehenden oder zweifelhaften Forderung überhaupt eine Täuschung darstellt.

Dr. *Christian Brand* fuhr mit einem Vortrag zu dem Thema: „Marktübliches Verhalten und Betrugsstrafbarkeit deutscher Kraftfahrzeughersteller“. *Brand* konzentrierte sich dabei auf § 263 StGB. Die größte Schwierigkeit liege jedoch darin, dass der Sachverhalt nur aus den Medien erschlossen werden könne. Die Haftung des Herstellers hänge von der Kenntnis der Entschei-

dungsträger ab, § 31 BGB. Gelangte man aber im Zivilrecht zu dem Ergebnis, die Entscheidungsträger hätten die Manipulationen gekannt, so beruhte dies in der Regel auf den zivilrechtlichen Beweislastregeln, die jedoch für das Strafrecht keine Rolle spielen. So genügt möglicherweise für das Zivilrecht die nicht zu widerlegende Vermutung, die Vorstandsmitglieder hätten merken müssen, dass ein Motor nicht bei gleichbleibender Leistung verbesserte Abgaswerte erzielt; für das Strafrecht ließe sich dies jedoch nicht heranziehen. Auch könne in dem Inverkehrbringen von Fahrzeugen nicht automatisch die konkludente Erklärung gesehen werden, daran keine Manipulationen vorgenommen zu haben. Insbesondere erstreckte sich auch der Inhalt der die Fahrzeuge bewerbenden Prospekte nicht auf sämtliche relevanten Fakten. Eine Garantenpflicht des Herstellers zu Aufklärung der Kunden bestehe ebenfalls nicht, da zwischen beiden kein Vertrag zustande komme. Selbst auf Seiten des Verkäufers sei eine solche Pflicht z.B. aus Ingerenz nicht gegeben, da die missachtete Pflicht nicht vermögensschützend wirkt, sondern den Umweltschutz bezweckt. *Brand* wies jedoch darauf hin, aus einer unionsrechtskonformen Auslegung könne sich ggf. etwas anderes ergeben. Problematisch sei ferner das Irrtumsmerkmal, das auch die Rspr. – abhängig vom konkreten Einzelfall – bereits verneint hat. Für das Vorliegen eines Vermögensschadens mahnte *Brand* schließlich an, die Gerichte hätten hier genau zu ermitteln, inwiefern tatsächlich eine Wertminderung gegeben ist. Auch zu der Frage der Bereicherungsabsicht nahm *Brand* Stellung.

Im Anschluss wurde in die Diskussion eingetreten. *Gehrmann* wandte ein, dass die Käufer als Zeugen vor Gericht nicht gehört werden würden, da die Rspr. den Rückschluss auf deren Vorstellungsbild ohnehin aus den objektiven Umständen zieht. *Brand* hielt dem entgegen, die große Mehrheit der Verbraucher kaufe nicht aus Umweltbewusstsein ein bestimmtes Fahrzeug. *Rübenstahl* warf sodann die Frage auf, wo die Grenze zwischen einer noch zulässigen Optimierung der Abgaswerte auf dem Prüfstand und einer unzulässigen Manipulation liege. *Brand* sah in solchen reinen Optimierungsmaßnahmen keine Täuschung. *Rübenstahl* nahm schließlich die Zulieferer in den Blick und fragte, wie deren Verhalten zu bewerten sei; *Brand* stufte dies als neutrales Verhalten ein, das nach den entsprechenden Grundsätzen der Beihilfe zu behandeln sei.

Am Abend trafen sich die Tagungsteilnehmer erneut, um der **Podiumsdiskussion** zur Problematik sog. Cum-Ex-Geschäfte zu folgen. Dr. *Martin Wulf* moderierte die Diskussion, stellte die Referenten vor und führte in die einschlägigen Sachverhalte ein. Zunächst sprach dann *Joachim Moritz*, der insbesondere die zurückhaltende Linie des BFH kritisierte. Banken scheuten sich aus Reputationsgründen, die Sachverhalte „nach oben zu tragen“. Es handle sich um „vermintes Gelände“; es sei daher an der Zeit, dass der BFH zu einem solchen Fall Farbe bekenne. Danach sprach Prof. Dr. *Karl-Georg Loritz*, der die Frage aufwarf, wem die jeweilige Aktie zu welchem Zeitpunkt überhaupt zuzuordnen sei. Aktien seien nicht individualisierbar, das deutsche Sachenrecht passe hier nicht, um die rechtliche Zuordnung vorzunehmen. Daher lasse sich auch die Kapitalertragssteuer nicht ohne Weiteres zurechnen; ein Käufer könne nicht erkennen, ob diese bereits abgeführt ist oder nicht. *Wulfs* Einwand hielt *Loritz* entgegen, zwar dürften die Üblichkeiten an der Börse nicht das Recht bestimmen, das Recht müsse sich aber der sich ändernden Realität anpassen und dürfe nicht „hinterherhinken“.

Am Vormittag des 19.1. folgte der zweite Block zu dem Thema: „**Steuerrecht und Steuerstrafrecht**“. Die Moderation übernahm Prof. Dr. *Carsten Wegner*. Zunächst berichtete Dr. *Sebastian Beckschäfer* über Probleme der steuerlichen Erklärungspflichten im laufenden Strafverfahren. Im Zentrum stand dabei der Widerspruch zwischen der strafrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit und den negativen steuerrechtlichen Konsequenzen verweigerter Mitwirkung. Anschließend folgten zwei Vorträge zu dem Thema: „Voraussetzung und Grenzen von Schätzungsbefugnissen in steuerlichen Verfahren und im Steuerstrafverfahren“. RiFG Dr. *Franziska Peters* eröffnete das Thema aus der Perspektive des steuerlichen bzw. finanzgerichtlichen Verfahrens anhand eines Fallbeispiels, in dem im Zusammenhang mit einer Betriebsprüfung die Kassenführung beanstandet wurde und daraufhin eine Schätzung erfolge. *Peters* sprach anschließend über die Grundlagen der Schätzung, Es bestehe ein gewisser Widerspruch zum Amtsermittlungsgrundsatz, der aber dort ende, wo auch die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen enden. Soweit der Steuerpflichtige nicht mitwirke, müsse (und dürfe) sich das Gericht damit begnügen festzustellen, wie wahrscheinlich der Sachverhalt war. Bei der Schätzung erfolge stets eine dreistufige Prüfung hinsichtlich von Schätzungsbefugnis dem Grund nach, Schätzung der Höhe nach sowie Plausibilität des Schätzungsergebnisses. *Peters* plädiert schließlich für eine bessere

Kommunikation zwischen Steuerpflichtigem und Gericht. Den Anschluss machte Dr. *Tilmann Reichling*, der zu dem Thema aus der Perspektive des Steuerstrafverfahrens Stellung nahm. Zunächst wies *Reichling* darauf hin, dass nach wie vor offen sei, welchen Aufwand man betreiben müsse, um den wahren Sachverhalt zu ermitteln. Nach der h.Lit. sei es nicht zulässig, allein aus prozessökonomischen Gründen hierbei Abstriche zu machen. Der BFH vertrete hier jedoch die Auffassung, dass bei unangemessenem Aufklärungsaufwand zu einer Schätzung übergegangen werden dürfe. *Reichling* mahnte zudem an, dass Strafgerichte nicht an die Feststellungen im Steuerverfahren gebunden sind. Auch wirke sich die Verletzung von Mitwirkungspflichten im Steuerverfahren bereits bei der Frage der Beweislast und nicht erst – wie im Strafverfahren – bei der Beweiswürdigung aus. *Reichling* ging auf die Rspr. des BFH ein, der in bestimmten Fällen eine Reduzierung der Sachaufklärungspflicht annimmt. Dem hielt *Reichling* gestützt auf ein von *Joecks* gebildetes Beispiel entgegen, in anderen Bereichen sei dies in Strafverfahren undenkbar. *Reichling* ging sodann auf die Entscheidung des 1. Strafsenats ein, in der der Senat zur Schätzung im Steuerstrafverfahren Leitlinien aufgestellt hatte.

In der anschließenden Diskussion kam die Frage auf, wie es sich mit der Bestandskraft im Fall einer „Unterschätzung“ verhält. *Peters* entgegnete, dies habe auch im Steuerverfahren keinen Einfluss auf die Bestandskraft, sofern diese einmal eingetreten ist. *Reichling* sah die Situation im Strafrecht eher unklar, da über man über die praktische Anwendung der neugefassten §§ 76a, 76b StGB noch nichts sagen könne. Auf eine Frage von Prof. Dr. *Carsten Wegner* hin sprach sich *Peters* für feineres und stärker steuerrechtlich geprägtes Argumentieren aus.

Der dritte Vortrag des Vormittags wurde von Prof. Dr. *Martin Asholt* zu dem Thema: „Verjährungsfragen in Steuerrecht und Steuerstrafrecht“ gehalten und mit zwei Fallbeispielen eröffneten. Die entscheidende Frage lautete nach *Asholt* stets: Wann beginnt die Verjährung im Steuerstrafrecht? *Asholt* ging dazu näher auf § 78a StGB und die Wendungen „Tat beendet“ (Satz 1) und „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ (Satz 2) ein und erklärte die Genese der Norm unter Rekurs auf ihre historischen Bezüge. Problematisch seien hier insbesondere die verschiedenen Tatbegriffe nach § 11 StGB, § 52 StGB und § 264 StPO. Der Bezugspunkt der Verjährung sei indes ein materieller. Auch könne eine spätere Strafverfolgung durchaus positive Effekte haben bzw. seien die Wirkungen der Verjährung ambivalent zu beurteilen. Wolle man mehrere Einzelhandlungen zu „Verjährungskomplexen“ zusammenschließen, so müsse man dies also gut begründen. die von der h.M. betriebene Interpretation nehme § 78a StGB i.E. seinen Satz 2. Ein besonderes Problem stelle schließlich der Verjährungsbeginn bei Unterlassungsdelikten im Steuerstrafrecht dar. Hier sei Vollendung mit dem Veranlagungsschluss gegeben, der Beendigungszeitpunkt sei jedoch streitig. Das Hinausschieben des Verjährungszeitpunkts über § 171 Abs. 7 AO führe letztlich zu einem „perpetuum mobile“ der Unverjährbarkeit. Dieses Ergebnis hielt *Asholt* für wenig überzeugend; stattdessen sei der Gesetzgeber in der Pflicht, die Verjährungsfristen entsprechend zu regeln.

Den dritten Themenblock („Die Akte im Strafverfahren“) moderierte *Kathie Schröder*, die zunächst die Referenten vorstellte.

Dr. *Johannes Corsten* übernahm den ersten Vortrag des Nachmittags zu dem Thema: „Akteneinsichtsrecht der Verteidigung nach § 147 StPO“. Die Vorschrift sei als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG einzuordnen und diene dazu, eine „Parität des Wissens“ herzustellen. Dies entspreche dem Gebot der Waffengleichheit und damit dem Recht auf ein faires Verfahren. Der Gegenstand des Akteneinsichtsrechts sei entsprechend den Grundsätzen der Aktenvollständigkeit und Aktenwahrheit zu bestimmen. Problematisch sei bereits § 199 Abs. 2 S. 2 StPO, der nicht erkennen lasse, welche Bestandteile der Ermittlungen überhaupt mit zu den Akten gegeben werden. Der Vorschrift lege die Rspr. jedenfalls einen formellen Akteneinsichtsrechts zugrunde, der im Gegensatz zu dem materiellen Akteneinsichtsrechts der Lit. stehe. Eine weitere Schwierigkeit liege deshalb darin, dass zur Einsicht i.d.R. nur der Hauptordner gegeben werde, während Unterordner sowie Beweismittelordner häufig gesondert angefordert werden müssten. Beschränkungen des Akteneinsichtsrechts folgten aus rechtlichen wie auch aus tatsächlichen Gründen. Werde die Versagung des Akteneinsichtsrechts auf § 147 Abs. 2 StPO gestützt, so machten die Strafverfolgungsbehörden i.d.R. keine genaueren Ausführungen dazu, warum der Untersuchungszweck dadurch gefährdet werde. Es sei zwar nachvollziehbar, dass auf anstehende Durchsuchungen nicht hingewiesen werde, gleichwohl aber nicht ausreichen könne doch ein bloßer Hinweis auf den Gesetzestext. *Corsten* ging sodann auf die Prob-

lematik ein, dass Akteneinsicht nicht gewährt werden kann, weil die Akten anderweitig versandt sind; im „digitalen Zeitalter“ sei dies nicht nachvollziehbar und führe obendrein zu beachtlichen Verfahrensverzögerungen. Er warf sodann die Frage auf, ob nicht ggf. sogar ein Anspruch auf Anfertigung eines Aktenduplikats bestehe, um derartige Verzögerungen zu vermeiden. Das OLG Frankfurt habe dies bereits mit Verweis auf den Beschleunigungsgrundsatz bejaht. Cortes diskutierte anschließend §§ 32 ff. StPO, die nunmehr Regelungen zur elektronischen Akte enthalten. Damit bestehe zumindest die Hoffnung, dass sich diese Probleme der Verfahrensverzögerung in Zukunft vermeiden oder reduzieren lassen. Ebenfalls eingegangen wurde auf die Frage, ob ein Anspruch darauf besteht, dass elektronische Ermittlungsergebnisse sowie „Meta-Daten“ der Beweismittel mit zur Akte genommen werden. Schließlich erwähnte *Corsten* die Problematik, dass sich in der Akte Informationen finden, die nicht zur Kenntnis des Beschuldigten gedacht sind (z.B. nicht vollstreckte Haftbefehle).

Der nächste Vortrag wurde von Dr. *Constantin Lauterwein* gehalten zu dem Thema: „Sonstige Akteneinsichtsrechte in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren“. *Lauterwein* eröffnete mit der Kritik, Akteneinsichtsverfahren dauerten häufig länger, als die eigentlichen Ermittlungsverfahren. Jedoch könnten auch Dritte berechnigte Interessen an den Akteninhalten haben, so dass in diesen Fällen Einsicht gewährt werden müsse. Es folgte ein Vergleich von § 406e StPO und § 475 StPO. *Lauterwein* ging dabei auf die Frage ein, wann ein Delikt überhaupt einen Verletzten bzw. Geschädigten habe; dies könne eigentlich nur der Fall sein, wenn der betreffende Tatbestand nicht lediglich Universalgüter schütze. Anschließend diskutierte *Lauterwein* die einschlägige Rspr. des BVerfG zur Marktmanipulation. Zudem ging er auf Versagungsgründe ein, wobei er den Hauptgrund in dem schutzwürdigen Versagungsinteresse eines Betroffenen sah. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse seien für sich genommen jedoch keine absoluten Versagungsgründe. *Lauterwein* diskutierte dabei auch die neuere Rspr. des OLG Hamburg, wonach Akteneinsicht zu versagen sei, um eine Zeugenaussage nicht zu gefährden oder zu trüben. Zuletzt erörterte *Lauterwein* die Problematik des § 477 Abs. 4 S. 2 StPO, wonach im Fall der Datenübermittlung zwischen Behörden die übermittelnde Stelle nur prüft, ob das Übermittlungersuchen im Rahmen der Aufgaben des Empfängers liegt.

Den letzten Vortrag hielt Bundesanwalt beim BGH Dr. *Ralf Wehowsky* zu dem Thema: „Einführung von Akteninhalten in die Hauptverhandlung einschließlich Revisionsfragen. Den Vortrag begann er mit einem Fall aus dem Jahr 2006, der ein Ermittlungsverfahren im Bereich organisierter Kriminalität zum Gegenstand hatte, in dem insg. 82.500 Telefonate aufgezeichnet worden waren. In der Hauptverhandlung stellte sich heraus, dass weitere 81.900 Aufzeichnungen durch die Polizei gefertigt worden waren, deren Zusammenfassungen jedoch nicht an die StA weitergeleitet worden waren. *Wehowsky* diskutierte, ob ein entsprechender Antrag der Verteidigung, Einsicht in diese Aufzeichnungen zu nehmen und sie ggf. in die Hauptverhandlung einzuführen, abgelehnt werden konnte. Nach der einschlägigen Rspr. des BGH umfasst der Anspruch auf Akteneinsicht das gesamte Verfahren. Anhand eines weiteren Fallbeispiels erörterte *Wehowsky* sodann, dass Beweisanträge ins Blaue hinein abgelehnt werden können. Das Selbstleseverfahren erlange immer größere Bedeutung; eine Beanstandung der Art und Weise der Durchführung des Selbstleseverfahrens müsse jedoch in der Hauptverhandlung beanstandet worden sein.

In der anschließenden Diskussion warf *Nuzinger* die Frage auf, woher die Rspr. zur Versagung der Akteneinsicht bei Gefährdung des Ermittlungszwecks stamme. *Corsten* wies darauf hin, dass die Versagung nach § 147 Abs. 2 StPO insoweit nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sei und es nur wenige Entscheidungen gebe, in denen ausnahmsweise Rechtsschutz gewährt wurde. An *Lauterwein* richtete *Nuzinger* die Frage, wie es sich mit dem Individualschutz bei Bestechungsdelikten verhalte. *Lauterwein* sprach sich hier klar gegen den individualschützenden Charakter der entsprechenden Delikte aus. Schließlich wurde die Frage diskutiert, ob es denn ein standardisiertes und nutzerfreundliches Tool für die Auswertung von elektronischen Akteninhalten geben werde. *Wehowsky* zeigte sich hier jedoch wenig optimistisch.

# Junges Wirtschaftsstrafrecht - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis

Tagungsbericht zur Gemeinschaftsveranstaltung Junges Strafrecht e.V. und Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) an der Goethe-Universität am 12.10.2018 in Frankfurt a.M.

Am 12.10.2018 fand die Auftaktveranstaltung Junges Wirtschaftsstrafrecht - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. statt. Die Gemeinschaftsveranstaltung der Junges Strafrecht e.V. und der WisteV bietet als neues Format aufstrebenden Talenten aus Theorie und Praxis die Möglichkeit, neue Ideen und kreative Ansätze auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts zu präsentieren.

## I. Panel I: Der Weg ist das Ziel – Ermittlungsverfahren in Wirtschaftsstrafverfahren

Nach der Begrüßung durch Dr. Schmitt-Leonardy und Rechtsanwalt Dr. Paradissis übernahm Rechtsanwalt Dr. Reichling die Moderation des ersten Panels, das Rechtsanwältin Dr. Schelzke mit einem Vortrag über Strategien und Möglichkeiten des Strafverteidigers im Rahmen des Ermittlungsverfahrens im Kontext anhängiger Zivilklagen eröffnete. Im ersten Teil des Vortrags wurden die Normen der Strafprozessordnung mit Bezug zum Zivilrecht dargestellt. So diene § 154d StPO dem Zweck, dass die Staatsanwaltschaft nicht gezwungen werde, die Beweislage im Zivilrecht zu umgehen und damit letztlich der Einheit der Rechtsordnung. Eine ähnliche Vorschrift sei § 396 AO mit der Besonderheit, dass das Ruhen der Verjährung explizit angeordnet sei. Die Norm des § 153a StPO sei besonders unter dem Aspekt der Schadenswiedergutmachung interessant. In Bezug auf den sog. Täter Opfer Ausgleich nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO sei das notwendige Einverständnis des Verletzten zu beachten. Weiterer Punkt sei letztlich die Akteneinsicht des Geschädigten nach § 406e und § 475 StPO.

Im zweiten Teil stellte Dr. Schelzke fünf mögliche Verteidigungsstrategien dar. Eine erste strategische Überlegung könne die Anregung einer Fristsetzung bzw. Einstellung nach § 154d StPO, wenn das Strafverfahren missbraucht werde, um die Beweislast des Zivilrechts zu umgehen. Eine zweite Strategie sei eine zeitnahe Einstellung unter Auflagen nach § 153a StPO. Wie sich eine Erledigung nach § 153a StPO auf das Zivilverfahren auswirke, sei unklar. Jedenfalls sei § 153a StPO kein Schuldanerkenntnis. Allerdings habe der 6. Zivilsenat des BGH in einer Entscheidung ausgeführt, dass § 153a einem Freispruch deshalb nicht gleichkomme, weil der Beschuldigte nicht in gleicher Weise rehabilitiert werde. Als dritte Strategie sei die Folge einer Schadenswiedergutmachung zu beachten. Diese werde im Rahmen des § 153b StPO in der Regel vorteilhaft sein. Ein weiterer Vorteil sei, dass die Einziehung der Taterträge nach § 71e StPO ausgeschlossen sei. Die vierte Strategie sei die gütliche Einigung im Zivilverfahren. Hier sollte sich der Vergleich nicht als Schuldeingeständnis lesen lassen, wenn der Vorwurf weiter bestritten werde. Der fünfte strategische Ansatz beziehe sich auf die Reaktion auf Akteneinsichtsgesuche. Ein Argument gegen die Gewährung könne sein, dass das Akteneinsichtsgesuch nur der Ausforschung diene. In geeigneten Fällen könne auch eine drohende Verletzung des Steuergeheimnisses vorgetragen werden.

Im Anschluss referierte Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger über (Verfahrens-)Rechte von Unternehmen im Ermittlungsverfahren als Beteiligungsinteressenten und Dritte. Unbeteiligter Dritter sei jede Person, die keine spezifische Verfahrensrolle habe. Zur Verfahrensrolle des Beteiligungsinteressenten führte er aus, dass dieser mit § 475 StPO nur wenige Rechte habe, da er strengeren Voraussetzungen als § 406e StPO unterliege. Demgegenüber habe der Nebenbeteiligte dieselben Rechte wie ein Angeklagter und sitze faktisch wie der Angeklagte auf der Anklagebank. Beteiligungsinteressent sei derjenige, dem eine Geldbuße oder die Einziehung von Vermögensgegenständen drohe. Treffender sei jedoch der Begriff des Beteiligungsgefährdeten.

Zum Beschlagnahmenschutz von Verteidigungsunterlagen erklärte Dr. Schwerdtfeger, dass dieser mit der Entscheidung des LG Braunschweig (NSTZ 2016, 308) zeitlich weit im Vorfeld eines Ermittlungsverfahrens gewährt werde, weil eine schützenswerte Vertrauensbeziehung zur Vorbereitung einer Verteidigung auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren bestehen könne, wenn die Einleitung eines zukünftigen Ermittlungsverfahren lediglich zu befürchten sei. Maßgeblich sei die subjektive Sicht des Unternehmens. Das LG München (NJW 2018, 2385) fordere in den Jones Day-Entscheidungen zwar keine Einleitung eines Ermitt-

lungsverfahrens, allerdings sei ein hinreichender Tatverdacht erforderlich. Im Übrigen habe das BVerfG nur entschieden, dass diese Definition verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Das BVerfG habe hingegen nicht entschieden, dass es sich hierbei um die richtige Definition handele. In der Literatur (MG § 97 Rn 10c) werde die förmliche Einleitung gegen Dritte mit tatsächlichen Anhaltspunkten gefordert. Darüber hinaus sei die Einziehung gegen Dritte auch ohne Ermittlungsverfahren möglich.

In Bezug auf die Rechte des Unternehmens legte Dr. Schwerdtfeger das Akteneinsichtsrecht nach § 428 Abs. 1 und 2 StPO sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör nach § 426 Abs. 1 S. 1 StPO dar. Für den Fall, dass alle vertretungsberechtigten Organmitglieder einer Gesellschaft Beschuldigte sind, regte er für die Vertretung der juristischen Person im Straf- und Bußgeldverfahren zur Krisenprävention an, die Verantwortlichkeiten im Vorfeld zu klären, um im Krisenfall handlungsfähig zu sein. Hinsichtlich beschlagnahmegeschützter Gegenstände im Verhältnis von Unternehmen und Rechtsanwalt existiere kein allgemeines „legal privilege“. Nach hM dürften Unterlagen dann nicht beschlagnahmt werden, wenn der Mandant des Rechtsanwalts Beschuldigter in diesem Ermittlungsverfahren sei. In allen anderen Fällen seien zwischen Mandant und Rechtsanwalt ausgetauschte Unterlagen beschlagnahmefähig. Zum Beschlagnahmeschutz von Gegenständen gemäß § 97 Abs. 1 und 2 StPO bei Rechtsanwälten und Verteidigern führt er aus, dass Gegenstände im Alleingewahrsam von Rechtsanwälten geschützt seien, wenn das Unternehmen beteiligungsgefährdet sei und die Unterlagen in dem Zeitpunkt des Entstehens der Beteiligungsgefährdung angefertigt würden. Nach hM seien Unterlagen, die vor der Beteiligungsgefährdung erstellt wurden, nicht geschützt. Beim Unternehmen befindliche Unterlagen seien nach §§ 148, 428 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 StPO nur dann geschützt, wenn es sich um Verteidigungsunterlagen handelt.

In dem letzten Vortrag des ersten Panels stellte Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente Verteidigungsansätze bei exzessiven Datenbeschlagnahmen im Rahmen von Unternehmensdurchsuchungen vor. Unternehmensdurchsuchungen werden üblicherweise auf § 103 StPO gestützt. Bei Kartellsachen käme darüber hinaus die Anwendung der Vorschrift des § 102 StPO in Betracht. Die größten Risiken bestünden im Bereich der IT, weil die Ermittlungsbehörden vor der Durchsuchungsmaßnahme nicht wüssten, wie die individuelle IT des Unternehmens aufgebaut ist. Die zentrale Frage sei, wo die Daten liegen. Weiter seien auch die unklaren Zugriffsrechte der Mitarbeiter problematisch. Problematisch sei auch außerhalb des Systems eine unklare Ablagestruktur. Ein zusätzliches Problem sei der Passwortschutz bzw. die Verschlüsselung, wenn die Ermittlungsbehörden auf Unterlagen zugreifen möchten. Deshalb sollte klar sein, welche Daten verschlüsselt werden sollen und wie damit im Falle der Durchsuchung umzugehen ist. Ein Fehlverhalten bei der Durchsuchung führe zu einer extensiven Beschlagnahme. Auf Seiten der Polizei seien zum einen die Personalengpässe im IT-Bereich ein zentrales Problem. Zum anderen seien es zeitliche Engpässe und ein fehlendes Durchsuchungskonzept für die IT. Oft sei nicht bekannt, was genau gesucht werde. All dies sei Teil des Durchsuchungskonzeptes und sollte definiert sein. Weiter müsse bereits im Vorfeld geklärt sein, ob bei dem Unternehmen selbst oder einem externen Anbieter nach den Unterlagen bzw. Daten gesucht werden soll. Schließlich müsse vorab klar sein, wie die Daten sichergestellt werden sollen. Auf Gerichtsseite bestünde das Problem, dass dort auf die IT-Kompetenz der Exekutive zurückgegriffen werden müsse. Dies sei wegen des Richtervorbehalts misslich. IT-Durchsuchungen seien für die Gerichte nur ein Annex.

Das Grundproblem im IT-Bereich sei die Bestimmung der Gegenstände, da mit der Rechtsprechung des BVerfG (NJW 2003, 2669, 2670) eine gattungsmäßige Beschreibung erforderlich sei und E-Mails oder Word-Dokumente keine gattungsmäßige Beschreibung, sondern ein Speichermedium seien. Oft biete sich an, mit einer Schlagwortliste zu arbeiten. Eine Schlagwortliste des LKA führe dazu, dass eine Durchsuchung nach § 102 StPO stattfinde, weil nur geeignete Beweisgegenstände herausgesucht würden. Wichtig sei das Nachhalten einer Protokollierung der Datensicherung.

Zur Thematik des Zugriffs auf Auslandsserver führte Dr. Hiéramente aus, dass ein solcher gegen die Souveränität des anderen Staates und den Vorrang der Rechtshilfe verstoßen würde. Jedenfalls sei ein Datenverlust bei Unternehmensdurchsuchungen die zu begründende Ausnahme.

Als mögliche Handlungsoptionen empfahl Dr. Hiéramente die Einbindung des IT-Verantwortlichen in das Durchsuchungskonzept und die Benennung eines entsprechenden Vertreters. Darüber hinaus sollte eine Übersicht mit den Zugriffsberechtigten sowie

zusammen mit den Durchsuchungsbeamten ein „Datencontainer“ erstellt werden. Zum Thema der Löschung von sichergestellten Daten bezog sich Dr. Hiéramente auf die Rechtsprechung des BVerfG (NJW 2005, 197, 1922), wonach grundsätzlich alle kopierten Daten, die zur Zweckerreichung nicht erforderlich sind, zu löschen seien. Derzeit ergebe sich dies aus § 75 Abs. 2 BDSG.

In Bezug zu § 261 StPO führte Dr. Hiéramente zur Beweiswürdigungslösung aus, dass über das Extrahierte ein Protokoll zu erstellen sei, dass keine Manipulation passiert sei. Dann unterläge es der freien Beweiswürdigung des Richters, dass diese Daten authentisch seien. Möglich sei auch, die Daten über § 58 Abs. 3 BDSG zu sperren. Dr. Hiéramente schließt seinen Vortrag mit dem Ausblick, dass noch viele Fragen offen seien. So könnte man die sichergestellten Daten bei dem Ermittlungsrichter deponieren und die Staatsanwaltschaft müsste für jede erneute Durchsicht einen separaten Durchsuchungsbeschluss beantragen. Damit wäre das Misstrauen hinsichtlich der Authentizität beseitigt.

## II. Panel II: Verantwortung von und in Unternehmen

In dem ersten Vortrag des zweiten Panels, dass die Verantwortung von und in Unternehmen zum Gegenstand hatte und von Frau Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy moderiert wurde, stellte Herr Staatsanwalt Dr. Christoph Buchert Compliance und Internal Investigations aus staatsanwaltlicher Sicht dar.

Zu Beginn erläuterte er die sog. repressive Compliance, im Rahmen derer Unternehmen bei einem Verdacht von Straftaten die zugrundeliegenden Sachverhalte selbst aufklären. Hinsichtlich der Verantwortung in Unternehmen sei die Frage zu stellen, ob die unternehmensbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit eines Unternehmensangehörigen durch eine Aufsichtspflichtverletzung einer Leitungsperson ermöglicht oder erleichtert wurde. Bejahendenfalls liege bereits der Anfangsverdacht bzgl. § 130 OWiG und damit der Anknüpfungstat des § 30 OWiG vor. Rechtsgrundlage für das staatsanwaltliche Handeln sei das fürsorgende Legalitätsprinzip der §§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO. Die Pflicht zur Durchführung des Ermittlungsverfahrens ergebe sich als Handlungspflicht aus § 160 StPO.

Zur Beweisgewinnung führte Dr. Buchert aus, dass diese insbesondere durch Befragung von Zeugen sowie die Durchsuchung und Beschlagnahme erfolge. Die Durchsuchung in Wirtschaftsstrafsachen unterscheide sich erheblich von Durchsuchungen bei Allgemeindelikten, weil regelmäßig eine vorläufige Sicherstellung nach § 110 StPO zum Zwecke der Unterlagen- und Datendurchsicht erfolge. Bei der anschließenden Sichtung haben Vertreter des Unternehmens bzw. die Verteidiger ein Anwesenheitsrecht. Die Beschlagnahmeverbote wegen privater Beweisbeschaffung sowie der Vertrauensbeziehung zwischen einem Berufsheimnisträger und einem Beschuldigten bzw. Nebenbeteiligten begrenze die Beschlagnahme.

Dr. Buchert berichtete sodann von dem derzeit im Fokus stehenden Beschlagnahmeverbot auf Grundlage der Jones Day-Entscheidungen und dem Vertrauensverhältnis zwischen Berufsheimnisträger und Beschuldigtem. So gelte das Beschlagnahmeverbot nach §§ 97, 148 StPO unabhängig vom Aufbewahrungsort, wenn die konkrete Unterlage im Rahmen der Vertrauensbeziehung zum Zweck der Verteidigung erstellt worden sei. Zur Frage, wann ein Beschuldigtenstatus bzw. eine vergleichbare Verfahrensrolle eines Unternehmens vorliege, führte er aus, dass der Status im konkreten Ermittlungsverfahren entscheidend sei. Eine formelle Verfahrenseinleitung sei nicht erforderlich.

Sodann gab Dr. Buchert einen Ausblick auf das neue Unternehmensstrafrecht. So sei eine Legalitätspflicht, schärfere Sanktionen und eine gesetzliche Regelung der internen Aufklärung zu erwarten. Zum Schluss sprach sich Dr. Buchert für den Schutz der Sphäre zwischen Unternehmen und Rechtsanwalt aus, weil interne Ermittlungen immer vor dem Hintergrund eines Strafverfahrens durchgeführt würden. Aktuell müsse die Staatsanwaltschaft jedenfalls mit den Vorgaben arbeiten, die insbesondere das Bundesverfassungsgericht in den Jones Day-Entscheidungen gegeben habe.

Daran anschließend referierte Kilian Wegner zur strafrechtlichen Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen in der Wertschöpfungs- und Lieferkette und definierte zunächst den Begriff der Menschenrechtsverletzung. Die Thematik veranschaulichte er anhand verschiedener Fallkonstellationen wie dem Brand in einer Textilfabrik in Karatschi Pakistan am 11.09.2012 oder dem Einsturz des Rana Plaza Buildings in Bangladesch am 23.04.2013.



Als anwendbare Standards zeigte Wegner unter anderem die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte sowie die Corporate Social Responsibility-Richtlinie und die Umsetzung durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom 11.04.2017 auf und formulierte als erste These, dass das Sammeln von Informationen das Risiko von Menschenrechtsverletzung in der Wertschöpfungs- und Lieferkette mittelfristig die Frage nach zivil- und strafrechtlicher Verantwortung aufwerfen wird. Die Bewertung durch das deutsche Individualstrafrecht erfolgte dann über §§ 13, 27 StGB.

Zur Unterlassungsdogmatik führte er aus, dass Deutsches Unterlassungsstrafrecht unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Täters räumlich anwendbar sei, wenn das verletzte ausländische Rechtsgut vom jeweiligen deutschen Straftatbestand erfasst ist und die Maßnahmen zum Schutze des Rechtsgutes zumindest auch in Deutschland hätten getroffen werden müssen. Die Garantenstellung ergebe sich dann aus den Grundsätzen der Geschäftsherrenhaftung für Verhalten von Personen innerhalb des Betriebes. Darüber hinaus sei die Übertragung dieser Grundsätze auch auf Lieferanten und deren Subunternehmer wegen des vorliegenden Profit- und Kontrollaspektes legitim.

Die zweite These bestand darin, dass sich in globalen Wertschöpfungs- und Lieferketten eine Aufsichtsgarantenstellung in Bezug auf Rechtsgutsverletzungen in der Sphäre von Zulieferern und Subunternehmern kraft gesellschaftsrechtlicher, vertraglicher oder außergewöhnlicher faktisch-wirtschaftlicher Beherrschungsmacht ergeben könne. In Bezug auf die Reichweite der Garantenstellung gelte, dass die Schutzmaßnahmen möglich und zumutbar sein müssten.

Nach der dritten These sei es deutschen Unternehmen zumutbar, ausländischen Zulieferern und Subunternehmern dieselbe Sorgfalt beim Schutz von Individualrechtsgütern abzuverlangen wie deutschen Geschäftspartnern. Hier bestünde allerdings das Problem des Nachweises der hypothetischen Kausalität, wonach die gebotene Aufsichtsmaßnahme die Rechtsgutsverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verhindern müssen.

In Bezug auf die Beihilfestrafbarkeit formulierte Wegner die Ausgansthese, dass die Bezahlung von Waren und Dienstleistungen krimineller Anbieter sowohl als Tatförderung iSv § 27 StGB als auch als fahrlässige Handlung in Betracht komme. Nationales Strafrecht sei räumlich anwendbar, wenn die Beihilfehandlung in Deutschland begangen werde. Die Haupttat müsse hingegen weder deutschem Strafrecht unterliegen noch nach ausländischem Recht strafbar sein. Zum Komplex der Teilnahme am globalen Waren- und Dienstleistungsverkehr als neutrale Handlung rekurrierte Wegner auf die Rechtsprechung des BGH. Hiernach verlasse die Handlung die Neutralität hin zur potentiellen Beihilfehandlung, wenn sich der Teilnehmer die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein lasse. Als Fazit stellte Wegner die Frage in den Raum, ob die grenzüberschreitende Anwendbarkeit des Deutschen Strafrechts ernst gemeint sei oder doch nationalen Rechtsgütern im Vergleich zu ausländischen Rechtsgütern ein höherer Wert beigemessen werde.

In dem dritten Vortrag des zweiten Panels berichtete Frau Rechtsanwältin Dr. Baedorff, LL.M. über steuerstrafrechtliche Ermittlungsverfahren aus der Unternehmensperspektive. Besonders aktuell seien in diesem Zusammenhang die Hinterziehung von klassischen Unternehmenssteuern wie Körperschaft- und Umsatzsteuer, die Beihilfe zu Einkommensteuerhinterziehung Dritter durch das Anbieten von Produkten, die zur Steuerhinterziehung genutzt werden können und die Hinterziehung von Kapitalertragsteuer in den sog. Cum/Ex-Fällen.

Risiken für Unternehmen beständen vor allem bei Steuernachzahlungen bzw. der Rückzahlung erstatteter Steuer, der Sekundärhaftung nach § 70 AO, einer Verbandgeldbuße nach §§ 30, 12 Abs. 4 OWiG und der Einziehung nach § 73b StGB, § 29a Abs. 2 OWiG. Dr. Baedorff berichtete aus der Praxis, dass die Finanzämter wegen §§ 76a und 76b StGB davon ausgehen würden, dass nicht abgeführte Steuern 30 Jahre eingezogen werden könnten, weil auch die Einziehung solange möglich sei. Nach dem Wortlaut des § 73e StGB sei die Einziehung nach Eintritt der Festsetzungsverjährung zwar ausgeschlossen. Dagegen werde allerdings der strafrechtliche Zweck des Täter/Opfer-Ausgleichs ins Feld geführt.

Als typische Auslöser von Ermittlungsverfahren benannte Dr. Baedorff Strafanzeigen, Kontrollmitteilung, Berichtigungserklärungen und Selbstanzeigen. Im Rahmen von Betriebsprüfungen gäbe es eine deutliche Entwicklung hin zum Strafverfahren. Heute sei die Abgabe an die Staatsanwaltschaften bei Auffälligkeiten ein Automatismus. Ein entsprechen-

der Automatismus sei auch bei Berichtigungserklärungen und Selbstanzeigen zu erkennen. Diese stünden zudem im Spannungsfeld zum *nemo tenetur*-Grundsatz. So bestehe beispielsweise eine Berichtigungsverpflichtung der heutigen Geschäftsleitung auch dann, wenn die frühere Geschäftsleitung in positive Kenntnis falsche Erklärungen abgegeben hat. Ansonsten könnte § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO erfüllt sein. Hinsichtlich der Verbandsgeldbuße führte sie aus, dass eine solche nach § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG ausgeschlossen sei, wenn alle an der Steuerhinterziehung beteiligten Leitungspersonen Selbstanzeige erstatten würden.

Zur Verteidigungspraxis empfahl Dr. Baedorff, den Schwerpunkt der Verteidigungsaktivitäten in das Ermittlungsverfahren zu verlagern. Darüber hinaus sei eine enge Koordination und Kooperation mit Individualverteidigern wichtig. Das Ziel sollte stets eine konsensuale Verfahrenserledigung sein.

### III. Panel III: Gesundheitswesen und Wirtschaftsstrafrecht

Das dritte Panel wurde von Rechtsanwalt Dr. Dann moderiert. Zunächst referierte Rechtsanwalt Dr. Grzesiek über die Korruptionsprävention im Gesundheitswesen und § 299a, § 299b StGB aus der Perspektive der anwaltlichen Beratungspraxis. Die Ursachen für Korruption im Gesundheitswesen benannte er mit den gewaltigen Finanzmitteln, die zum Missbrauch verleiten, dem drastischen Informations- und Wissensgefälle, mit ökonomischen Anreizen, der hohen Regelungsdichte und nur unzureichend verdienenden Ärzten. Seit dem Inkrafttreten von §§ 299a, 299b StGB im Jahr 2016 sei eine allgemeine Verunsicherung bei der Ärzteschaft zu verspüren, obwohl bisher nur wenige Ermittlungsverfahren anhängig seien. Aufgrund fehlender Rechtsprechung seien Rechts- und Tatfragen bisweilen ungelöst. Dennoch sei ein anhaltender Prozess der Selbstreinigung und Selbstprüfung zu beobachten.

Im Rahmen der Prüfung des § 299a StGB betonte er die Bedeutung der Unrechtsvereinbarung und dort die Problematik der Zuführung von Patienten iSd § 299a Nr. 3 StGB. Vor Inkrafttreten von §§ 299a, 299b StGB sei dies unter dem Begriff der Zuweisung in § 31 Abs. 1 MBO-Ä geregelt gewesen. Der Begriff der Zuführung biete erhebliches Potential, bei engem Verständnis die Tatbestände von §§ 299a, 299b StGB einzugrenzen. Abzugrenzen sei die Zuführung iSd von §§ 299a, 299b StGB von einer straflosen Beeinflussung von Patienten anhand der Autonomie des Patienten. Hierfür spreche die Argumentations-Asymmetrie zwischen Arzt und Patient. Eine tatbestandliche Zuführung könne nur bei einem Machtmissbrauch des Arztes vorliegen. Deshalb scheide eine Zuführung aus, wenn der Arzt seiner Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten bzgl. der freien Arzt- und Krankenhauswahl vollständig nachkommt. Ein Indiz für das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung könne die Angemessenheit der Vergütung sein. So werde ein unangemessen hoher Vergütungsanteil als Indiz für die Bezahlung an den potentiellen Zuweiser betrachtet.

Nach der Gesetzesbegründung sei jedenfalls die Gewährung solcher Vorteilen straflos, die ihren Grund ausschließlich in der Behandlung von Patienten haben (BT Drs. 18/6446). In der Literatur bestehe auch Einigkeit darüber, dass die Angemessenheit der Vergütung nicht pauschal bestimmt werden kann. Zur Angemessenheit im engeren Sinn fänden sich in der Würzburger Erklärung taugliche Bewertungskriterien.

Dr. Grzesiek beendete seinen Vortrag damit, dass es aufgrund der niedrigen Schwelle zum Anfangsverdacht iSv § 152 Abs. 2 StPO keine risikofreie Zone gäbe und die korruptionsrechtliche Unbedenklichkeit zahlreicher Konstellationen der medizinischen Zusammenarbeit bisweilen ungeklärt sei. Die aktuell praxisrelevanteste Variante in Bezug auf §§ 299a, 299b StGB sei die Zuführung von Patienten. Jedenfalls müsse das Strafrecht *ultima ratio* bleiben und die Anwendung der jungen Straftatbestände mit Augenmaß erfolgen.

Dr. Thomas Schröder referierte im Anschluss zum Thema der gemeinsamen Normkonkretisierung und -durchsetzung im Gesundheitswesen durch Staatsanwaltschaften, Krankenkassen und Stellen der ärztlichen Selbstverwaltung. Er kam unter anderem auf die Teil-disziplinen der Wirksamkeitsforschung zu sprechen. Die Implementierungsforschung befasse sich mit der Frage, wie das fertige Produkt Gesetz zum Anwender kommt. Die Evaluationsforschung stelle vor allem *ex post* die Frage, ob das Gesetz seine Wirkung überhaupt entfalte und ob Änderungen auf dieses Gesetz zurückzuführen seien. Die Effektivitätsforschung frage hingegen nach Bedingungen, damit das Gesetz eingehalten wird, wofür es zunächst bekannt sein müsse. Das Gesetz solle darüber hinaus zur Stärkung des Rechtsbewusstseins des Unterworfenen auch einen Sanktionsschutz vorsehen. Unter der Überschrift der Regulierungsstrategien wer-

de der Frage nachgegangen, wie die Idee des Gesetzgebers umgesetzt werden soll. Hier bestehe die Möglichkeit der imperialen Durchsetzung durch Polizeirecht und der gesellschaftsrechtlichen Selbstimplementierung.

Daran anschließend behandelte Dr. Schröder den Implementierungsbedarf im Strafrecht. Der Bürger sei direkter Adressat der von Verfassungen wegen bestimmten Verhaltensnormen. Aus rechtssoziologischer Sicht sei eine relativ hohe Wirksamkeit von Verboten zu verzeichnen. Dennoch bestehe ein Implementierungsbedarf im Strafrecht. Zur Konkretisierung und Effektivierung sei eine weitere Aufarbeitung des in § 299 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB festgelegten Wettbewerbsmodells und der komplexen Rechtsgutsgestaltung notwendig. Darüber hinaus sei trotz der zentralen Bedeutung des Berufs- und Sozialrechts für die Interpretation auf eine berufsrechtsakzessorische Variante zu verzichten.

Zur Rolle der in §§ 81a, 197a SGB V in die Pflicht genommenen Akteure führte Dr. Schröder aus, dass das Ziel unter anderem die Stärkung des effizienten Einsatzes von Finanzmitteln sei. Darüber hinaus sei nach der Gesetzesbegründung eine strafbewehrte Anzeigepflicht vorgesehen, um die Selbstreinigung innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung zu fördern (BT-Drs. 15/1525, S. 99). Allerdings sei die Position dieser Stellen zwischen einer Compliance-Einheit, einer Abteilung zur Fraud Prevention, einer Hinweisgeber-Anlaufstelle und als Zuträger der Staatsanwaltschaften äußerst diffus. Deshalb sei auch ein Interessenskonflikt der bei Berufsverbänden und Kassenärztlichen bzw. Kassenzahnärztlichen Vereinigungen tätigen Justiziere denkbar. Gleiches gelte auch für Clearingstellen, wie etwa im Saarland, die als gemeinsame Stelle der KV und der Ärztekammer die Ärzte auf Anfrage zu Antikorruptionsbestimmungen berät. Jenseits dieser Interessenkonflikte sei zu fragen, ob die Tätigkeiten eher Effektivierungs- oder Implementierungsmaßnahmen sind und mit welcher Legitimation ggf. letzteres erfolge.

Weiter sei zu fragen, ob Compliance-Broschüren der Berufskammern, Compliance-Standards eines Healthcare-Unternehmens oder Best-Practice der Verbände auch Implementationsmaßnahmen seien. De facto sei jedenfalls eine Implementation in Abwesenheit höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht bestreitbar. Die Orientierung der Standards an der in §§ 158, 160 StPO benannten Eingriffsschwelle überlasse die Implementierung allerdings dem Einzelnen unter dem Damoklesschwert der strafrechtlichen Rechtsfolgenpalette der §§ 299a, 299b StGB. Daher sei die Implementierungsstrategie des Gesetzgebers, soweit eine solche vorhanden sei, jedenfalls fragwürdig.

Dr. Schröder schloss seinen Vortrag mit der Feststellung, dass erheblicher Implementierungsbedarf bestehe. Aktuell seien die zentrale Akteure die Strafgerichte und sekundär die Staatsanwaltschaften. Gleichwohl hätten weitere Akteure des Gesundheitswesens eine wichtige Aufgabe bei der Vermittlung der tatbestandlichen Grenzen und der Teleologie der Regelungen. Gerichte könnten aufgrund der begrenzten Überprüfungsmöglichkeit im Revisionsverfahren dieser Aufgabe nur begrenzt nachkommen. Die regulierte Selbstreinigung gehe jedenfalls deutlich über das materielle Recht hinaus.

Das dritte Panel endete mit dem Vortrag von Frau Julia Marinitsch zu den Auswirkungen der Giralgeld-Entscheidung auf die Gesundheitsbranche. Zum Tatbestand des Geldwäscheparagrafen nach § 261 StGB führte sie aus, dass dieser missglückt, unklar, inkonsistent und verwirrend sei sowie eine unzulässige Präventivstrafgesetzgebung darstelle. Die Vorschrift sei „hochproblematisch“ und fast ein universelles Delikt für jede vermögensorientierte Kriminalität – auch für das Gesundheitswesen. Allerdings existierten auch erhebliche Verfolgungsdefizite trotz teilweise erheblicher Verpflichtungen durch das Geldwäschegesetz. Die neuen Korruptionsstraftatbestände im Gesundheitswesen seien jedenfalls keine taugliche Vortat der Geldwäsche. In Bezug auf die gleichwohl spürbaren Auswirkungen für die Gesundheitsbranche rekurrierte Marinitsch auf das Urteil des BGH vom 20.05.2015 (1 StR 33/15), wonach nun die inhaltliche Frage zu stellen sei, ob das jeweilige Guthaben auf einem Konto als einzelner Gegenstand im Sinne des § 261 anzusehen sei, der aus den gewerbsmäßigen Taten herrühre. Nach der Rechtsprechung des BGH genüge ein Zufluss von mindestens 5,9 %, um von einem Gegenstand zu sprechen. Eine konkrete Quote sei hierdurch jedoch nicht festgestellt worden. Mit der Entscheidung für die sog. „partielle Totalkontamination“ sei die wirtschaftlich nicht völlige Unerheblichkeit einziges Kriterium.

In der Gesundheitsbranche bestehe durch zahlreich festgestellte Straftaten ein erhebliches Strafbarkeits- und Kontaminationsrisiko wegen Geldwäsche. Eine Reinigung der betroffenen Konten sei nur durch eine Anzeigerstattung möglich. Sodann erläuterte sie die Problematik

anhand des Beispiels eines Abrechnungsbetruges in einer Klinik mit erheblichen Einzahlungen mit potentieller Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle. Hier läge in der Regel Gewerbsmäßigkeit und damit eine taugliche Vortat vor. Hieraus resultiere die Verkehrsunfähigkeit des entsprechenden Kontos, was wiederum aufgrund der häufig finanziell schlechten Lage von Kliniken zu einer faktischen Bedrohung durch Insolvenz führe.

Die Untauglichkeit der partiellen Totalkontamination belegte Marinitsch mit der Unbestimmtheit der Erheblichkeit und dem fehlenden Schwellenwert. Dies führe zu einer großen Rechtsunsicherheit. Darüber hinaus spreche gegen die Tauglichkeit der partiellen Totalkontamination die unklare Rechtsfolge. So sei unklar, ob das Konto auch nach nur einmaligem Überschreiten dauerhaft kontaminiert sei. Schließlich sei die Theorie der partiellen Totalkontamination mit dem Wortlaut „herrühren“ unvereinbar und verstoße deshalb gegen das Bestimmtheitsgebot, das Analogieverbot und Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG. Darüber hinaus seien auch Quotenlösungen aufgrund der willkürlichen, dogmatisch nicht erklärbaren Festlegung einer erforderlichen Quote und den Umgehungsmöglichkeiten untauglich.

Zum Abschluss präsentierte Marinitsch als Lösungsvorschlag die Lehre des Gegenstandsbegriffs, wonach Rechtsgut des § 261 StGB die inländische Rechtspflege und bzgl. des zweiten Absatzes auch das Rechtsgut der Vortat sei. Mittelbar sei zudem der Schutz der korrekten Durchführung der Einziehung erfasst. Das klassische Verständnis sei mit Blick auf § 90 BGB zivilrechtlich geprägt. Eine Alternative biete bei grundsätzlicher Teilbarkeit von Gegenständen der funktionale Gegenstandsbegriff mit der Folge, dass der Straftatbestand von quotalen Regelungen freigehalten würde.

#### IV. Ende der Veranstaltung

Das Schlusswort übernahm Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis. Er lobte die Vorträge als dogmatisch fundiert, sozialkritisch, IT-Affin und erfreulich kontrovers. Im Namen der WisteV dankte er allen an der Veranstaltung beteiligten Personen.

Stud. iur. Jonathan Narjes, Regensburg

## Tagungsbericht: 4. Unternehmensstrafrechtliche Tage an der Universität Augsburg am 30.11. und 01.12.2018 zum „Unternehmenssanktionenrecht ante portas: Die Folgen für Unternehmen und Rechtsanwaltschaft“<sup>1</sup>

Die große Koalition einigte sich im September 2018 in ihrem Koalitionsvertrag darauf, ein Unternehmenssanktionenrecht zu schaffen, um Wirtschaftskriminalität effektiver zu bekämpfen.<sup>2</sup> Die bereits zum vierten Mal stattfindenden Unternehmensstrafrechtlichen Tage standen daher ganz im Zeichen der aktuellen rechtspolitischen Debatte über den Entwurf eines solchen.<sup>3</sup> Der Augsburger Ordinarius und Gastgeber der Tagung, Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel gründete im August 2014 zusammen mit Prof. Dr. Elisa Hoven eine Forschungsgruppe zum Verbandssanktionenrecht, die im Jahr 2017 den „Kölner Entwurf“ vorlegte.<sup>4</sup> Die Tagungsteilnehmer aus verschiedenen Bereichen der Praxis diskutierten detailliert die

<sup>1</sup> Tagungsunterlagen unter:

<https://www.iura.uni-augsburg.de/forschung/forschungsstellen/unternehmensstrafrecht/veranstaltungen/>, abgerufen am 24.01.2019.

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode des Bundestags zwischen CDU, CSU und SPD, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>, S. 126, abgerufen am 24.01.2019.

<sup>3</sup> Zu einem zeitlichen Überblick über die Diskussion eines Verbandssanktionenrechts siehe *Korte*, NZWiSt 2018, S. 393 f.

<sup>4</sup> *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 18.

mögliche Ausgestaltung eines zukünftigen Unternehmenssanktionenrechts und die Folgen für die Rechtsanwaltschaft und Unternehmen. Auch die Bundesjustizministerin richtete ihren Blick nach Augsburg und nahm die Tagung als willkommenen Anlass zur frühzeitigen Diskussion verschiedener Regelungsalternativen wahr.<sup>5</sup>

## I. Tagungsablauf

Vor dem Hintergrund des Entschlusses der Politik, ein Unternehmenssanktionenrecht einzuführen, stand nicht die Frage des „Ob“, sondern die Frage nach der Ausgestaltung eines solchen Gesetzes im Zentrum der Tagung. Die Tagung war in fünf Abschnitte gegliedert, zu denen jeweils eine anschließende Diskussion stattfand. Nach der freundlichen Begrüßung durch Herrn Prof. Kubiciel wurde im ersten thematischen Abschnitt der Stand der Reformdiskussion dargestellt und rechtsstaatliche Grenzen des Unternehmenssanktionenrechts beleuchtet. Nach einer Mittagspause warfen die Referenten einen Blick über die deutsche Grenze hinaus und stellten Vorzüge und Schwächen bereits existierender Verbandssanktionengesetze anderer Länder vor. Anschließend wurden zentrale verfahrensrechtliche Fragen diskutiert. Am Samstag standen neben den Themen „Compliance und Verfahrenserledigung“ auch die zu erwartenden Veränderungen für die anwaltliche Praxis zur Diskussion.

### 1. Stand der Reformdiskussion

Einleitend stellte Prof. Dr. Frank Saliger die denkbaren Modelle eines Unternehmenssanktionenrechts vor. Er verdeutlichte, dass ein solches dem Strafrecht (wie Art. 102 chStGB), Ordnungswidrigkeitenrecht (§§ 30, 130 OWiG) oder Verwaltungsrecht angegliedert werden könne, wobei auch eine eigenständige Regelung (öVbVG) denkbar sei. Dabei gelte es zu beachten, dass die Gesetzesanwendung problembelasteter sei, je näher sich die Regelung am Strafrecht orientiere.

Als grundlegende Unterscheidung biete es sich zudem an, zwischen Zurechnungsmodellen, die eine Anknüpfungstat voraussetzten, und kollektivistischen Modellen zu differenzieren. Bei ersteren führe eine Anknüpfungstat direkt, wie in § 3 öVbVG, § 2 Abs. 1 NRW-Entwurf<sup>6</sup>, § 3 Abs. 1 S. 1 Kölner Entwurf oder im Unternehmenskontext, § 2 Abs. 2 NRW-Entwurf, § 3 Abs. 3 öVbVG, § 3 Abs. 2 Kölner Entwurf, zur Zurechnung der Schuld zum Verband. Bei kollektivistischen Modellen werde hingegen, wie etwa in Art. 102 Abs. 1 S. 1 chStGB, die Schuld des Verbandes unabhängig von einer Individualstraftat eigenständig begründet. Probleme sah Prof. Saliger bei der sauberen Trennung zwischen Unrecht und Schuld des Verbandes bei der Anknüpfungstat, wenn Exzesstaten eines Mitarbeiters oder eigenwillige Straftaten von Führungspersonal vorliegen, dann müsse es Enthftungsmöglichkeiten geben. Zudem stelle sich die Frage, ob bei ordnungsgemäßer Compliance bereits das Unrecht ausgeschlossen werden solle, oder ob man diese erst, aufgrund der Relevanz der Umstände des Einzelfalls, bei der Strafzumessung berücksichtigen wolle. Auch stelle sich die Frage nach dem Verhältnis, der Parallelität oder Subsidiarität, zwischen dem Verbands- und Individualstrafverfahren. Bezüglich der Sanktionierung stellte Saliger das Bedürfnis nach einer schuldangemessen und verhältnismäßigen Strafe in den Mittelpunkt seines Vortrags. Die Höhe dieser solle auf Grundlage des Tagessatz-Modells, und nicht nach einem prozentualen Anteil am Umsatz des Unternehmens, wie es etwa in § 4 Abs. 2 des Kölner Entwurfes vorgesehen ist, bemessen werden. Er begründet diese Ansicht damit, dass dies erforderlich sei, um existenzgefährdende Strafen zu vermeiden. Jedenfalls sei die Strafzumessung ausführlich regelungsbedürftig, um Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen.

Prof. Dr. Gerhard Dannecker widmete seinen Beitrag den rechtsstaatlichen Grenzen der Reformbemühungen. Als wesentliche Feststellung traf er die Aussage, dass Unternehmensgeldbußen strafrechtlichen Charakter besitzen und daher strafrechtliche Fundamentalgarantien einzuhalten sein. In diesem Zusammenhang könne ausschließlich eigenes Verhalten gemäß dem Schuldgrundsatz bestraft werden. Der Gesetzgeber müsse daher Haftungsfragen für Rechtsnachfolger eines zu sanktionierenden Unternehmens klären. Die Fundamentalgarantien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, das Milderungsgebot sowie den Bestimmtheits-

<sup>5</sup> Barley, Grußwort zu den 4. Unternehmenstrafrechtlichen Tagen in Augsburg, S. 2, abrufbar unter: [https://www.jura.uni-augsburg.de/forschung/forschungsstellen/unternehmensstrafrecht/downloads/4\\_Unternehmensstrafrechtliche\\_Tage-GW-Barley.pdf](https://www.jura.uni-augsburg.de/forschung/forschungsstellen/unternehmensstrafrecht/downloads/4_Unternehmensstrafrechtliche_Tage-GW-Barley.pdf), abgerufen am 24.01.2019.

<sup>6</sup> Entwurf abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MM116-127.pdf>, abgerufen am 24.01.2019.

grundsatz bezog Dannecker vor allem auf die Sanktionierung. So müsse im Sinne einer spezialpräventiven Ausrichtung der Strafe die Möglichkeit der Aussetzung zur Bewährung bestehen. Außerdem bedürfe es einer Sanktionsobergrenze sowie, zumindest post factum, Milderungsmöglichkeiten.

Prof. Dr. Kai Cornelius, LL.M. wies in einem Impulsvortrag auf die Möglichkeit hin, Regelungen für die strafrechtliche Haftung des Unternehmens beim Einsatz autonomer Softwareagenten, selbstständig handelnder, intelligenter Computerprogramme<sup>7</sup>, in ein Verbandsanktionengesetz einzubetten. Schließlich bedürfe es bezüglich einer Sanktionierung von autonom handelnden, eventuell mit anderen Maschinen vernetzten Agenten, mangels eigener Schuldfähigkeit einer Zuschreibung der Schuld zu Unternehmen. Dies stelle eine Parallele zum Grundgedanken des Verbandsanktionenrechts dar. Als praktische Möglichkeiten schlug Cornelius vor, die Maschine dem Mitarbeiter gleichzustellen, oder für sie eine eigene Zurechnungskategorie zu schaffen. Zudem könne die Verpflichtung des Unternehmens konstituiert werden, autonome Agenten unter die Aufsicht eines eigens geschaffenen Compliance-Organs, etwa eines IT-Sicherheitsbeauftragten, zu stellen.

## 2. Der Blick von außen auf die deutsche Diskussion: Lessons to learn

Der österreichische Gesetzgeber hat sich 2005 dazu entschlossen, mit dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (öVbVG) ein Spezialstrafgesetz zur Sanktionierung von Verbänden zu schaffen. Der ehemalige Oberstaatsanwalt und jetzige Richter am Oberlandesgericht Graz Robert Riffel konnte dem Auditorium aus der Anwendungspraxis des öVbVG berichten. In Österreich kann jede gerichtlich strafbare Handlung, die zugunsten des Verbandes oder „unter Verletzungen von Pflichten, die den Verband treffen“, § 3 Abs. 1 Z. 1, 2 öVbVG, die durch eine Zurechnungsperson begangen wurde, die Verantwortlichkeit des Verbandes begründen. Dabei muss eine konkrete Person den objektiven wie subjektiven Tatbestand einer Anlasstat, jede bundes- oder landesstrafrechtliche Regelung, erfüllen. Es gelte eine strikte Akzessorietät zwischen der Anlasstat und der Unternehmensstrafbarkeit, das öVbVG diene demnach nicht der Schließung von Strafbarkeitslücken. Riffel betonte zudem, dass die prozessuale Stellung der Unternehmen gut sei, man befinde sich durch die Geltung der allgemeinen Vorschriften des Individualstrafrechts im Vollenwendungsbereich des Art. 6 EMRK. Auch die sehr konkreten Regelungen zu strafscharfenden und -mildernden Umständen in § 5 Abs. 2 öVbVG, wie die besondere Bedeutung der Schadenswiedergutmachung und des Tatfolgenausgleichs zeichneten das öVbVG aus. Bei der Sanktionshöhe sah er Defizite, das Tagessatzmodell biete zur Abschreckung möglicherweise zu geringe Geldstrafen. Allerdings bewiese sich die Wirksamkeit des öVbVG in der Praxis, insbesondere im Finanzstrafrecht.

Bei der Vorstellung des „Schweizer Modells“ wurde klar, dass dieses mit einigen konstruktionsbedingten Mängeln behaftet ist. Zum einen kann nach dem Schweizer Recht eine subsidiäre Haftung des Unternehmens aus Art. 102 Abs. 1 chStGB begründet werden, sofern eine Anlasstat vorliegt, die keiner konkreten Person zugerechnet werden kann. Der Strafgrund besteht in der Schließung von Strafbarkeitslücken bei „organisierten Unverantwortlichkeit“.<sup>8</sup> Die Regelung kommt Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. zufolge in der Praxis allerdings selten zur Anwendung. Mit Art. 102 Abs. 2 chStGB wurde zudem eine konkurrierende Unternehmensstrafbarkeit für bestimmte Katalogtaten eingeführt. Wenn unter Missachtung von Organisationspflichten, einem objektivierten Standard, eine Katalogtat nicht verhindert werden könne, obwohl dem Unternehmen dies durch zumutbare Vorkehrungen möglich gewesen wäre, hafte dieses. Prof. Dr. Marianne Johanna Hilf gab zu bedenken, dass der Deliktskatalog sehr eng gefasst ist. Lediglich aufgrund internationaler Verpflichtung<sup>9</sup> zu sanktionierende Kriminalitätsbereiche wurden in Art. 102 Abs. 2 chStGB aufgenommen, andere Wirtschaftsstraftaten, beispielsweise Steuerstraftaten und die Untreue, wurden indes nicht erfasst. Darüber hinaus sei die Präventionswirkung aufgrund zu geringer Höchststrafen und zu seltener Anwendung gering. Zudem wurde die Unbestimmtheit der Haftungsvoraussetzungen sowie die fehlende Möglichkeit zur Erteilung von Auflagen kritisiert.

Prof. Dr. Elisa Hoven und Prof. Dr. Thomas Weigend berichteten über eine Forschungsreise nach Amerika und konnten dem Auditorium Ergebnisse von Umfragen unter Praktikern zum

<sup>7</sup> Cornelius, MMR 2002, S. 353 f.

<sup>8</sup> Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl. 1999 S. 2141 f.

<sup>9</sup> Hilf, ZStW 2014, 126 (1), S. 73 (75) m.w.N. in Fn. 16.

amerikanischen Verbandssanktionenrecht, das hauptsächlich in der richterlichen Rechtsfortbildung begründet liegt, liefern.<sup>10</sup> Insgesamt seien die Geldsanktionen zu Abschreckungszwecken zwar hoch und der Anwendungsbereich groß, da bereits einzelne Verfehlungen von Mitarbeitern justizabel sind, allerdings funktioniere aus diesem Grund die Umziehung zu einem „good corporate citizen“, und damit die spezialpräventive Ausrichtung, gut. Zudem sei mit dem großen Anwendungsbereich der Gefahr der Verantwortungsverlagerung in untere Managementebenen begegnet worden. Besondere Angst herrsche in den USA vor dem Ausschluss von öffentlichen Aufträgen. Als Sanktionen haben neben Geldstrafen auch Bewährungsauflagen (conditions of probation), wie Schadenswiedergutmachung, die Einrichtung eines Compliance-Systems oder die regelmäßige Information des Gerichts über Fortschritte in der internen Aufarbeitung eine herausgehobene Bedeutung. Bei den Teilnehmern der Tagung rief das „Monitoring“, die Einsetzung eines externen Beobachters, der die Anstrengungen des Unternehmens sich zukünftig compliant zu verhalten beurteilt, kontroverse Meinungen hervor. Dass die Monitore zwar vom Unternehmen bezahlt werden, aber im Wesentlichen frei ermitteln können und so selbst die - mitunter ausufernde - Grundlage für ihre zukünftige Beschäftigung legen können, stieß auf massive Bedenken. Als weiterer kritischer zu sehender Aspekt des amerikanischen Unternehmenssanktionenrechts wurde die „Privatisierung“ von Untersuchungen, die Praxis der Internal Investigations, genannt. Unternehmen müssten, um schwerere Sanktionen zu umgehen, stets umfassend kooperieren und alle aufgedeckten Tatsachen an die Ermittlungsbehörden melden. Die Unternehmen haben, indem sie sich auch selbst belasten müssen, kaum die Möglichkeit, sich effektiv gegen Vorwürfe zu verteidigen. Prof. Dr. Hoven und Prof. Dr. Weigend stellten fest, dass eine solche Ausgestaltung von Internal Investigations in Deutschland kaum mit der Beschuldigtenstellung des Unternehmens in Einklang gebracht werden könne.

Prof. Dr. Wolfgang Spoerr kritisierte im abschließenden Vortrag des rechtsvergleichenden Themenblocks, dass ausufernde Zuständigkeiten im Unternehmensstrafrecht dazu führten, dass Unternehmen Offenlegungspflichten gegenüber Staatsanwaltschaften in vielen verschiedenen Ländern faktisch nicht nachkommen können. Internal Investigations müssten daher grundlegend ein Recht des Unternehmens zur internen Sachverhaltsaufklärung bleiben und dürften nicht der zunehmenden staatlichen Kontrolle dienen. Bezüglich der Einführung eines dem angelsächsischen Begriff des „Privilege“<sup>11</sup> ähnelnden Rechtsstatus gelte es, zunächst Rollenerwartungen an Rechtsanwälte bei internen Untersuchungen zu klären. Er stellte zudem heraus, dass die internationale Geltungskraft der deutschen Rechtsordnung dadurch gestärkt werden kann, dass staatsanwaltliche Verfolgungszuständigkeiten stärker konzentriert werden.

### 3. Zentrale verfahrensrechtliche Fragen

Nach einer kurzen Kaffeepause schloss sich ein Vortrag zur Sanktionierung von Unternehmen der Düsseldorfer Strafverteidigerin Dr. Simone Kämpfer an. Sie stellte zunächst dar, dass unter politischem und öffentlichem Druck und aufgrund der Möglichkeit, enorme Summen als Abschöpfungsbetrag bzw. Geldbuße einzunehmen, ein zunehmender Trend zur Sanktionierung von Unternehmen zu erkennen sei. Der Öffentlichkeit sei jedoch kaum bekannt, dass regelmäßig der Abschöpfungsteil den Ahndungsteil einer solchen Geldbuße um ein Vielfaches übersteige. Frau Dr. Kämpfer knüpfte nachfolgend an die Argumentation Prof. Spoerrs an und argumentierte, dass die lokal unterschiedliche Verfolgungspraxis Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen schaffe. Rechte dürften hingegen nicht in Hand der Staatsanwaltschaft liegen, denn das Unternehmen sei faktisch bereits Beschuldigter. Zukünftig bedürfe es, um auch spezifische Beschuldigtenrechte wahrnehmen zu können, der gesetzlichen Manifestation der Beschuldigtenstellung. Dr. Kämpfer forderte das Recht auf eine geschützte Verteidigungssphäre, wie beispielsweise die Beschlagnahmefreiheit bei der internen Sachverhaltsaufklärung, das mit der Selbstbelastungsfreiheit einhergehe. Zudem machte Dr. Kämpfer deutlich, dass ihr der Schutz vor existenzvernichtenden Sanktionen wichtig ist.

Weiterführende Worte fand Rechtsanwalt Mario Schmieder zu alternativen Erledigungsmöglichkeiten nach dem österreichischen öVbVG. Die Staatsanwaltschaft könne gem. § 18 öVbVG entscheiden, ob auf die Verfolgung verzichtet werde, sofern keine Tat mit schweren Folgen vorliegt, oder an der Verfolgung ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Dabei werde insbesondere das Nachtatverhalten des Verbandes, wie etwa die Schadenswiedergutmachung oder

<sup>10</sup> Vollständiger Bericht in *Hoven/Weigend*, ZStW 2018, 130 (1), S. 213 f.

<sup>11</sup> Wohl mit „Anwaltsprivileg“ zu übersetzen, dieses umfasst aber weit mehr als das deutsche Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO; vgl. *Rieder/Menne*, CCZ 2018, S.203, S. 206.

die Implementierung von Präventionsmaßnahmen, berücksichtigt. Sofern der Gebrauch des Verfolgungsverzichts nicht in Betracht kommt, könne das Verfahren durch Diversion gem. § 19 öVbVG erledigt werden. Voraussetzung dafür sei die hinreichende Aufklärung des Sachverhalts und die Schadensgutmachung wie Tatfolgenbeseitigung. Zudem könne dem Unternehmen eine Probezeit zur Bewährung oder gemeinnützige Arbeit auferlegt werden. Der österreichische Gesetzgeber hat die diversionelle Erledigung jedoch bei Finanzstrafverfahren ausgeschlossen.<sup>12</sup>

Der Rechtsanwalt und Lehrbeauftragte Christoph Dannecker stellte verschiedene zivilrechtliche Haftungskonstellationen bei Unternehmensstrafaten vor. Das Unternehmen sei im Außenverhältnis Täter und zugleich Geschädigter der jeweiligen Individualstrafatäter im Innenverhältnis. Bisher ist im Innenverhältnis, wie es z.B. im ARAG-Garmenbeck-Fall<sup>13</sup> oder Neubürger-Falls<sup>14</sup> zu sehen ist, der Regressausgleich möglich. Die Unternehmensstrafe impliziert nach Dannecker im Innenverhältnis jedoch einen Regressausschluss für Sanktionen und Verteidigungskosten, wenn sie einen originären Unternehmenssanktionscharakter aufweise. In der Frage nach diesem Charakteristikum liege bei einem zukünftigen Verbandssanktionengesetz für Regressansprüche im Innenverhältnis die „Gretchenfrage“. Dannecker mahnte daher an, Systemkonformität zwischen zivil- und strafrechtlicher Haftung zu schaffen. Im Außenverhältnis impliziere die Unternehmensstrafe eine Stärkung der zivilprozesslichen Durchsetzung von Regressansprüchen gegen das Unternehmen, da durch die Aufklärung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit zum Informationstransfer geschaffen werde.

#### 4. Compliance und Einstellung des Verfahrens

Die Richterin am BGH Renate Wimmer und der Münchner Strafverteidiger Prof. Dr. Christoph Knauer, die Beiträge zu „Compliance und Einstellung des Verfahrens“ aus Sicht der Staatsanwaltschaft bzw. Verteidigung vorbereitet hatten, konnten leider kurzfristig nicht an der Tagung teilnehmen. Dafür referierte der eigentlich als Moderator vorgesehene Thomas Knierim über diese Themen. Zunächst definierte der erfahrene Strafverteidiger die „criminal compliance“ im Zusammenhang mit der Beratung von Verbänden als Bewältigung einer strafrechtlichen Krise. Er kritisierte, dass der Kölner Entwurf neben der Einstellung des Verfahrens keine anderen Erledigungsmöglichkeiten beinhalte. Insbesondere bei großen Unternehmen könne es viele Anlasstaten geben. Dabei sei möglicherweise nicht bei allen ein öffentliches Verfolgungsinteresse gegeben und gleichzeitig teilweise mit erheblichem Verfolgungsaufwand zu rechnen.<sup>15</sup> Anschließend stellte er die Einstellungsvoraussetzungen nach § 14 I und Auflagen bei Einstellung des Verfahrens des § 14 III, IV des Kölner Entwurfes vor. Danach soll die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen, wenn bei Begehung der Verfehlung Maßnahmen zur Verhütung der Verfehlung bestanden, Informationen zur Aufklärung mit der Staatsanwaltschaft geteilt wurden, Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Verfehlungen ergriffen wurden und der angerichtete Schaden wieder gut gemacht wurde. Kritisch sah Knierim die Unbestimmtheit von Art und Umfang notwendiger Präventivmaßnahmen. Auch, was zur Schadensgutmachung erforderlich ist, und was passiere, wenn es keinen Individualschaden gebe, sei fraglich. Knierim warf zudem die grundlegende Frage auf, ob die Staatsanwaltschaft autonom über Auflagen entscheiden solle. Bei Einstellungen gegen Geldzahlung stelle sich die Frage, welche schon getätigten Zahlungen berücksichtigt werden, und warum die Staatskasse und nicht etwa die Geschädigten dieses Geld bekommen sollen. Auch beim Monitoring, das nach dem Kölner Entwurf als Auflage festgesetzt werden kann, hatte er Bedenken. Wer einen solchen auswählen und dessen Kompetenz beurteilen kann, erschließe sich aus dem Gesetzesentwurf nicht. Es sei darüber hinaus nicht klar, ob die Kosten des Monitors beim Verband liegen sollen und, ob bei Befangenheitsbedenken der Monitor ausgetauscht werden kann.

Knierim resümierte, die Compliance sei zum einen unterbewertet, da sie sie vor allem als Mittel zur „Schadensbeseitigung“ wahrgenommen werde, dabei stelle sie mit der Wahrung der innerbetrieblichen Ordnung auch einen Selbstzweck dar. Zum anderen sei sie innerhalb des Strafverfahrens überbewertet, sie spiele nur dann eine größere Rolle, wenn sie zur Bedingung der Verfahrenseinstellung würde.

<sup>12</sup> Der österreichische Verfassungsgerichtshof hielt diese Entscheidung im Rahmen des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums für verfassungsgemäß, VfGH G241/2017-11.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 21.04.1997 – II ZR 175/95.

<sup>14</sup> LG München, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10

<sup>15</sup> Zu alternativen Beendigungsmöglichkeiten im öVbVG Knierim/Schumann, NZWiSt 2016 (5), S. 194 (196 f.).



Prof. Kubiciel reagierte auf die Kritik an den Monitoren und stellte klar, dass als Alternative zu diesen auch Sachverständigengutachten in Betracht kämen. Prof. Weigend argumentierte, dass auch Monitoren der gerichtlichen Kontrolle über die Einhaltung von Einstellungsbedingungen unterliegen würden.

## 5. Die Veränderung des anwaltlichen Berufsbildes

Der Wiener Strafverteidiger und Universitätsprofessor Prof. Dr. Richard Soyer griff in seinem Vortrag die Frage auf, ob der Unternehmensverteidiger einen neuen Anwaltstypus darstelle. Dabei berief er sich vor allem auf die strafprozessuale Stellung des Anwalts und argumentierte, dass dieser, weil er die Beschuldigtenrechte des Unternehmens wahrnehme, auch als Strafverteidiger des Unternehmens bezeichnet werden könne.<sup>16</sup> Zwar müsse der Unternehmensverteidiger neue Fähigkeiten mitbringen, wie etwa Kenntnisse in der forensischen Beratung bei unternehmensinternen Ermittlungen, und betriebs- bzw. sozialwissenschaftliche Erfahrung aufweisen können, im Ergebnis gebe es aber keinen neuen Anwaltstypus, sondern mit dem Unternehmen im Strafprozess einen neuen Mandantentypus. Dem widersprach unter anderem der Strafverteidiger Thomas Knierim, der aufgrund der doch erheblichen neuen Anforderung von einem neuen Anwaltstypus ausgeht.

Der an der Universität Linz lehrende Ass. Prof. Dr. Stefan Schumann konnte im Rahmen seines Vortrags „Compliance aus Verteidigerperspektive“ erste Daten zur Einstellungspraxis von Unternehmensstrafverfahren in Österreich präsentieren. So kommen dort etwa 10-15% der Verfahren zur Anklage. Im Vergleich zu Individualstrafverfahren gebe es deutlich mehr Einstellungen, da nur im Verbandsverantwortlichkeitsverfahren die Möglichkeit bestehe, sog. „Deals“ mit der Staatsanwaltschaft zu schließen. Compliance-Strukturen können aus Perspektive Schumanns als Vermeide- und Exit-Strategie wirksam sein.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Norbert Nolte referierte zur Koordinationsfunktion des Unternehmensverteidigers für das Bereitstellen von Strafverteidigern für die individuell Beteiligten und Zeugenbeiständen. Als grundlegende Aufgaben nannte er, Individualverteidiger und Zeugenbeistände „bereitzuhalten“, als auch das Informationsmanagement zwischen dem Unternehmensverteidiger, den Individualverteidigern und der Staatsanwaltschaft. Dabei müsse klar sein, dass die Unternehmens- und Individualinteressen voll oder teilweise übereinstimmen, aber auch gegenläufig sein können. Jedenfalls könne der Unternehmensverteidiger dem Individualverteidiger, unter der Voraussetzung der teilweisen Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht, den häufig komplexen und von wirtschaftlichen Unternehmensinteressen bestimmten Sachverhalt in nüchterner Weise näherbringen.

Nolte berichtete zudem über Probleme bei der Vernehmung von Zeugen durch die Staatsanwaltschaft, wenn diese bereits im Rahmen einer internen Untersuchung durch das Unternehmen mit einem Sachverhalt befasst wurden. Zwar gebe es kein „Zustimmungserfordernis“, die Staatsanwaltschaft wirke der Erstbefragung durch das Unternehmen jedoch bereits heute mit dem Drohpotential des § 258 StGB entgegen. Zwar beseitige die volle Kooperation des Unternehmens diesen Verdacht regelmäßig, allerdings dürfe daraus kein faktischer Zwang zur Kooperation werden. Daraus schloss Prof. Dr. Nolte, dass es dringend einer gesetzlichen Regelung zu diesem Zwiespalt bedarf.

Einig waren sich Nolte und Soyer bei einer anschließenden Diskussion darüber, dass eine gemeinsame Sockelverteidigung zeitlich erst nach der Erfüllung der gesellschaftsrechtlichen Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung aufgenommen werden könne. Völlig unproblematisch ist eine solche, wie Prof. Dr. Nolte vortrug, lediglich dann, wenn das Unternehmen nach der Sachverhaltsaufklärung zu dem Schluss kommt, dass gar keine Ordnungswidrigkeit oder Straftat des Mitarbeiters vorliegt.

Prof. Dr. Jürgen Wessing, der ebenfalls als Strafverteidiger tätig ist und an der Universität Düsseldorf einen Lehrauftrag für Strafprozessrecht und Steuerstrafrecht innehat, beleuchtete die Rolle des Zeugenbeistandes.<sup>17</sup> Die rechtliche Grundlage der Zeugenbeistandschaft leite sich neben § 68b StPO vor allem aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

<sup>16</sup> So auch *Jahn*, ZWH 2013, S. 1 ff in Widerspruch zu den Thesen der BRAK, Stellungnahmennr. 35/2010, die lediglich vom „Unternehmensanwalt im Strafrecht“ spricht.

<sup>17</sup> Weiterführend *Wessing/Ahlbrecht*, Der Zeugenbeistand (München 2013); interessant insbes. Kapitel 10 (S.161 ff.) zur Zeugenbeistandschaft bei internen Untersuchungen.

ab.<sup>18</sup> Mit der Ausübung der prozessualen Rechte des Zeugen solle demnach sichergestellt werden, dass dieser nicht zum „bloßen Objekt“ des Verfahrens werde. Aus der Praxis berichtete Prof. Wessing, dass Gerichte und Staatsanwaltschaften der Beiziehung eines Zeugenbeistandes kritisch gegenüberständen, da diese die Verfälschung der Spontaneität und Originalität des Zeugen befürchteten. Zwar besitze der Zeugenbeistand grundsätzlich kein eigenes Rederecht, könne aber durchaus, um Aussagefehlern und Missverständnissen vorzubeugen, aktiv werden.

## II. Resümee

Die Tagung vereinigte Wissenschaft und Praxis zu einer dogmatischen und äußerst detailreichen Diskussion zur praktischen Ausgestaltung eines Verbandssanktionengesetzes und der Diskussion des Kölner Entwurfs in diesem Zusammenhang. Grundlegend erfuhr der spezialpräventive Ansatz des Kölner Entwurfs große Zustimmung. Einigkeit bestand darin, nicht dem „Schweizer Modell“ zu folgen, indem die möglichen Anknüpfungstaten nicht zu stark eingeschränkt werden und eine parallele Haftung zwischen Verband und Individuum geschaffen werden solle. Große Einigkeit herrschte auch darin, dem Unternehmen als Beschuldigten weitgehende prozessuale Rechte einzuräumen. Die Beschlagnahmefreiheit bei internen Ermittlungen und die Verhinderung eines Kooperationszwangs wurden dabei in verschiedenen Vorträgen besonders betont.

Zwar waren sich die Teilnehmer darüber einig, dass Sanktionen in US-Ausmaß unverhältnismäßig sein, Differenzen gab es jedoch bei der Diskussion über die Form der Sanktionierung. So traten einige für ein Tagessatzsystem, andere für eine Sanktionsbemessung anhand des Umsatzes des Unternehmens ein. Auch das Monitoring wurde sehr kontrovers diskutiert. Die Rolle des Anwalts in Verbandssanktionsverfahren gegen Unternehmen rief, besonders im Verhältnis zum Individualstrafrecht, unterschiedliche Meinungen hervor. Letztendlich wird über die Rolle des Rechtsanwalts wohl der Gesetzgeber durch die Entscheidung, wie nah sich das Verbandssanktionenrecht am Strafrecht orientiert, entscheiden.

Insgesamt ist der Praxis, wie auch Korte<sup>19</sup> schrieb, mit der zeitlich bereits vor einem Referentenentwurf liegenden Diskussion zu Verbandssanktionen ein wertvoller Beitrag zur Gesetzesfindung gelungen. Für den hervorragenden organisatorischen Ablauf der Tagung ist Herrn Prof. Kubiciel und seinem Lehrstuhlteam, sowie den Mitveranstaltern und Sponsoren, herzlich zu danken.

---

<sup>18</sup> Recht auf Zuziehung in 2 BvR 747/73 anerkannt, um den Zeugen im laufenden Verfahren zu schützen, da er mitunter in einer beschuldigtenähnlichen Situation sei, näher NJW 1975, S. 103 f.; fortgesetzt und eingeschränkt in 2 BvR 941/09.

<sup>19</sup> Korte, NZWist 2018, S. 393 f.

Stud. iur. Maxi Simon, stud. iur. Sabrina Fornataro, stud. iur. Christoph Bauch, stud. iur. Finn-Lauritz Schmidt, alle Frankfurt am Main

## WisteV-Moot Court: „Von einem Aufbruch in unbekannte Gewässer“

Unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. Matthias Jahn, Richter am Oberlandesgericht (Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung an der Goethe-Universität) und Herrn Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke in Zusammenarbeit mit der Wirtschaftsstrafrechtlichen

Vereinigung e.V. fand der Frankfurter wirtschaftsstrafrechtlich-strafprozessuale Moot Court im Sommersemester 2018 bereits in seiner dritten Auflage statt.

## I. Das Hissen der Segel

„Liebe Kollegin, lieber Kollege“ gehörte schon bald zum Umgangston von neun Studenten, die mit den Worten eines Richters des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs „Im Namen des Volkes ergeht folgendes Urteil...“ in einem großen Gerichtssaal des Landgerichts Frankfurt endete. Doch wie kam es dazu?

„Die Reise“ fand ihren Anfang in diversen Bekanntmachungen – in sozialen Medien und in der Universität – des Lehrstuhls von Herrn Prof. Dr. Matthias Jahn, welche zur Bewerbung für den dritten wirtschaftsstrafrechtlichen-strafprozessualen Moot Court aufriefen. Im Unterschied zu den vorherigen Jahrgängen war der Moot Court in der dritten Auflage nicht auf zwei, sondern auf ein Semester ausgerichtet. Das Konzept blieb jedoch dasselbe: Studenten sollen bereits im Studium die Möglichkeit erhalten, unter Anleitung von Rechtsanwälten einen fiktiven wirtschaftsstrafrechtlichen Fall vom Ermittlungsverfahren bis zur Hauptverhandlung zu bearbeiten und dadurch über den Tellerrand des Studiums der Rechtswissenschaft hinaus zu schauen.

Zu der Vorbesprechung erschienen interessierte Studenten, denen Herr Prof. Dr. Matthias Jahn und Herr Rechtsanwalt Dr. Fabian Meinecke, die den Moot Court im Wintersemester 2014/2015 gemeinsam mit WisteV ins Leben gerufen haben, das „Rollenspiel“ und den Ablauf des Moot Courts vorstellten. Um Teil dieses spannenden Projektes zu werden, sollten die interessierten Studenten sich mit einem Motivationsschreiben bewerben. Einige Wochen später konnten sich dann neun Studenten über die Zusage zur Teilnahme am Moot Court freuen. Die Teilnehmer wurden sodann in zwei Gruppen mit jeweils zwei Teams – der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung – aufgeteilt. Die Teams sollten von erfahrenen Rechtsanwälten unterstützt werden. So wurden die Teams der Staatsanwaltschaft von Herrn Rechtsanwalt Ulf Reuter, LL.M. und die Teams der Verteidigung von Herrn Rechtsanwalt Björn Krug betreut. Alle Teilnehmer warteten anschließend gespannt auf die Freigabe des Aktenstücks.

## II. Das unbekannte Gewässer

Das „Ermittlungsverfahren“ wurde aufgrund einer Strafanzeige eingeleitet, welche der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main von einem Rechtsanwalt als Vertreter einer mutmaßlich Geschädigten zugeleitet wurde. In der Anzeige wurde dem Beschuldigten „Alexander Angerbaur“ als Geschäftsführer der „Blitzinfo-GmbH“ vorgeworfen, die Allgemeinmedizinerin „Dr. Linda Baumbach“ durch missverständlich gestaltete Anzeigen- und Angebotsschreiben sowie durch aufdringliche Anrufe durch seine Mitarbeiterin „Gesine Ratze“ getäuscht und zu einem Vertragsschluss einer für sie und ihre Praxis nutzlosen Anzeigenschaltung in einem Faltblatt namens „Wanderungen durch die Streuobstwiesen im Taunus“ veranlasst zu haben. Da „Frau Dr. Baumbach“ gleichzeitig auch eine Einzugsermächtigung für einen vierstelligen Betrag erteilte, die „Herr Angerbaur“ auch einlöste, sei der Allgemeinmedizinerin ein entsprechender Schaden entstanden. Dieses Vorgehen ähnelte – so fiel es den Rechtsstudenten gleich auf – der sogenannten „Kölner Masche“<sup>1</sup>, welche vor einigen Jahren die Justizbehörden beschäftigte und in den Medien Aufmerksamkeit erregte.

Die Akte gab sodann den Gang des bisherigen Ermittlungsverfahrens wieder: Es wurden Zeugenvernehmungen und eine Durchsuchung der Wohn- und Geschäftsräume durchgeführt, sowie verschiedene Auskünfte bei Behörden über die Person und die Geschäftstätigkeit des Beschuldigten eingeholt. Dass die Ermittler bei der Durchsuchung auf fast gänzlich leere Geschäftsräume trafen, weil die Gesellschaft inzwischen aufgelöst und sämtliche Unterlagen vernichtet worden waren, schien zunächst ins Bild des „windigen Geschäftsmannes“ zu passen. Die Beschlagnahme der letzten verbliebenen Dokumente sowie eines Laptops förderte zu Tage, dass die „Blitzinfo GmbH“ in jedenfalls zwei weiteren Fällen gegenüber dem Architekten „Rafael Silberpfeil“ und dem Holzhändler „Frank Feuerstein“ in ähnliche Vorgänge verstrickt war.

Doch selbstverständlich müssen diese Missverständnisse nicht gleich zu einer Strafbarkeit bzw. einer Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Betruges führen. Nun waren die Teilnehmer gefragt, die Handlung fortzuspinnen...

<sup>1</sup> Siehe hierzu: <https://www.swr.de/swr/aktuell/rp/270-bewaehrungsstrafen-fuer-anzeigenbetrueger/-/id=1682/did=20816834/nid=1682/1ctoxkp/index.html> (zuletzt abgerufen am 5.10.2018).

### III. Die Fahrt

Es war besonders herausfordernd, dass die einzelnen Aktenstücke und ihre Bestandteile selbst ausgewertet und so die Tatsachengrundlage ermittelt werden musste; eine Tätigkeit, die der gewohnten Fallbearbeitung im Studium entgegenläuft. Die Teams der Verteidigung verfolgten völlig unterschiedliche Strategien, welche von einem konfrontativem Verteidigungsstil und eigenen Ermittlungen bis hin zu kooperativem Verhalten reichten. Die Staatsanwaltschaften konzentrierten sich darauf, eine Tatsachengrundlage zu schaffen, auf die sie ihre Anklage stützen konnten.<sup>2</sup>

Außerdem hatten die Veranstalter einen weiteren Fixpunkt in das Ermittlungsverfahren eingebaut: Eine staatsanwaltschaftliche Zeugenvernehmung der ehemaligen Sekretärin des Beschuldigten, Frau „Gesine Ratze“. Dies galt es von beiden Seiten entsprechend vorzubereiten. Weiterhin wurde der Beschuldigte von beiden Teams der Staatsanwaltschaft geladen, allerdings machte der Beschuldigte in beiden Situationen von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. Die Vernehmungen wurden zu Zwecken der späteren Selbstreflexion und Besprechung von einem professionellen Techniker der Goethe-Universität aufgezeichnet.

Einige Wochen vor der Hauptverhandlung mussten die Anklageschriften und die entsprechenden Stellungnahmen der Verteidigung „bei Gericht“ eingereicht werden. Jeder Teilnehmer sollte eine individuelle Arbeit abliefern. Die Anklageschrift musste den für die Teilnehmer bisher unbekannt formalen Anforderungen entsprechen und auch die Strafverteidiger mussten sich den einer Verteidigungsstellungnahme eigenen Stil aneignen. Die Anklage (respektive die Schutzschrift) stellten einen Teil der Seminarleistung dar.

Die Hauptverhandlung fand am 12. Juli 2018 in Saal EII des Landgerichts Frankfurt statt und erfolgte in zwei Durchläufen, bei denen die jeweils einander zugeordneten Gruppen agieren mussten. Dabei wusste auch der Rahmen der Veranstaltung zu überzeugen, denn im Gerichtssaal waren neben den Teilnehmern und der Kammer auch ein Justizwachtmeister, ein Fotograf, Vertreter der Presse<sup>3</sup>, sowie Publikum im Zuschauerraum anwesend. Außerdem sorgte die Gerichtskantine dankenswerterweise für eine hervorragende Bewirtung aller Personen im Gerichtssaal.

Nach einer kurzen Einführung der beiden Veranstalter wurde den Teilnehmern die Besetzung der Strafkammer vorgestellt: Den Vorsitz übernahm Herr Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Christoph Krehl. Als Beisitzer fungierten Staatssekretär a.D. Rechtsanwalt Dr. Rudolf Kriszeleit, Herr Rechtsanwalt Dr. Oliver Kipper, Frau Rechtsanwältin Dr. Anette Hartung sowie der amtierende Präsident von ELSA-Frankfurt am Main e.V. Sofian Kamrath. Die Teilnehmer waren angesichts der außerordentlich honorigen Besetzung der Kammer umso angespannter.

Der eigentliche Ablauf der Hauptverhandlung entsprach den Vorgaben der Strafprozessordnung. Besonders bemerkenswert war, dass in der Hauptverhandlung der Angeklagte und die Zeugen von vorher angeworbenen und inhaltlich informierten Studenten repräsentiert wurden,<sup>4</sup> was die Hauptverhandlung noch wesentlich realitätsnäher gestaltete. Dies wurde dadurch verstärkt, dass der erfahrene Vorsitzende Richter Prof. Dr. Krehl ein hohes Maß an Autorität ausstrahlte und auch eine entsprechende Verhandlungsleitung an den Tag legte. So kam es mitunter vor, dass die Teilnehmer im Rahmen der Beweisaufnahme zu präziseren Anträgen ermahnt wurden oder dass Beweisanträge oder Fragen im Rahmen der Zeugenvernehmung auch gänzlich abgelehnt wurden.

Eine weitere Bewährungsprobe für alle Teilnehmer ereignete sich am Ende der Beweisaufnahme: Plötzlich ließ der Vorsitzende verlauten, dass dem Gericht ein Brief des Zeugen Rafael Silberpfeil zugegangen sei,<sup>5</sup> in welchem dieser –selbst aufgrund eines mehrmonatigen Auslandsaufenthalts nicht im Lande– dem Gericht verfahrensrelevante Inhalte mitteilen wollte. Nun mussten sich alle Teilnehmer auf diese Situation einstellen. Selbstverständlich hatten die Staatsanwaltschaftsteams ein Interesse daran, den Brief als Urkundenbeweis verlesen zu lassen während beide Strafverteidigerteams in der beabsichtigten Verlesung einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit zu erkennen glaubten und der Verlesung nicht zu-

<sup>2</sup> Anders als in der Realität, bestand hinsichtlich einer Anklageerhebung kein Entscheidungsspielraum, da die Hauptverhandlung den zentralen Bestandteil des Moot Courts darstellt.

<sup>3</sup> Der Artikel „Feuerprobe vor Gericht“ von Franziska Schubert erschien am 19.07.18 in der Frankfurter Rundschau.

<sup>4</sup> Die Teilnahme am Moot Court war für die Studenten insofern interessant, als dass diese eine Schlüsselqualifikationsleistung angerechnet bekamen.

<sup>5</sup> Für dieses unvorhergesehene Szenario zeichneten sich im Nachhinein –wie könnte es anders sein– die Veranstalter verantwortlich.

stimmten. Nach einer Darstellung der unterschiedlichen Positionen und einer Erörterung der Argumente zog sich das Gericht kurz zu einer Entscheidung<sup>6</sup> darüber zurück, ob die Erklärung von „Rafael Silberpfeil“ letztendlich als Beweis eingeführt werden würde, was dann in beiden Durchgängen auch tatsächlich geschah.

Den Höhepunkt der Hauptverhandlung stellte für alle teilnehmenden Studenten wohl das Plädoyer nach dem Schluss der Beweisaufnahme dar. Hier war es erforderlich, zum Abschluss der Hauptverhandlung überzeugende Schlussvorträge zu präsentieren.

Nach eigenem Bekunden tat sich die Kammer in beiden Durchgängen mit der Urteilsfindung enorm schwer, da es allen vier Teams gelang, die für die eigene Position jeweils vorteilhaften Argumente überzeugend darzustellen.

Schließlich endete die Hauptverhandlung in beiden Fällen mit einem Freispruch.

#### IV. Sicher im Hafen angelegt – mit vielen Erfahrungen

Was übrig bleibt sind tiefere erste Einblicke in den Ablauf eines (tatsächlichen) Ermittlungsverfahrens und vor allem in die Tätigkeiten des Staatsanwalts und des Strafverteidigers. Gefragt sind neben dem Verfassen von Schriftsätzen gerade die im Studium kaum benötigten und trainierten kommunikativen Fähigkeiten. Während des ganzen Semesters war beständige Teamarbeit vonnöten, denn oftmals war es notwendig, in sehr kurzer Zeit Schriftsätze zu verfassen und auf unvorhergesehene Szenarien zu reagieren.

Vertritt man die Auffassung, dass die besten Trainings- und Lerneffekte erzielt werden, wenn man die eigene „Komfortzone“ verlässt und die eigenen Grenzen überschreitet, so traf dies in vollem Maße auf unsere Teilnahme am Moot Court zu, denn es können wohl nicht viele Studenten der Rechtswissenschaft von sich behaupten, ein Wortgefecht mit einem Richter des Bundesgerichtshofs geführt und vor einer honorig besetzten Strafkammer plädiert zu haben. Daher können wir allen Studenten die Teilnahme an dem Moot-Court nur empfehlen.

Letztlich bleibt zu sagen, dass der Moot Court eine erste Übung für das bevorstehende Referendariat war und es den Teilnehmern dadurch leichter fallen wird, in den ersten Stunden im Gerichtssaal –um im bisher gezeichneten Bild zu bleiben– auch bei „rauer See“ den richtigen Kurs zu finden.

---

<sup>6</sup> Gem. § 251 IV S. 1 StPO ist dazu ein Beschluss des Gerichts erforderlich.