

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Dr. Mayeul Hièramente
Antje Klötzer-Assion
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

LOStA a.D. Folker Bittmann
Dr. Laura Blumhoff
Mag. iur. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Ulrich Leimenstoll
Norman Lenger
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
OStA Raimund Weyand

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Ref. iur. Maximilian Koddebusch, Münster

**Verfolgung von Korruption im Gesundheitswesen ohne
Telekommunikationsüberwachung – Nicht nur misslich für die
Ermittlungsbehörden!** 43

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Düsseldorf

**Die EU-Whistleblower-Richtlinie oder Richtlinien-Potpourri zum
Schutz von Whistleblowern** 52

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Gernot Zimmermann, Wiesbaden

**LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 - 618 Qs 20/18
- Akteneinsichtsrecht des Insolvenzgläubigers** 62

Internationales

Rechtsanwältin Dr. Carolin Raspé, Berlin

**Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen
Recht (Teil II)** 71

Veranstaltungen und politische Diskussion

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

**FKS als „Finanzpolizei“? Zum Entwurf eines Gesetzes gegen
illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch** 86

Editorial

Eine spezifische Insolvenzverwalterkriminalität existiert nicht. Nur vereinzelt sind Strafverfahren bekannt geworden, die sich mit (vorgeblichen) Fehlleistungen dieser Berufsgruppe befassen. Besonders spektakulär: Die Vorkommnisse um das Wiesmoorer Bauunternehmen Bohlen & Doyen, mit welchen sich die niedersächsische Justiz – unter anderem wegen exorbitant überzogener Vergütungen für Mitglieder des Gläubigerausschusses und auch deutlich überhöhter Vergütungsforderungen des Verwalters – über Jahre beschäftigt hat. Strafrechtliche Konsequenzen gab es jedoch weder für den Insolvenzverwalter noch für den fachlich vollkommen überforderten Insolvenzrechtspfleger, der dessen Abrechnungen (zunächst) abgesegnet hatten (vgl. LG Aurich, Beschluss vom 13.05.2013 – 15 KLs 1000 Js 55939/12 [2/13], ZInsO 2014, 343, und Urteil vom 25.04.2017 – 15 KLs 3/14, wistra 2018, 140).

Anders aber in einem Fall, in dem der BGH jetzt im Nachgang zu der rechtskräftigen Verurteilung des Verwalters zu einer neunmonatigen Freiheitsstrafe wegen Untreue über die Frage zu entscheiden hatte, wie sich eine solche Sanktionierung auf grundsätzlich bestehende Vergütungsansprüche auswirkt (BGH, Beschluss vom 22.11.2018 – IX ZB 14/18, ZInsO 2019, 91).

Schon früh hat der BGH entschieden, dass nur in absoluten Ausnahmefällen ein vollständiger Ausschluss von Vergütungsforderungen in Frage kommt. Die zu beachtenden Verfehlungen müssen im Einzelfall besonders schwerwiegend sein. Nur wer seine Treupflicht vorsätzlich oder zumindest leichtfertig massiv verletzt, kann sich seines Entgeltes als unwürdig erweisen. Der Senat rekurriert auf den allgemeinen Rechtsgedanken des § 654 BGB: Wer verbotenerweise auf zwei Schultern trägt, soll hieraus nicht noch zusätzliche Vorteile ziehen. Ein Insolvenzverwalter, der – wie hier – *kickbacks* an ihm nahestehende Personen veranlasst, handelt in Anbetracht dieser Grundsätze in besonders hohem Maße verwerflich. Dies gilt umso mehr, wenn die sich die Handlungen über längere Zeit hinziehen. Das systematische Aushöhlen der Insolvenzmasse aus rein eigennützigen Motiven läuft dem Bild des allein die Interessen der Gläubigergesamtheit beachtenden Verwalters völlig zuwider. Derartige gravierende Pflichtverstöße rechtfertigen nicht nur eine bloße Kürzung der Verwaltervergütung – sie schließen jegliche Honoraransprüche aus.

Natürlich beleuchtet der BGH-Beschluss vom 22.11.2018 einen Ausnahmefall. Die Entscheidung macht aber deutlich, dass amtsbezogene Straftaten eines Insolvenzverwalters selbst Ansprüche auf die nach § 8 Abs. 3 InsVV angefallene Auslagenpauschale ausschließen. Zwar lässt der Beschluss die Frage ausdrücklich offen, ob identische Konsequenzen auch dann ins Haus stehen, wenn der Verwalter anstelle der Pauschale nach § 4 Abs. 2 InsVV die ihm tatsächlich entstandenen Auslagen geltend macht. Letztlich dürfte angesichts der Argumentation des Gerichts indes auch hier keine andere Folge zu erwarten sein.

Die Justiz erleichtert leider vielfach derartige Manipulationen. Zwar sollen bei den Insolvenzgerichten nur Rechtspfleger eingesetzt werden, die über „belegbare Kenntnisse“ des Insolvenzrechts verfügen (§ 18 Abs. 4 RPfG). Die Praxis zeigt aber, dass in Zeiten knapper Haushalte bei den Gerichten lediglich Lücken gefüllt werden, ohne dass man auf hinreichende Vorkenntnisse achtet oder gar besteht. *Learning by doing* ist die Folge. Dies gilt auch für die Insolvenzrichter, deren Kompetenzen regelmäßig vom persönlichen Engagement abhängig und geprägt sind. Schon der drohende Imageschaden sollte die Justizverwaltungen hier zu Korrekturen bewegen.

OSTA Raimund Weyand, St. Ingbert

Inhaltsverzeichnis

Impressum

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

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

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Dr. Mayeul Hièramente, Antje Klötzer-Assion, Hannah Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de

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

Webmaster/Layout: Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: LOStA Folker Bittmann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Laura Blumhoff, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Dr. André-M. Szesny, OStA Raimund Weyand.

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

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

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: Kostenlos.

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

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Impressum	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	43
Ref. iur. Maximilian Koddebusch, Münster Verfolgung von Korruption im Gesundheitswesen ohne Telekommunikationsüberwachung – Nicht nur misslich für die Ermittlungsbehörden!	43
Rechtsanwältin Ines Ullrich, Düsseldorf Die EU-Whistleblower-Richtlinie oder Richtlinien-Potpourri zum Schutz von Whistleblowern	52
Entscheidungskommentare	62
Rechtsanwalt Gernot Zimmermann, Wiesbaden LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 - 618 Qs 20/18 - Akteneinsichtsrecht des Insolvenzgläubigers	62
Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	67
Internationales	71
Rechtsanwältin Dr. Carolin Raspé, Berlin Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil II)	71
Rechtsanwältin Mag. Kathrin Ehrbar, RAA Mag. Sandra Alton, beide Wien Länderbericht Österreich	82
Veranstaltungen und politische Diskussion	86
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. FKS als „Finanzpolizei“? Zum Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch	86
Rezensionen	102
Rechtsanwalt Dr. Richard Hennecke, Essen/Münster Laura Christiane Nienaber, Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen	102

Aufsätze und Kurzbeiträge

Strafverfahrensrecht

Ref. iur. Maximilian Koddebusch,¹ Münster

Verfolgung von Korruption im Gesundheitswesen ohne Telekommunikationsüberwachung – Nicht nur misslich für die Ermittlungsbehörden!

In Ermittlungsverfahren, die ein Delikt nach § 299 StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr) zum Gegenstand haben, darf – unter den weiteren Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO – die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO gegen den Verdächtigen angeordnet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Verdacht auch auf die Verwirklichung eines Regelbeispiels gemäß § 300 S. 2 StGB erstreckt.

Dagegen sucht man die §§ 299a f. StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen) im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO vergeblich. Dies sorgt für Irritationen, da die in § 300 StGB vorgesehene Strafraumenverschiebung nicht allein Delikte nach § 299 StGB betrifft, sondern unter identischen Voraussetzungen auch eine strafschärfende Wirkung hinsichtlich der mit § 299 StGB wesensverwandten Vorschriften der §§ 299a f. StGB entfaltet.

Ziel des Beitrags ist es, aufzuzeigen, dass es keine sachliche Rechtfertigung für diese Divergenz gibt.

I. Problemaufriss

Seit Mitte des Jahres 2016 sind die Vorschriften zur strafrechtlichen Ahndung von Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a f. StGB) in Kraft. Die Rechtsprechung hat unterdessen noch keine Gelegenheit dazu erhalten, sich zu den Normen zu äußern. Wenngleich damit in absehbarer Zeit zu rechnen sein dürfte, fallen auch die ersten Zwischenberichte aus den Kreisen der Ermittlungsbehörden einerseits² und der Anwaltschaft andererseits³ eher bescheiden aus.

Man wird insoweit mit guten Gründen die Frage aufwerfen können, ob dies anders zu erwarten war. Zum einen betreffen die §§ 299a f. StGB das Gesundheitswesen, das von einem regelrechten Kaleidoskop unterschiedlicher Rechtsgebiete, Vorschriften und branchenspezifischer Kodizes reguliert wird. Die noch nicht restlos geklärte Frage nach dem Einfluss der gesundheitsrechtlichen Vorgaben auf die Delinquenz gemäß §§ 299a f. StGB und die Anwendung derselben im Einzelfall können – gerade dort, wo es keine Schwerpunktstaatsanwaltschaften gibt⁴ – zu nachvollziehbaren rechtlichen Bewertungsschwierigkeiten führen. Jedenfalls aber dürfte die Komplexität der Materie die Verfahren in die Länge ziehen.⁵ Der Mangel an Präzedenzfällen kommt in diesem Zusammenhang erschwerend hinzu. Zum anderen wird man die tatsächlichen Schwierigkeiten bei den Ermittlungen in Korrup-

¹ Maximilian Koddebusch ist einer der Gewinner des Aufsatzwettbewerb der WiJ 2019.

² *Badle medstra* 2017, 1, 2.

³ Nach *Warmtjen BerlAnwBl* 2017, 413, 414, ist die „von vielen befürchtete, von manchen erhoffte ‚Ermittlungswelle‘“ ausgeblieben.

⁴ In diese Richtung *Bannenberg* in: *Wabnitz/Janovsky*, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 116: „Die erfolgreiche Verfolgung von Korruptionsdelikten ist maßgeblich von Erfahrungswissen und qualifiziertem Personal abhängig.“; vgl. hierzu auch den dort enthaltenen Verweis auf BGH NJW 2006, 925, 929; im Übrigen auch *Gaede* in: *Leitner/Rosenau*, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 299a StGB Rn. 29; *Geiger CCZ* 2016, 172, 176. Demgegenüber hält *Graalman-Scheerer* die Bildung von Zentralstellen nicht für erforderlich, da die personelle Ausstattung in den Wirtschaftsabteilungen der Staatsanwaltschaften „teilweise genauso gut, wenn nicht so gar besser“ sei; *MedR* 2017, 601, 610.

⁵ Dies gesteht auch *Graalman-Scheerer MedR* 2017, 601, 611, ein; gleicher Ansicht insoweit *Bannenberg* in: *Wabnitz/Janovsky*, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 12 Rn. 120.

tionssachen berücksichtigen müssen. Schon tatbestandsbedingt ist die Begehung eines Korruptionsdelikts in der Regel schwierig und – wenn überhaupt – nur unter aufwändiger Ermittlungsarbeit nachzuweisen.⁶

Man wird zwar davon ausgehen dürfen, dass die Staatsanwaltschaften sich das notwendige Fachwissen über den Gesundheitsbereich – wenn nicht ohnehin schon vorhanden – mittelfristig aneignen werden. Die Nachweisschwierigkeiten tatsächlicher Natur werden hierdurch jedoch nicht aus der Welt geschafft.

Soweit derzeit ersichtlich, besteht die einzige Lösung für diese missliche Situation derzeit darin, den Strafverfolgungsbehörden weitergehende Rechte zur Erforschung des Sachverhaltes an die Hand zu geben. Die Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse kann dazu beitragen, Begebenheiten aufzuklären und Missverständnisse auszuräumen oder wenigstens einzudämmen.

II. Gegebene Ermittlungsmöglichkeiten und Erweiterungsbedarf

Die den Ermittlungsbehörden de lege lata offenstehenden Ermittlungsmethoden beschränken sich primär auf die Durchsuchung von Praxen, Wohnungen und sonstigen Räumlichkeiten verdächtiger Heilberufler, mutmaßlicher Vorteilsgeber oder Dritter gemäß §§ 102 ff. StPO. Daneben und regelmäßig in Kombination mit Durchsuchungen ist etwa noch die oftmals darauf aufbauende Sicherstellung von Gegenständen zu Beweis Zwecken nach Maßgabe der §§ 94 ff. StPO zulässig.⁷ Der Vollständigkeit halber sei außerdem darauf hingewiesen, dass der Einsatz verdeckter Ermittler beim Verdacht gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßiger Tatbegehung gemäß § 110a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StPO zumindest denkbar ist.⁸

1. Defizite der bestehenden Ermittlungskompetenzen

Hinsichtlich des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers ist zunächst festzuhalten, dass diese Ermittlungsmaßnahme aufgrund der Notwendigkeit einer Legendenerstellung gemäß § 110a Abs. 2, 3 StPO zu sperrig und zu unpraktisch für die ständige Strafverfolgung ist. Mag im Einzelfall auf einen verdeckten Ermittler zurückgegriffen werden, wird die breite Masse der Verdachtsfälle schon aufgrund von Personalmangel bei den Polizeibeamten nicht mit solchen Mitteln erforscht werden können. Da rechtliche Ungewissheiten insbesondere im Hinblick auf den Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ die Anordnungsvoraussetzungen im Übrigen verwässern⁹, stellt der Einsatz eines verdeckten Ermittlers zwar eine theoretisch auch im Rahmen der §§ 299a f. StGB mögliche, praktisch jedoch in den wenigsten Fällen umzusetzende Ermittlungsmöglichkeit dar.

Die damit einhergehende wesentliche Begrenzung der Ermittlungsinstrumente auf die Durchsuchungsbefugnis birgt zwei Kernprobleme:

Zum ersten zielen Durchsuchungen ihrer Natur nach insbesondere auf das Auffinden von der Beschlagnahme fähigen Beweismitteln ab.¹⁰ Darunter sind alle beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu verstehen, die unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder die Umstände ihrer Begehung Beweis erbringen können.¹¹ Mithin wird die Stoßrichtung von Durchsuchungen im hiesigen Kontext primär darauf ausgelegt sein, schriftliche Unterlagen oder sonstige körperliche Gegenstände aufzuspüren, die das Bestehen einer vermuteten Unrechtsvereinbarung dokumentieren könnten. Da es derartige Aufzeichnungen aber in vielen Fällen nicht geben wird¹², steht zu erwarten, dass die Durchsuchungen im Ergebnis

⁶ Zu den Nachweisschwierigkeiten allgemein *Bannenber* in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 12 Rn. 120; speziell im Rahmen von Korruption im Gesundheitswesen vgl. exemplarisch *Badle* NJW 2008, 1028; *Brettel/Mand* A&R 2016, 99, 104; *Cosack* ZfS 2013, 226, 232; *Dann/Schalz* NJW 2016, 2077, 2079; *Dannecker/Schröder* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen: StGB, 5. Aufl. 2017, § 299a Rn. 134 f.; *Gaede* in: Leitner/Rosenau, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, § 299a StGB Rn. 55; *Rauer/Pfuhl* PharmR 2016, 357, 360.

⁷ Zu den strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten *Graalman-Scheerer* MedR 2017, 601 (610); *Köbler* MedR 2017, 783, 785; *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, 38. Edition Stand 01.05.2018, § 299a Rn. 34 ff.

⁸ *Gaede* in: Leitner/Rosenau, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, § 299a StGB Rn. 26; *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, § 299a Rn. 35.

⁹ Zur – mit unbestimmten Rechtsbegriffen gespickten – Auslegung *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, 7. Aufl. 2013, § 110 Rn. 21; *Günther* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, 2014, § 98a Rn. 25.

¹⁰ *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, § 102 Rn. 4; *Hegmann* in: BeckOK StPO, 30. Edition Stand 01.06.2018, § 102 Rn. 5; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 51.

¹¹ *Hauschild* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 102 Rn. 5; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 51.

¹² Zur Verschleierung der Korruptionsdelikte *Gädigk* medstra 2015, 268, 272; *Heil/Oeben* PharmR 2016, 217, 219; vgl. zudem *Brettel/Mand* A&R 2016, 99, 104; *Rauer/Pfuhl* PharmR 2016, 357, 360.

häufig erfolglos verlaufen werden. In Anbetracht dessen bedarf es der Schaffung eines alternativen Anknüpfungspunktes für die Ermittlungsarbeit ausgehend von den zu sichernden Beweismitteln.

Das zweite Problem der Durchsuchungsmaßnahmen ist deren fehlende Heimlichkeit.¹³ So ordnet § 106 Abs. 1 S. 1 StPO unmissverständlich an, dass der Inhaber der zu durchsuchenden Räume ein Anwesenheitsrecht hat. Die Ermittlungsbehörden sind nach § 106 Abs. 1 S. 2 StPO sogar gehalten, im Falle der Abwesenheit des Inhabers einen Vertreter, Angehörigen, Hausgenossen oder gar einen Nachbarn hinzuzuziehen. Mit der Durchführung einer Durchsuchung wird somit der gesamte Ermittlungsstand offengelegt und auf eine Karte gesetzt, da einem Verdächtigen von dem Tag der Durchsuchung an nicht mehr verborgen ist, dass gegen ihn ermittelt wird.¹⁴ Sollte die Durchsuchung Beweisstücke zutage fördern, die seine Strafbarkeit belegen, ist dies zwar einerlei. Im ebenfalls wahrscheinlichen gegenteiligen Szenario allerdings ist der Verdächtige gewarnt und kann im Anschluss an die Durchsuchung unbehelligt etwaige doch bestehende Beweise vernichten oder beiseiteschaffen. Der Nachweis der Unrechtsvereinbarung und mit ihm der Ermittlungserfolg rücken dadurch in noch weitere Ferne.

2. Bedürfnis nach der Telekommunikationsüberwachung

Das Verhältnis zwischen Beweisschwierigkeiten einerseits und den diesen gegenüberstehenden Ermittlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsorgane andererseits stellt sich damit als in hohem Maße unausgeglichen dar. Diese fehlende Balance gilt es herzustellen. Aufgrund der drohenden Ineffizienz von Durchsuchungen wegen der Nichtexistenz körperlicher Beweismittel erstens und aufgrund der zu befürchtenden „one-shot“-Ermittlungen zweitens könnte man den Ermittlungsfokus auf die Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung verschieben.¹⁵

Eine Aufnahme der §§ 299a f. StGB in den Katalog schwerer Straftaten des § 100a Abs. 2 StPO würde die Ermittlungsbehörden in die Position versetzen, die umfassende Telekommunikation eines Beschuldigten zu observieren. Zur Telekommunikation gehört dabei nicht nur der klassische „Fernmeldeverkehr“, sondern auch sämtliche Formen moderner Kommunikation beispielsweise in der Gestalt von Paging- und SMS-Diensten, E-Mails oder Internetchats sind hier zu verorten.¹⁶ Man würde dem Problem der zumeist konkludent geschlossenen Unrechtsvereinbarung also damit begegnen, dass die Ermittlungsbehörden nicht darauf angewiesen wären, verkörperte Beweise für ihr Bestehen zu finden. Verdächtige könnten nämlich etwa durch mündliche Äußerungen in Telefonaten überführt werden könnten. Dies bietet sich gerade bei ineinandergreifenden Delikten wie den §§ 299a; 299b StGB an, die – außer in Szenarien einseitiger „Unrechtsvereinbarungen“¹⁷ – mindestens zwei die Unrechtsvereinbarung lebende Personen, den Geber und den Nehmer, voraussetzen. Die Einfügung in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO würde darüber hinaus auch das Abhören und die Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes gemäß § 100f Abs. 1 StPO, die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g Abs. 1 StPO sowie Schritte der technischen Observation gemäß § 100h StPO dem Grunde nach legitimieren, da diese Maßnahmen allesamt auf den Katalog in § 100a Abs. 2 StPO verweisen.

Diese Kompetenzerweiterung würde den Ermittlungsbehörden zumindest weitere Instrumente zur Verfügung stellen und ihnen als eine Art Kompensation für die zumeist unausweichlichen Beweisschwierigkeiten jedenfalls eine reellere Chance verschaffen, eben diese zu überwinden. Im Gegensatz zur Durchsuchung lässt sich die Überwachung der Tele-

¹³ Hauschild in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 106 Rn. 1: „offene[r] Charakter der Durchsuchung“; vgl. auch Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 167.

¹⁴ Gerade bei mehreren Zielpersonen sind Durchsuchungsmaßnahmen häufig fehleranfällig und gefährden den Ermittlungserfolg, vgl. hierzu Bannenberg in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 12 Rn. 125.

¹⁵ Schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens forderte etwa der Deutsche Richterbund im November 2015, den Ermittlungsbehörden die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung an die Hand zu geben, vgl. Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 22/15, S. 4; hierzu auch Damas wistra 2017, 128, 135.

¹⁶ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 36 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 100a StPO Rn. 6 ff.

¹⁷ Letztlich handelt es sich etwa bei der Forderung von Vorteilen nicht um eine Vereinbarung, dazu Pragal/Handel medstra 2015, 337, 339.

kommunikation nämlich heimlich durchführen, sodass der Verdächtige von den Ermittlungen gegen ihn nicht erfährt.¹⁸

Um dem Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen auch aus strafprozessualer Perspektive Ausdruck zu verleihen, wäre die Adaption der §§ 299a f. StGB in § 100a Abs. 2 StPO vor diesem Hintergrund von Anfang an geboten gewesen.¹⁹

III. Begründungsansätze für die fehlende Ermittlungskompetenz

Deswegen liegt die Frage nahe, warum der Gesetzgeber es unterlassen hat, die §§ 299a f. StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 Nr. 1 StPO zu implementieren. Explizite Erklärungen hierzu sucht man in den Gesetzgebungsmaterialien vergeblich.

Umso mehr überrascht das Fehlen der §§ 299a f. StGB im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO jedenfalls beim Verdacht der Verwirklichung der Regelbeispiele des § 300 S. 2 StGB, da potenzielle Täter des § 299 StGB unter den Voraussetzungen des § 300 S. 2 StGB nach Maßgabe von § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO überwacht werden dürfen. Diese Ungleichbehandlung mutet deshalb seltsam an, weil die Vorschriften der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen ersichtlich an § 299 StGB angelehnt sind.²⁰ Sie sind parallel zu § 299 StGB konstruiert, schützen dieselben Rechtsgüter, weisen identische Strafmaße aus und sind gleichermaßen in die Systematik des § 300 StGB einbezogen. Die Divergenz auf der Ebene der Telekommunikationsüberwachung ist somit schwer nachzuvollziehen.

1. Redaktionsversehen?

Ein Redaktionsversehen ist in Anbetracht des langen Gesetzgebungsverfahrens und der verbreiteten Anregungen, die Telekommunikationsüberwachung auch im Rahmen der §§ 299a f. StGB zuzulassen²¹, eher unwahrscheinlich.²² Dies gilt besonders in Anbetracht des Umstandes, dass ein früherer Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 05.07.2013²³, der seinerzeit dem Grundsatz der Diskontinuität anheimgefallen ist, diese Maßnahme noch ausdrücklich vorsah. Zur Begründung hieß es darin damals:

„[Die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung] ist zur Aufklärung und effektiven Bekämpfung hochorganisiert funktionierender korruptiver Systeme notwendig, zumal diese typischerweise durch heimliche und verschleierte Absprachen gekennzeichnet sind und nach außen nicht in Erscheinung treten.“²⁴

2. Vertraulichkeit des Arzt-Patienten-Verhältnisses?

Warum nun ein Sinneswandel auf legislativer Ebene stattgefunden hat, ist nicht erkennbar. Die Abkehr von der Telekommunikationsüberwachung im Rahmen der Gesundheitskorruption wurde allerdings schon durch einen Gesetzesentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz eingeleitet, der für sich beanspruchte, den vorgenannten Entwurf des Bundesrates aus der vorherigen Legislaturperiode weiterzuentwickeln.²⁵ Zum Thema wurde dort ausgeführt, dass *„auf die Möglichkeit einer Telekommunikationsüberwachung im Interesse eines effektiven Schutzes des Vertrauensverhältnisses zwischen Heilberufangehörigen und Patient verzichtet“* werden sollte.²⁶

Dieser Argumentationsansatz wird heutzutage auch anderenorts aufgegriffen und verfochten.²⁷ Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten dürfte dabei tatsächlich – insoweit ist *Cosack* beizupflichten – als das einzige rationale Argument für die

¹⁸ *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, § 100a Rn. 1; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 167.

¹⁹ *Cosack* ZRP 2016, 18; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 22/15, S. 4.

²⁰ Der Tatbestand ist nach BT-Drucks. 18/6446 vom 21.10.2015, S. 16, *„der Vorschrift des § 299 StGB nachgebildet“*; vgl. auch *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis* WiJ 2015, 176, 184; *Kubiciel/Tsambikakis* medstra 2015, 11, 14; *Mansdörfer* jM 2016, 213, 214.

²¹ *Cosack* ZRP 2016, 18, 19; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 22/15, S. 4; *Gädigk* medstra 2015, 268, 272; *Kubiciel* HRRS 2013, 213, 217.

²² So auch *Cosack* ZRP 2016, 18, 19.

²³ BR-Drucks. 451/13 vom 05.07.2013.

²⁴ BR-Drucks. 451/13 vom 05.07.2013, S. 21.

²⁵ BR-Drucks. 16/15 vom 15.01.2015, S. 3.

²⁶ BR-Drucks. 16/15 vom 15.01.2015, S. 4.

²⁷ *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, § 299a Rn. 7; *Rosenau/Lorenz/Wendrich* in: Kuhlén/Kudlich u.a.: Korruption im Strafrecht, 2018, S. 60 f.; in diese Richtung auch *Dannecker/Schröder* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 299a Rn. 217, und *Gaede* in: Leitner/Rosenau: Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 299a StGB Rn. 26, die den Fokus allerdings eher auf das informationelle Selbstbestimmung der Patienten richten.

Aussparung der §§ 299a f. StGB in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO zu bewerten sein.²⁸ Diese Überlegung findet ihre Grundlage in den Wertungen des Bundesverfassungsgerichts, das dem Gespräch zwischen einem Patienten und seinem Arzt den Rang eines regelmäßig gegen Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützenden Individualinteresses einräumt.²⁹

a) Schutz vor Erkenntnisgewinn aus dem Kernbereich privater Lebensführung

Hiergegen wird aber zu Recht vorgebracht, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis durch die Regelung des § 100d Abs. 1, 2 StPO – vormals § 100a Abs. 4 StPO – hinreichend geschützt ist.³⁰ Danach sind Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung im konkreten Fall unzulässig, sofern Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensführung erlangt werden. Der Gesetzgeber hat demnach mit den Schutzvorschriften in § 100d Abs. 1, 2 StPO selbst das Stellrad für die Rücksichtnahme auf das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen geschaffen. Im Falle eines Miss- oder Fehlgebrauchs der Telekommunikationsüberwachung droht gemäß § 100d Abs. 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, den Strafverfolgern im Kontext der §§ 299a f. StGB den Rückgriff auf die Telekommunikationsüberwachung zu versagen.

Vereinzelt wird hierauf erwidert, dass § 100d Abs. 1, 2 StPO das Arzt-Patienten-Verhältnis nur unzureichend schützen könne, was der fehlenden Trennschärfe des Kernbereichsbegriffs geschuldet sei.³¹ Dass der Gesetzgeber in diesem Kontext mit einer Generalklausel arbeitet, ist indessen nicht zu beanstanden, zumal der Begriff des Kernbereichs privater Lebensführung bereits hinreichend präzisiert ist.³²

Selbst wenn man darüber aber nicht hinwegsehen wollte, ist auch schon auf vorgelagerter Ebene fraglich, ob § 100d Abs. 1, 2 StPO im Hinblick auf Gespräche eines Arztes mit seinem Patienten überhaupt Anwendung findet, sofern es der Arzt ist, der einer Straftat nach § 299a StGB verdächtig ist. Die Vorschrift bezweckt nämlich ausschließlich den Geheimnis- und Persönlichkeitsrechtsschutz des Patienten. Es ist allein der Patient, der im Arztgespräch sein Innerstes nach außen kehrt, was Voraussetzung für die Kernbereichsrelevanz ist.³³ Dass der Kernbereich privater Lebensführung des Arztes, also des Tatverdächtigen, durch die Abhörung seines Gesprächs mit einem Patienten tangiert würde, ist demgegenüber fernliegend. Für den Arzt stellt das Gespräch mit dem Patienten in erster Linie eine berufsbedingte Tätigkeit dar, die ihn lediglich in seiner Sozialsphäre betrifft. Es wäre in hohem Maße unbillig, den Arzt in den Genuss der Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote in § 100d Abs. 1, 2 StPO kommen zu lassen, obwohl diese nach ihrem Zweck gar nicht auf den Schutz seiner persönlichen Sphäre ausgerichtet sind.

Anders läge der Fall natürlich, sollte der Arzt sich mit einem anderen Arzt besprechen, dessen Patient er selbst ist. Solche Situationen wären aber – wie bei jedem anderen Tatverdächtigen auch – selektiv von der Überwachung auszusparen, ohne dass hierdurch die grundsätzliche Berechtigung der Überwachung des Arztes in Zweifel zu ziehen ist.

b) Regelungen zu Ermittlungen bei Berufsheimlichkeitsgeheimnissen

Aber auch abgesehen davon leuchtet es nicht ein, warum der Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses den Arzt davor bewahren sollte, zum Subjekt einer Telekommunikationsüberwachung wegen des Verdachts der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen zu werden. Mit dieser Begründung könnte man dem Arzt einen Persilschein für die privilegierte Behandlung im Rahmen aller erdenklichen Ermittlungsverfahren ausstellen.

Sofern ein Arzt durch bestimmte Vereinbarungen – oder auch nur durch die Forderung eines Vorteils, die für die Verwirklichung des § 299a StGB bekanntlich ausreicht – den lauten Wettbewerb gefährdet, geschieht dies in aller Regel im Zusammenwirken mit oder gegenüber anderen Beteiligten der Gesundheitsbranche: Gegenüber anderen Ärzten, gegen-

²⁸ Cosack ZRP 2016, 18, 19.

²⁹ So etwa BVerfG MedR 2006, 586, 587 f.; BVerfG NJW 2004, 999, 1003; Adaption dieser Rechtsprechung durch den Gesetzgeber in BT-Drucks. 16/5846 vom 27.06.2007, S. 36 f.

³⁰ Noch zu der Vorgängernorm in § 100a Abs. 4 StPO Gädigk medstra 2015, 268, 272.

³¹ Rosenau/Lorenz/Wendrich in Kühlen/Kudlich u.a.: Korruption im Strafrecht, 2018, S. 60 f.

³² Vgl. exemplarisch die Ausführungen von Graf in: BeckOK StPO, § 110d Rn. 6 ff.; Günther in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 110 ff.

³³ Günther in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 110.

über Medizinprodukteherstellern, pharmazeutischen Unternehmern oder Gesundheitshandwerkern.³⁴ Dies liegt schon in den Tatbeständen der §§ 299a f. StGB selbst begründet, die eine Bevorzugung im Zuge einer Verordnungs-, Bezugs- oder Zuführungsentscheidung des Arztes voraussetzen. Mit seinen Patienten dagegen wird der Arzt über potenzielle korrupte Praktiken deswegen kaum sprechen. Austausch über solche Themen sind dem klassischen Arzt-Patienten-Kontakt fremd und nicht Gegenstand dessen, was die Privilegierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses zu schützen bezweckt.³⁵ Aus diesem Grunde wird in den meisten Fällen gar kein Interesse der Strafverfolgungsbehörden daran bestehen, die Arzt-Patienten-Kommunikation zu überwachen; es dürfte ihnen vielmehr auf die Kontakte des Arztes zu anderen Teilnehmern des Gesundheitsmarktes ankommen. Auch aus dieser Perspektive überzeugt der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten somit nicht als Ausschlussgrund für die Telekommunikationsüberwachung eines Arztes bei dem Verdacht der Begehung von Delikten nach §§ 299a f. StGB.

Diese Sichtweise wird schließlich auch durch das Gesetz bekräftigt. In § 160a Abs. 2 StPO wird das Verhältnis zwischen Ärzten, Zahnärzten und anderen Heilberuflern auf der einen und ihren jeweiligen Patienten auf der anderen Seite explizit vor staatlichen Ermittlungen geschützt. Ärzten steht gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht über das zu, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist. Diese Wertung wirkt auch im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen fort: Sofern gegen den Patienten eines Arztes ermittelt wird und der Arzt durch eine Ermittlungsmaßnahme in diesem Zuge betroffen würde, gilt § 160a Abs. 2 StPO. Sofern danach die Ermittlungsaktivität voraussichtlich Erkenntnisse hervorbringen wird, über die der Arzt das Zeugnis verweigern dürfte, ist ihre Durchführung nur unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen zulässig. Mit der Implementierung dieses relativen Beweiserhebungsverbotes³⁶ demonstriert der Gesetzgeber, dass er sich der Bedeutung um die schützenswerte Beziehung zwischen Ärzten und ihren Patienten durchaus bewusst ist. Gleichwohl räumt er ihr nicht denselben Stellenwert ein wie etwa dem Geheimnisschutz von Strafverteidigern oder geistlichen Seelsorgern, in deren Bereichen § 160a Abs. 1 StPO sogar ein absolutes Beweiserhebungsverbot statuiert.³⁷ Schon diese Abstufung lässt erkennen, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis keine generelle Rechtfertigung für den Ausschluss bestimmter Ermittlungstechniken darzustellen vermag.³⁸

Entscheidende Bedeutung ist in diesem Kontext im Übrigen dem Verstrickungsverbot des § 160a Abs. 4 S. 1 StPO beizumessen. Danach findet insbesondere das Beweiserhebungsverbot nach § 160a Abs. 2 StPO keine Anwendung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Arzt an der Tat beteiligt ist. Somit gilt es nur, sofern der Arzt nicht Beschuldigter ist.³⁹ Ist der Arzt seinerseits tatverdächtig, fehlt es an seiner Schutzwürdigkeit.⁴⁰ So hat sich auch das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung und insbesondere zum Verhältnis der Strafverfolgung zum Geheimnisschutz der in § 160a Abs. 1, Abs. 2 StPO genannten Gruppen folgendermaßen positioniert:

„Im Hinblick auf die Regelung des § 160a Abs. 4 StPO, nach der die in Absatz 1 und 2 enthaltenen Erhebungs-, Verwendungs- und Verwertungsverbote entfallen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Berufsgeheimnisträger und einem bei ihm Rat und Hilfe Suchenden nicht darauf gerichtet ist, den Berufsgeheimnisträger im Falle des Verdachts, sich selbst strafbar gemacht zu haben, vor staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützen [...]“⁴¹

In den Verfahren nach § 299a StGB wird es ohnehin praktisch nie um Beziehungen zwischen Ärzten und ihren Patienten gehen, sodass der Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses nicht als Schutzschild des Arztes dienen kann. Selbst wenn dem aber im Ein-

³⁴ So auch Löffelmann recht+politik Ausg. 09/2014, 4.

³⁵ Primär geht es nämlich um die Wahrung der Privat- und Intimsphäre einzelner Patienten, vgl. exemplarisch Ratzel/Lippert, Kommentar zur MBO-Ä, 6. Aufl. 2015, § 9 Rn. 4 ff.; Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 9 MBO-Ä Rn. 1.

³⁶ Zur Einordnung Sackreuther in: BeckOK StPO, § 160a Rn. 13; Zöllner in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, StPO, 5. Aufl. 2012, § 160a Rn. 11.

³⁷ Sackreuther in: BeckOK StPO, § 160a Rn. 4; Zöllner in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, StPO, § 160a Rn. 3.

³⁸ Ähnlich Löffelmann recht+politik Ausg. 09/2014, 4.

³⁹ Griesbaum in: Karlsruher Kommentar StPO, § 160a StPO Rn. 13.

⁴⁰ Cosack ZRP 2016, 18, 19.

⁴¹ BVerfG NJW 2012, 833, 843.

zelfall so wäre, würde jedenfalls die Regelung des § 160a Abs. 4 S. 1 StPO einer Verteidigung des Arztes gegen Ermittlungsmaßnahmen unter Berufung auf dieses Verhältnis entgegenstehen.

Wie der Gesetzgeber dazu gekommen ist, diese bereits im Gesetz angelegten Wertungen zu übergehen, ist nicht nachvollziehbar. Klar ist nach alledem aber, dass die fehlende Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung nicht abstrakt mit dem schützenswerten Vertrauensverhältnis des Patienten zum Arzt legitimierbar ist.

3. Angemessenheitsaspekte?

Unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt im Übrigen, dass alle erdenklichen strafprozessualen Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen müssen.⁴² Der gesetzgeberische Verzicht auf die Ermittlungsmaßnahmen der §§ 100a, 100f – 100h StPO wäre dementsprechend nachvollziehbar, wenn Verhältnismäßigkeitsaspekte die Ergreifung dieser Maßnahmen schon auf abstrakter Ebene – also losgelöst vom konkreten Fall⁴³ – verbieten würden. Sofern also insbesondere die Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a Abs. 1 StPO per se im Rahmen des Verdachts von Straftaten nach §§ 299a f. StGB unverhältnismäßig wäre, bestünde kein Anlass zu einer Ausstattung der Ermittlungsbehörden mit den entsprechenden Befugnissen.

Dass ein legitimes Bedürfnis zur Erweiterung der staatsanwaltschaftlichen Befugnisse in den Fällen der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen gegeben ist und dass insbesondere die Maßnahmen nach § 100a StPO zur Abhilfe von Nachweisschwierigkeiten geeignet und erforderlich sind, ist bereits erläutert worden.⁴⁴ Folglich begrenzt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier auf die Frage, ob die Ergänzung der Kompetenzen der Verfolgungsbehörden auch verhältnismäßig im engeren Sinne wäre, mit dem Gewicht und der Bedeutung der belasteten Grundrechte also in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden könnte.⁴⁵

a) Möglichkeit der Einordnung in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO

Nach der Einschätzung des Gesetzgebers ist der Einsatz von Mitteln nach § 100a Abs. 1 StPO gerechtfertigt, wenn der gegebene Verdacht sich auf eine schwere Straftat nach dem Katalog in § 100a Abs. 2 StPO bezieht. Die gesetzgeberische Vorstellung von schweren Straftaten erstreckt sich auf solche, die eine Mindesthöchststrafe von fünf Jahren aufweisen. Daneben sind teils auch Tatbestände mit einer geringeren Mindesthöchststrafe erfasst, wenn im Einzelfall dem geschützten Rechtsgut besondere Bedeutung zukommt oder ein besonderes öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung besteht.⁴⁶ Diese Umschreibung schwerer Straftaten und damit verbunden die Kategorisierung von Taten, in denen die Telekommunikationsüberwachung zum Einsatz kommen darf, hat das Bundesverfassungsgericht bereits als vertretbar gebilligt.⁴⁷ Ausgehend davon könnten die §§ 299a f. StGB nur im Zusammenspiel mit dem Verdacht auf die Verwirklichung eines Regelbeispiels gemäß § 300 StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgenommen werden, da die Höchststrafe für Taten nach den §§ 299a f. StGB nur in derartigen Konstellationen den gesetzgeberischen Anforderungen an schwere Straftaten genügt. Begrenzt man die geforderte Kompetenzerweiterung jedoch auf diese besonders schweren Fälle der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen nach Maßgabe des § 300 StGB, wäre nach der bisherigen Marschroute des Gesetzgebers kein Hindernis für sie auszumachen:

Dem Gesetzgeber kommt bei der Zuordnung von Delikten zur Gruppe der schweren Straftaten gemäß § 100a Abs. 2 StPO ein Gestaltungsspielraum zu.⁴⁸ In Ausübung seiner Einordnungsprerogative hat er unter anderem in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO Vergehen nach § 299 StGB unter den weiteren Voraussetzungen des § 300 StGB als schwere Straftaten klassifiziert. Warum die hieran angelehnten Delikte der §§ 299a f. StGB anders einge-

⁴² Statt aller *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. 2014, Rn. 234b; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 406 ff.; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 195.

⁴³ Auch wenn das Gesetz bestimmte Ermittlungsmethoden beim Verdacht konkreter Straftaten zulässt, kann ihre Ergreifung im Einzelfall unverhältnismäßig und damit unzulässig sein; näher dazu *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 406.

⁴⁴ Vgl. hierzu Ziffer II.

⁴⁵ *Sachs* in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 154; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG Bd. 2, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 184.

⁴⁶ BT-Drucks. 16/5846 vom 27.06.2007, S. 80.

⁴⁷ BVerfG NJW 2012, 833, 836.

⁴⁸ BVerfG NJW 2012, 833, 836.

stuft werden sollten, ist rational nicht zu begründen.⁴⁹ Beide Delikte sind auf den Schutz des lautereren Wettbewerbs gerichtet⁵⁰, mit identischen Strafmaßen versehen und ähneln einander auf der Ebene des objektiven Tatbestandes. Dennoch ist die Telekommunikationsüberwachung de lege lata ausschließlich im Bereich der §§ 299; 300 StGB zugelassen.

b) Reputationsschutz der Betroffenen

Aber auch abgesehen von dem Vergleich der Korruptionsdelikte miteinander sprechen gute Gründe für eine Zulassung der Telekommunikationsüberwachung und damit verbundener weiterer Ermittlungsmethoden auch im Rahmen der §§ 299a f. StGB. Ihre Einführung erscheint sogar gerade im Hinblick auf diese Delikte zwingend geboten. Dies folgt aus einer gegenüberstellenden Betrachtung der gegebenen und der noch einzufügenden strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des Kreises der potenziell Verdächtigen:

Da die Durchsuchung von Praxisräumen einerseits und die Telekommunikationsüberwachung andererseits unterschiedliche Angriffsrichtungen verfolgen und damit verschiedene Rechtsgüter des Verdächtigen tangieren⁵¹, sind sie hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität nur schwerlich miteinander zu vergleichen.

Ein Gleichlauf der beiden Maßnahmen ist hingegen etwa bei der Anordnungshoheit feststellbar: Es bedarf sowohl im einen wie auch im anderen Fall einer richterlichen Anordnung, sofern nicht wegen Gefahr im Verzug die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise zuständig ist.⁵² Sowohl die Telekommunikationsüberwachung als auch die Durchsuchung können überdies bereits beim Vorliegen eines Anfangsverdacht angeordnet werden. Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass von der Telekommunikationsüberwachung etwas restriktiver Gebrauch zu machen ist, da sich in diesem Zusammenhang der Verdacht einer schweren Straftat auf bestimmte Tatsachen zurückführen lassen muss.⁵³ Die abstrakte Gegenüberstellung der beiden Ermittlungsmethoden mag also in Anbetracht der für die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung notwendigen Verdachtsintensität die Tendenz hervorrufen, die Telekommunikationsüberwachung als grundsätzlich einschneidender für den Betroffenen einzuordnen als eine Durchsuchung.

In den konkreten Konstellationen, die im Rahmen der §§ 299a f. StGB zu erwarten sind, kann sich diese generelle Bewertung jedoch schnell in ihr Gegenteil verkehren: Das Ansehen eines Verdächtigen in der Öffentlichkeit wird nämlich oftmals bereits dann herabgesetzt, wenn nur bekannt wird, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ihn im Gange ist.⁵⁴ Die Staatsanwaltschaft mag an dieser Stelle beteuern, dass man im Rahmen laufender Ermittlungen auch bei Durchsuchungen diskret vorgehen werde.⁵⁵ Selbst das diskreteste Vorgehen bei einer Durchsuchungsmaßnahme ändert aber nichts daran, dass eine Telekommunikationsüberwachung reputationsschonender sein würde. Denn es liegt bereits in der Natur solcher Überwachungsmaßnahmen, dass hierbei weniger Öffentlichkeitsaufmerksamkeit erregt wird. Schon allein deswegen, weil der Verdächtige selbst nicht mitbekommen sollte, dass seine Telekommunikation überwacht wird⁵⁶, ist hier mit einer weitaus höheren Diskretion zu rechnen, als sie bei einer Durchsuchungsmaßnahme je möglich sein könnte. Dies bedeutet für den zu überwachenden Arzt ein bedeutend geringeres Risiko für seine

⁴⁹ Ähnlich *Cosack* ZRP 2016, 18, 19.

⁵⁰ So statt vieler *Dann/Scholz* NJW 2016, 2077; *Lorenz* medstra 2017, 342, 344; *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, § 299a Rn. 8; *Sartorius*, Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, 2018, S. 36 f.; *Tsambikakis* medstra 2016, 131, 132 f.

⁵¹ Während § 100a StPO das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht betrifft, schränkt § 102 StPO in Form der Haussuchung vornehmlich Art. 13 Abs. 1 GG ein, abgrenzend hierzu *Eschelbach* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 3. Aufl. 2018, § 100a Rn. 1 bzw. *Hadamitzky* in: ebd., § 102 Rn. 9.

⁵² Die Zuständigkeitsverteilung ergibt sich aus §§ 100e Abs. 1; 105 Abs. 1 StPO.

⁵³ Es bedarf also eines gewissen Maßes der Verdachtskonkretisierung, die für eine Durchsuchung nicht erforderlich ist, vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 9.

⁵⁴ Dazu *Geiger* medstra 2017, 193.

⁵⁵ So *Gädigk* in: *Schmitt*, DFZ Ausg. 06/2015, 22, 24.

⁵⁶ Nach *Günther* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 4, stellt die Telekommunikationsüberwachung „aufgrund ihrer besonderen kriminalistischen Bedeutung die zentrale Vorschrift im Instrumentarium der heimlichen Ermittlungsmethoden dar“, vgl. zur Heimlichkeit der Maßnahme ferner *Puschke/Singelstein* NJW 2008, 113.

Reputation⁵⁷, die unter dem – selbst bei diskreter Ausführung in vielen Fällen unweigerlich entstehenden⁵⁸ – Echo einer Durchsuchung empfindlich leiden könnte.⁵⁹

Hiergegen könnte nun eingewandt werden, dass die Reputation des Täters spätestens dann geschädigt würde, wenn es zu einer Verurteilung kommt. Dies ist zwar nicht unrichtig, verkennt aber die Möglichkeit eines ex post betrachtet unbegründeten Verdachts und damit die strafrechtliche Unschuldsvermutung. Die beruflichen und sozialen Reputationschäden treffen nämlich auch diejenigen Verdächtigen, die schlussendlich frei gesprochen werden oder deren Verfahren gar vorher schon eingestellt wird.⁶⁰ Aber auch für schuldige Täter kann sich eine solche faktische Zusatzbestrafung unter Umständen härter auswirken als eine durch das Strafgericht verhängte Strafe.⁶¹ Derartige mittelbar durch das Ermittlungsverfahren hervorgerufene Schädigungen könnten dagegen mit einiger Wahrscheinlichkeit oftmals vermieden werden, wenn die Ermittlungsbehörden nicht auf das Mittel der Durchsuchung angewiesen wären.

Obwohl die StPO in Anbetracht der jeweiligen Anordnungsvoraussetzungen also die abstrakte Wertung vorgibt, dass Telekommunikationsüberwachungen die Freiheitsrechte des Betroffenen ein wenig stärker beeinträchtigen als Durchsuchungen, können sich erstere im Bereich der Korruption im Gesundheitswesen für die Ermittlungssubjekte mit Blick auf deren Reputation milder auswirken. Die Ergänzung der Ermittlungsbefugnisse im Hinblick auf besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen ist also nicht nur formal möglich, sondern aus Gründen des Verdächtigen schutzes sogar geboten und für die Ermittlungsbehörden obendrein ein erleichterndes Aufklärungsinstrument.

Die Angemessenheit einer Anordnung der Telekommunikationsüberwachung und der Maßnahmen gemäß §§ 100f – 100h StPO wird dabei auch im Einzelfall durch fallspezifisch zu beurteilende Mechanismen abgesichert, die im jeweiligen Tatbestand verankert sind. So wird etwa die fallindividuelle Verhältnismäßigkeit der Anordnung von Telekommunikationsüberwachung durch die Voraussetzung in § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO gewährleistet, nach der die Tat auch im Einzelfall schwer wiegen muss.⁶² Eine weitere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet sich in der strengen Subsidiaritätsklausel des § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO, nach der die Erforschung des Sachverhaltes ohne den Einsatz von Telekommunikationsüberwachungsmitteln wesentlich erschwert oder aussichtslos sein muss.⁶³

IV. Fazit

Um die enormen Nachweisschwierigkeiten im Hinblick auf die Komponente des Gegenleistungsverhältnisses im Rahmen der Unrechtsvereinbarung ausgleichen zu können, ist es alternativlos, die §§ 299a f. StGB künftig in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufzunehmen und das Instrumentarium der Strafverfolgungsbehörden auf diese Weise um wichtige Ermittlungsmethoden zu erweitern. Gerade die Telekommunikationsüberwachung erscheint in diesem Zusammenhang überaus sinnvoll, um dem Nachweis der in der Praxis zumeist konkludent geschlossenen Unrechtsvereinbarungen Herr zu werden.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Schutzbedürftigkeit des Arzt-Patienten-Verhältnisses derartige Ermittlungsmethoden gegen den Arzt untersage. Diese Argumentation ist schon deshalb nicht überzeugend, weil die von diesem Privileg erfassten Arzt-Patienten-Kontakte sich nicht auf die Besprechung von Korruptionsunrecht erstrecken. Abgesehen davon zeigt die Wertung des Verstrickungsverbot in § 160a Abs. 4 StPO, dass Ermittlungsverfahren gegen Ärzte auch ungeachtet des Patientenschutzes eingeleitet werden können, wenn die Ärzte selbst verdächtig sind, Straftaten begangen zu haben.

⁵⁷ Generell zur durch Ermittlungsverfahren bedrohten Reputation *Halbe/Paßmann* Infoline bfd Ausg. 03/2016, 6, 8.

⁵⁸ *Graumann-Scheerer* MedR 2017, 601, 610.

⁵⁹ *Geiger* CCZ 2016, 172, 174, befürchtet einen „Eintritt erheblicher Reputationsschäden ohne Aussicht auf mediale Rehabilitation“; ähnlich kritisch *Scholz* MedR 2015, 572, 576.

⁶⁰ *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis* WiJ 2015, 176, 186.

⁶¹ Massive Reputationsschäden befürchtet etwa *Wallhäuser* CB 2016, 151, 152; beachte auch die Gewichtung bei *Hanika* PflR 2017, 70, 76, der bei möglichen Folgen von Compliance-Verstößen öffentliche Stigmatisierungen und Reputationsschäden noch vor den zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen anführt.

⁶² Hierzu *Graf* in: BeckOK StPO, § 100a Rn. 102; *Günther* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 68 ff.

⁶³ Zur Einordnung der Subsidiaritätsklausel als Instrument des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, § 100a Rn. 33.

In Anbetracht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der in § 100a StPO unter anderem darin Ausdruck findet, dass die Telekommunikationsüberwachung nur beim Verdacht bestimmter schwerer Straftaten (Abs. 2) angeordnet werden darf, ist eine Begrenzung der Anordnungsbefugnis auf besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen nach Maßgabe des § 300 StGB angezeigt. Führt man sich die bestehende Kompetenz zur Telekommunikationsüberwachung in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO für Fälle der §§ 299; 300 StGB vor Augen, ist die mangelnde Äquivalenzregelung für die §§ 299a; 299b; 300 StGB unerklärlich. Das gilt in besonderem Maße vor dem Hintergrund, dass die infolge Durchsuchungen drohenden Reputationsschäden von Ärzten die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung schon aus Gründen des Verdächtigen-schutzes gebieten.

Es verbleibt deshalb die Hoffnung, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle nachbessert und das Repertoire der verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen durch die Aufnahme der §§ 299a; 299b; 300 StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO entsprechend ergänzt.

Compliance

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Düsseldorf

Die EU-Whistleblower-Richtlinie oder Richtlinien-Potpourri zum Schutz von Whistleblowern

I. Vorbemerkung

Die Diskussion zur Thematik des Whistleblowings bleibt in Bewegung. So hat der Deutsche Bundestag am 21.03.2019 – mit knapp einjähriger Verspätung – das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen verabschiedet. Dieses wird mit § 5 GeschGehG erstmals einen eigenständigen Strafausschluss für „Whistleblower“ enthalten¹. Demnach macht sich derjenige nicht wegen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen strafbar, „*der zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens*“ handelt „*wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, dass allgemeine öffentliche Interesse zu schützen*“².

Ob dieser, auf das GeschGehG beschränkte, Schutz von (potentiellen) Whistleblowern, ausreichend³, zu gering⁴ oder – insbesondere bezüglich des Begriffs des „sonstigen“ gar unethischen Fehlverhaltens und der mangelnden Implementierung eines Eskalationsmodells – zu weitgehend⁵ ist, ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert worden. Während diese Diskussion noch nachwirkt, ist zu erwarten, dass der EU-Gesetzgeber den nationalen Gesetzgebern zeitnah neue Aufgaben stellt. So haben sich die Mitgliedsstaaten und das EU-Parlament auf einen modifizierten Vorschlag für eine Richtlinie „*zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden*“, die sog. Whistleblowing-Richtlinie, geeinigt, die das EU-Parlament unter dem 10.04.2019 verabschiedet

* Die Autorin ist Rechtsanwältin bei der ausschließlich auf den Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte in Düsseldorf, Essen und Karlsruhe.

¹ Der ursprüngliche Entwurf des § 5 GeschGehG ging noch ausdrücklich davon aus, dass es sich hierbei um einen Rechtfertigungsgrund handelt. Ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT-Drucks. 19/8300, S. 5 der durch den Bundestag am 21.03.2019 verabschiedeten Fassung entspricht, soll es sich nunmehr um einen Ausschluss des objektiven Tatbestandes handeln.

² BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

³ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: Groß/Platzner, NZA 2018, 913, 915, mit Kritik an der „Gesinnungsprüfung“.

⁴ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: Stellungnahme Whistleblower-Netzwerk e.V. vom 18.05.2018; abrufbar unter: file:///C:/Users/User/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/XI3BQS1U/05182018_Stellungnahme_Whistleblower_GeschGehG.pdf;jsessionid=51A6F65E16346B46E2AC3DAFFB02A410.pdf.

⁵ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: Hiéramente/Golzio, CCZ 2018, 262, 264f.; Bürkle, CCZ 2018, 193; Keller, GRUR 2018, 706, 707.

hat⁶. Der Rat der Europäischen Union hatte bereits am 15.03.2019 angekündigt, dem Richtlinienvorschlag in der geänderten Fassung zustimmen zu wollen, soweit es zu einer Annahme durch das Parlament kommen sollte⁷. Der Vorschlag stützt sich auf eine offizielle Empfehlung des Europarates zum Schutz von Whistleblowern aus dem Jahr 2014, wonach Mitgliedsstaaten über einen gesetzlichen und institutionellen Rahmen verfügen sollen, um Personen zu schützen, die im Rahmen ihrer Arbeitsbeziehungen auf Verletzungen und Gefährdungen öffentlicher Interessen hinweisen oder Informationen hierzu öffentlich machen⁸. Diese sollen ausweislich der Erwägungsgründe und Art. 1 der Richtlinie nicht nur ein europaweit einheitliches (Mindest-) Schutzniveau von Whistleblowern gegen Vergeltungsmaßnahmen sicherstellen, sondern auch die Verpflichtung für Unternehmen zur Implementierung sicherer, vertraulicher und effektiver Meldesysteme beinhalten⁹. Die erheblichen Diskussionen, die der Verabschiedung der Richtlinie vorausgegangen sind, zeigen sich bereits an dem Umstand, dass der Richtlinie ganze 112 Erwägungsgründe vorangestellt sind. Obwohl die Whistleblower-Richtlinie – so viel sei vorweggenommen – unzweifelhaft einen Schritt in die richtige Richtung darstellt, zeigen sich Unklarheiten in Bezug auf die EU-Geschäftsgeheimnisrichtlinie, die sich ebenfalls mit dem Schutz von Whistleblowern befasst und in Deutschland in das GeschGehG umgesetzt worden ist¹⁰. Dies wird nicht nur die nationalen Gesetzgeber, sondern – wie sich zeigen wird – auch den Whistleblower selbst vor komplexe Probleme stellen, die der intendierten Erhöhung des Schutzniveaus zuwiderlaufen.

II. Der Inhalt des Richtlinienentwurfes

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie ist beschränkt und soll lediglich Verstöße gegen EU-Recht in den Bereichen öffentliche Auftragsvergabe, Finanzdienstleistungen, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Produktsicherheit, Verkehrssicherheit, Umweltschutz, kerntechnische Sicherheit, Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit und Tierschutz, öffentliche Gesundheit, Verbraucherschutz, Schutz der Privatsphäre, Datenschutz, Sicherheit von Netz- und Informationssystemen, EU-Wettbewerbsvorschriften, Körperschaftssteuervorschriften sowie die Schädigung finanzieller Interessen der EU umfassen (Art. 2 der Richtlinie)¹¹. Den Mitgliedsstaaten bleibt es aber ausweislich Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie unbenommen, den sachlichen Anwendungsbereich im Rahmen nationaler Umsetzungsgesetze auszuweisen. Unberührt vom Anwendungsbereich der Richtlinie sollen hingegen Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Anwälten und ihren Mandanten („legal professional privilege“) und von Gesundheitsdienstleistern mit ihren Patienten („medical privacy“) bleiben (Art. 3 Nr. 3b, c)¹². Andere Berufsgeheimnisträger erfasst der Richtlinienentwurf nicht. Vielmehr stellen die Erwägungsgründe 27 und 28 ausdrücklich klar, dass andere Berufsgeheimnisträger als geschützte Whistleblower anzusehen sind, auch wenn Sie Informationen melden, die durch die geltenden Berufsvorschriften geschützt sind, sofern die Meldung dieser Informationen erforderlich ist, um einen Verstoß im Rahmen der Richtlinie aufzudecken. In diesem Fall darf der Berufsgeheimnisträger auch nicht strafrechtlich verfolgt oder sanktioniert werden, sodass ein Verstoß gegen § 203 StGB ausscheiden muss¹³. Dies stellt im Übrigen eine deutliche Abweichung zum GeschGehG dar, dass in § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG ausdrücklich klarstellt, dass § 203 StGB unberührt bleibt.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs eröffnet keinen globalen Schutz von Whistleblowern, sondern ist auf Informationen über Verstöße in einem arbeitsbezogenen Kontext beschränkt (Art. 4). Diese Einschränkung führt aber letztlich nicht zu einer signifikanten Einschränkung des geschützten Personenkreises. So legt bereits Erwä-

⁶ abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155_EN.pdf?redirect.

⁷ Schreiben des Rates der Europäischen Union; abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/lcag/2019/03-15/JURI_LA\(2019\)003720_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/lcag/2019/03-15/JURI_LA(2019)003720_EN.pdf).

⁸ Vgl. zum Ganzen: *Groß/Platzer*, NZA 2018, 913, 914; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001.

⁹ Erwägungsgrund 1ff.; vgl. auch *Vogel/Poth*, CB 2019, 45, 47.

¹⁰ *Vogel/Poth*, CB 2019, 45, 46.

¹¹ *Meyer*, HRRS 2018, 322; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003 *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 15f.

¹² Erwägungsgrund 26.

¹³ Erwägungsgrund 28.

gungsgrund 38 fest, dass es Ziel der Richtlinie ist, ein möglichst breites Spektrum an Personen abzudecken, die im weitesten Sinn Kontakt zu dem Bereich eines Unternehmens haben, in dem ein (möglicher) Verstoß aufgetreten ist¹⁴. Konsequenterweise ist der Anwendungsbereich auch nicht auf (ehemalige) Arbeitnehmer eines Unternehmens im Sinne des Art. 45 AEUV limitiert, sondern umfasst daneben auch atypische Beschäftigungsverhältnisse, Leiharbeiter, Selbständige, Organe und Aktionäre des Unternehmens, Bewerber, freiwillige Mitarbeiter und Praktikanten, Subunternehmer und Lieferanten, also alle Personengruppen, die unter normalen Umständen in Kontakt mit etwaig inkriminierten Informationen kommen und im Falle einer Meldung dieser Informationen von Repressalien bedroht sein könnten¹⁵.

3. Anforderungen an den Inhalt der Meldung

In den Erwägungsgründen 42 und 43 wird der Inhalt bzw. der Bezugspunkt einer Meldung definiert, die den Schutz des Whistleblowers auslösen soll. Demnach sollen nicht nur genuin rechtswidrige Handlungen gemeldet werden können, sondern auch rechtsmissbräuchliches Verhalten in Form von Handlungen oder Unterlassungen, die sich zwar nicht als formal rechtswidrig, jedoch als missbräuchlich im Sinne einer Umgehung von Unionsvorschriften darstellen, während rein zwischenmenschliche Beschwerdegegenstände aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden können¹⁶. Wann von einer solchen missbräuchlichen und damit meldefähigen Praxis auszugehen ist, soll sich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als objektivem Bezugspunkt orientieren. Neben bereits eingetreten Verstößen sollen auch künftige Verstöße erfasst sein, soweit mit deren Eintritt zu rechnen ist¹⁷. Der Hinweisgeber muss, um sich den Schutz der Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie zu „verdienen“ zwar keine belastbaren Beweise für ein Fehlverhalten in einem Unternehmen vorlegen können, aber begründete Bedenken oder einen begründeten Verdacht äußern (Art. 5 Nr. 1a)¹⁸. Insoweit liegt es im Verantwortungsbereich des Meldenden, die Informationen im Rahmen des ihm möglichen zu verifizieren und den durch ihn geäußerten Verdacht entsprechend zu begründen. Anderenfalls setzt er sich dem Risiko aus, den Schutz vor Repressalien nicht zu erhalten und sich arbeitsrechtlichen, zivilrechtlichen oder gar strafrechtlichen Folgen ausgesetzt zu sehen¹⁹. Denn wie Erwägungsgrund 43 ausdrücklich postuliert, soll Meldenden, die allein unbegründete Spekulationen oder Gerüchte verbreiten, kein Schutz als „Whistleblower“ im Sinne der Richtlinie zukommen.

Gleiches soll, als Schutz vor böswilligen, leichtfertigen oder missbräuchlichen Meldungen auch für solche Meldende gelten, die zum Zeitpunkt der Meldung nicht davon ausgehen, dass die durch sie gemeldeten Informationen auf Basis der verfügbaren Informationen und im Lichte der ihnen bekannten Umstände tatsächlich zutreffen, soweit sie nicht einem unvermeidlichen Irrtum unterliegen²⁰. An dieser Stelle weicht der überarbeitete Richtlinienentwurf in einem weiteren signifikanten Punkt von dem ursprünglichen Entwurf vom 23.04.2018²¹ ab. So hat Erwägungsgrund 60 zu dem ursprünglichen Richtlinienentwurf bestimmt, dass – solange nicht das Gegenteil bewiesen ist – vermutet wird, dass der Meldende davon ausgegangen ist, dass die gemeldeten Informationen zutreffen²². Diese widerlegliche Vermutung der lauterer Motive des Whistleblowers bzw. die Beweislastumkehr zu Lasten des von einer (unwahren) Meldung Betroffenen ist in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen²³. So hat der von einer Meldung Betroffene zwar die Möglichkeit, sich gegen die erhobenen Vorwürfe zu verteidigen. Der Beweis der Unwahrheit der Anschuldigungen wird ihm aber nur in seltenen Ausnahmefällen gelingen. Dem Whistleblower auch dann den umfassenden Schutz des Richtlinienentwurfes zukommen zu lassen, wenn er vage und nicht belastbare Verdächtigungen äußert, es dem Beschuldigten aber nicht gelingt seine Unschuld zu beweisen, hätte nicht nur zum Missbrauch eingeladen, sondern auch

¹⁴ Erwägungsgrund 39.

¹⁵ Erwägungsgrund 40.

¹⁶ Erwägungsgrund 22.

¹⁷ Erwägungsgrund 43.

¹⁸ Erwägungsgrund 33.

¹⁹ *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 16.

²⁰ Erwägungsgrund 33.

²¹ Richtlinienentwurf vom 23.4.2018 COM(2018) 218 final; abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_106

²² Erwägungsgrund 60 zum Richtlinienentwurf vom 23.4.2018 COM(2018) 218 final; abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_106

²³ *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005.

rechtsstaatliche Grundsätze außer Kraft gesetzt²⁴. Der von einer Meldung Betroffene hätte in diesem Fall die Beschädigung seines Rufes und etwaige Ermittlungsmaßnahmen hinnehmen müssen, während arbeits-, zivilrechtliche- oder sonstige Gegenmaßnahmen ihm durch den in der Richtlinie verankerten Whistleblowerschutz untersagt gewesen wären. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Rekus auf Vermutungen aus dem überarbeiteten Richtlinienvorschlag zu Gunsten einer Irrtumsregelung, nebst Beweislast des Whistleblowers, gestrichen worden ist. Zugleich sollen die Motive des Meldenden, also die Frage, ob seine Meldung tatsächlich zum Schutz öffentlicher Interessen oder schlicht aus dem Wunsch sich für vermeintliches Fehlverhalten seiner Vorgesetzten zu revanchieren, keine Rolle spielen. Der Schutz des Whistleblowers wird somit allein anhand objektiver Maßstäbe ermittelt²⁵.

Exkurs: Friktionen mit dem GeschGehG

Die vorstehend skizzierten Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie weisen bereits bezüglich der Anforderung an den Meldenden bzw. den Meldegegenstand erhebliche Friktionen zu den Vorgaben des GeschGehG auf, obwohl sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung eng an die (sprachlichen) Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie²⁶ angebonden hat. So sieht § 5 Nr. 2 GeschGehG – als Rechtfertigungsnorm für Whistleblowing – vor, dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt sei, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“²⁷.

Die ursprüngliche sprachliche Fassung des § 5 Nr. 2 GeschGehG hat insoweit offengelassen, ob es sich hierbei um ein objektives oder ein subjektives Merkmal handeln soll²⁸, das Fehlverhalten also tatsächlich oder nur in der Vorstellung des Whistleblowers vorgelegen haben muss²⁹. Diese Frage soll mit der Aufnahme der Anforderung der „Geeignetheit“ zum Schutz öffentlicher Interessen in der nunmehr beschlossenen Fassung des Gesetzentwurfes ausgeräumt und klargestellt werden, dass das regelwidrige Verhalten tatsächlich vorgelegen haben oder der Whistleblower dies gutgläubig angenommen haben muss³⁰.

Darüber hinaus bezieht § 5 Nr. GeschGehG auch den sprachlich und tatsächlich nahezu unbeschränkten Anwendungsbereich des Auffangtatbestandes „sonstiges Fehlverhalten“ in den Anwendungsbereich der geschützten Meldung ein. Erfasst ist ausweislich der Gesetzesbegründung auch „nicht zwangsläufig rechtswidriges unethisches Verhalten“³¹. Derartige ethische Verfehlungen sollen, wie dargestellt, vom Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie gerade nicht umfasst sein. Die Erfassung ethischer Bezugspunkte ist auf erhebliche Kritik gestoßen, da ethische Bewertungen nicht nur schwierig zu handhaben sind, sondern auch erheblichen Rechtsunsicherheiten produzieren³². So bleibt insbesondere unklar, wer – also der Whistleblower persönlich, Qualitäts- oder Boulevardmedien – den Maßstab dessen, was ethisch oder moralisch vertretbar ist, bestimmen. Hieran schließt sich die Frage an, auf welcher Basis der (potentielle) Whistleblower – vor einer Offenlegung der ihm bekannten Informationen – prüfen soll, ob ein Verhalten zwar legal ist, aber dennoch durch die Allgemeinheit als „unethisch“ bewertet wird³³ und aus diesem Grund seine Straf-

²⁴ Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1005.

²⁵ Erwägungsgrund 33.

²⁶ RICHTLINIE (EU) 2016/943 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung; abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943>

²⁷ BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

²⁸ Die ursprüngliche sprachliche Fassung lautete: „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ vgl hierzu; Hiéramente, Stellungnahme als Sachverständiger zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/583660/0c6b9984d421f770e23ff9ab89c9676b/hiéramente-data.de>, S.8.

²⁹Berücksichtigt man allerdings Erwägungsgrund 20 der Geschäftsgeheimnisrichtlinie, spricht diese eindeutig für ein objektives Verständnis. Denn hier heißt es: „Das sollte nicht so verstanden werden, dass die zuständigen Gerichte daran gehindert seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen (...) in den Fällen zuzulassen, in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht; so auch: Kalbfus, GRUR 2016, 1009; Schmitt, RdA 2017, 365, 371.

³⁰ BT-Drucks. 19/8300, S. 14.

³¹ BT Drucks. 19/4724, S. 28.

³² Hiéramente/Golzio CCZ 2018, 262, 263; Bürkle CCZ 2018, 193; Passarge CB 2018, 144, 146f.

³³ Bürkle CCZ 2018, 918; Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47. Wie weit diese Definition ist wird deutlich, wenn man sie mit Art. 4 Abs. 2 b des Vorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor

barkeit ausschließt. Insoweit hat der Gesetzgeber im Rahmen der nunmehr verabschiedeten Gesetzesfassung klargestellt, dass das „allgemeine und objektivierbare Rechtsverständnis“ heranzuziehen ist³⁴. Hiermit ist allerdings nicht viel gewonnen. Denn es bleibt weiter offen, wie ethische Verfehlungen auf Basis des allgemeinen objektivierbaren Verständnisses festgestellt werden sollen, da die Frage was der Einzelne als ethisch oder unethisch empfindet eine höchstpersönlich zu beantwortende Frage ist, die einem allgemeinen oder gar objektiven Verständnis nur in Ansätzen zugänglich ist.

Als etwaiges Korrektiv der Weite der objektiven Voraussetzungen, hat der Gesetzgeber im ursprünglichen Entwurf des § 5 Nr. 2 GeschGehG subjektiv vorausgesetzt, dass der Whistleblower in der Absicht handelt, dass allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dies sollte ausweislich der Gesetzesbegründung der Fall sein, wenn die offenlegende Person mit dem Motiv handelt, auf einen Missstand hinzuweisen, um zu einer gesellschaftlichen Veränderung beizutragen, was bei einer Nutzung des Geschäftsgeheimnisses als Druckmittel ausgeschlossen ist³⁵. Auch die Offenlegung gegenüber dem Geschädigten kann dem öffentlichen Interesse dienen, wenn dieser hierdurch in die Lage versetzt wird, einen Rechtsverstoß zu beenden³⁶. Diese Berücksichtigung subjektiver Elemente und insbesondere deren Feststellung im Wege einer gerichtlichen Plausibilitätskontrolle³⁷ ist zu Recht auf Kritik gestoßen³⁸ („Gesinnungsstrafrecht“³⁹). Dies hat den Gesetzgeber nunmehr dazu veranlasst, auf subjektive Elemente zu verzichten und stattdessen zu verlangen, dass die Aufdeckung der Betriebsinterna zum Schutz öffentlicher Interessen objektiv geeignet ist⁴⁰.

Auch wenn der deutsche Gesetzgeber sich mit dem Verzicht auf subjektive Elemente der Whistleblower-Richtlinie bereits angenähert hat bleibt abzuwarten, ob der Anwendungsbereich des § 5 GeschGehG nochmals anpasst wird, um die dargestellten Friktionen zu vermeiden. Dies wäre wünschenswert, um die Rechtfertigung des Whistleblowings und damit sowohl den Schutz des Whistleblowers als auch des von einer Meldung Betroffenen auch mit Blick auf die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie auf belastbare Füße zu stellen.

4. „Weiche“ Eskalationsstufen

Die vielleicht größte Änderung des überarbeiteten Richtlinienvorschlages stellt die Anpassung der vorgegebenen Meldetrias dar. So hatte der ursprüngliche Richtlinienvorschlag in Art. 13 Abs. 2 einen strengen Vorrang der internen Meldung vorgesehen⁴¹. Ein Whistleblower der seine Meldung an die zuständigen externen Behörden richtet, sollte demnach nur in Ausnahmefällen von den Whistleblowerschutzvorschriften profitieren. Konkret sollte eine externe Meldung möglich und schutzwürdig sein, wenn zunächst eine interne Meldung erstattet auf diese aber nicht, nicht rechtzeitig oder nicht angemessen reagiert worden ist, ein internes Whistleblowingsystem nicht eingerichtet war, von dem Meldenden auf Grund des Inhalts der Meldung nicht erwartet werden konnte, dass er interne Kanäle nutzt oder der Meldende hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass eine interne Meldung zu einer Beeinträchtigung staatlicher Ermittlungsmaßnahmen, sprich zur Vernichtung von Beweismaterial, führen könnte.

Dieser Vorrang interner vor externen Meldungen ist, trotz der vorstehenden Ausnahmetatbestände in der Öffentlichkeit auf große Kritik gestoßen und gar als „Perversion der Idee des Whistleblowings“ bezeichnet worden⁴². So müsse einem meldewilligen Mitarbeiter selbst die Kompetenz zugesprochen werden zu beurteilen, ob eine vorrangige interne oder eine unmittelbare externe Meldung sinnvoll und zielführend sei. Diese Position haben auch 81 zivilgesellschaftliche Organisationen in einer Petition adressiert⁴³. In der deutschen juris-

rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM (2013) 813 final: abrufbar über: https://www.cr-online.de/131128_proposal_de.pdf. vergleicht. Hier hieß es noch die Handlung müsse zur Aufdeckung eines „ordnungswidrigen Verhaltens, einer strafbaren Handlung oder einer illegalen Tätigkeit

³⁴ BT-Drucks. 19/8300, S. 14.

³⁵ BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

³⁶ BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

³⁷ BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

³⁸ Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47;

³⁹ Passarge CB 2018, 144, 146f. Bürkle, CCZ 2018, 918; Hiéramente/Golzio CCZ 2018, 262, 263; Scherp/Rauhe, CB 2019, 20, 23.

⁴⁰ BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

⁴¹ COM (2018) 218 final.

⁴² <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Kritik-Geplante-EU-Whistleblower-Richtlinie-birgt-hohe-Risiken-fuer-Hinweisgeber-4330099.html>

⁴³ <https://whistleblowerprotection.eu/blog/making-whistleblowing-work-for-europe/>

tischen Literatur ist eine vergleichbar kritische Würdigung des „Stufenmodells“ nicht erfolgt. Letztlich konnten die Kritiker aber jedenfalls erreichen, dass der überarbeitete Richtlinienentwurf nur noch eine äußerst weiche Eskalationstrias enthält. So sieht Art. 7 des Richtlinienvorschlages nunmehr vor, dass Meldungen über interne Kanäle gemeldet werden „können“. Eine Verpflichtung zu einer solchen vorrangigen internen Meldung besteht allerdings nicht mehr. Dies stellt auch Art. 10 nochmals ausdrücklich klar, in dem sich liest, dass externe Meldungen erfolgen können, nachdem eine interne Meldung erfolgt ist oder nachdem sie den internen Kanal genutzt haben oder durch eine unmittelbare Meldung an die zuständigen Behörden⁴⁴. Eine Verpflichtung des Whistleblowers zu einer vorrangigen internen Meldung besteht somit nicht mehr, sodass die vormals als erste (interne) und zweite (externe) Stufe konzipierten Meldemöglichkeiten nunmehr gleichrangig nebeneinanderstehen. Den nationalen Gesetzgebern wird allerdings in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie aufgegeben, die Nutzung interner Meldekanäle zu fördern, soweit etwaigen Verstößen durch interne Maßnahmen wirksam begegnet werden kann und der Whistleblower keine auf der internen Meldung basierenden Repressalien befürchten muss. Wie eine solche „Förderung“ ohne eine Verpflichtung zur Nutzung interner Kanäle aussehen und insbesondere in einen Gesetzestext implementiert werden soll, lässt der Richtlinienentwurf nebst Erwägungsgründen allerdings offen⁴⁵.

Eine externe Meldung an die Presse bzw. eine andere Form der Veröffentlichung bleibt allerdings auch weiterhin nur als ultima ratio zulässig. Konkret bestimmt Art. 15, dass ein Whistleblower nur dann unter das Schutzregime der Richtlinie fallen soll, wenn er die Meldung zunächst intern bzw. unmittelbar extern an die zuständigen Behörden erstattet hat aber innerhalb der in Art. 9 Nr. 1f (drei Monate bei interner Meldung) und Art. 11 Nr. 2d (drei bzw. sechs Monate bei externer Meldung) normierten Fristen keine geeigneten Maßnahmen durch das Unternehmen bzw. die zuständigen Behörden ergriffen worden sind⁴⁶. Darüber hinaus soll eine Veröffentlichung der Informationen dann gestattet sein, wenn der Meldende auf Basis belastbarer Anhaltspunkte davon ausgehen durfte, dass entweder das gemeldete Fehlverhalten eine unmittelbare oder offensichtliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, also ein Notfall vorliegt⁴⁷ oder die Veröffentlichung zur Abwendung irreversibler Schäden notwendig ist, er sich im Falle einer Meldung an die zuständigen Behörden Repressalien ausgesetzt sieht oder auf Grund der Umstände des Einzelfalles bei einer internen oder externen Meldung an die Behörden nicht mit Abhilfe zu rechnen ist, da die Behörde selbst an dem Verstoß beteiligt ist oder Beweismittel vernichtet werden könnten⁴⁸.

Der Richtlinienentwurf enthält neben den dargestellten Vorgaben zur Nutzung von internen und externen Meldekanälen auch dezidierte Vorgaben zu deren Ausgestaltung.

a) Interne Meldekanäle

Auf einer ersten Stufe verpflichtet Art. 8 der Richtlinie die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass juristische Personen des Privat- und des Öffentlichen Rechts interne Meldekanäle einrichten, die jedenfalls Meldungen eigener Mitarbeiter ermöglichen, aber auch externen Personen – wie beispielsweise Mitarbeitern von Subunternehmern und Zulieferern – zugänglich sein können. Eine Rechtspflicht zur Einrichtung von Whistleblower-Systemen soll im privatwirtschaftlichen Sektor alle Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern treffen. Es wird allerdings in das Ermessen der Mitgliedsstaaten gestellt, nach einer angemessenen Risikobewertung unter Berücksichtigung des Unternehmensgegenstandes und des hieraus resultierenden Risikoniveaus, auch kleinere juristische Personen einzuschließen. Juristischen Personen des Privatrechts mit 50 bis 249 Beschäftigten soll die Möglichkeit eingeräumt werden, sich ein Whistleblower-System zu „teilen“⁴⁹, soweit die Vertraulichkeit der Meldung, deren Bearbeitung die Behebung von etwaigen Verstößen hierdurch nicht beeinflusst wird.

⁴⁴ In Erwägungsgrund 34 heißt es hierzu, dass der Meldende die Möglichkeit haben muss, den nach den individuellen Umständen am besten geeigneten Meldeweg zu wählen.

⁴⁵ In Erwägungsgrund 34 heißt es hierzu lediglich, dass empirische Studien zeigen, dass Whistleblower grundsätzlich eine interne Meldung von Verstößen präferieren. Eine interne Meldung ist hiernach auch der beste Weg um Verstößen im Unternehmen wirksam zu begegnen.

⁴⁶ Art. 15 Nr. 1a.

⁴⁷ Art. 15 Nr. 1b (i).

⁴⁸ Art. 15 Nr. 1b (ii).

⁴⁹ Art. 8 Nr. 6.

Für juristische Personen des öffentlichen Rechts, einschließlich Gemeinden und privatwirtschaftlich organisierter Unternehmen der öffentlichen Hand, soll grundsätzlich eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Meldesystems bestehen, wobei den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit zur Befreiung von kleineren Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern und Unternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitern eingeräumt wird. Auch hier soll die Möglichkeit eines kooperativ betriebenen Meldesystems mehrerer juristischer Personen bzw. des Rückgriffs auf eine zentrale Meldestelle bestehen, soweit diese separat von externen Kanälen der für die Aufklärung und Verfolgung der gemeldeten Verstöße zuständigen Behörden sind.

Auch die konkrete Ausgestaltung des internen Meldesystems wird bereits europarechtlich vorgegeben und in den Art. 8 und 9 der Richtlinie definiert. Hiernach müssen die einzurichtenden Meldekanäle eine schriftliche, mündliche – über eine Telefonhotline oder andere Sprachnachrichtensysteme – sowie auf Anfrage des Meldenden auch eine Meldung im persönlichen Gespräch in angemessener Frist ermöglichen. Über die Bereitstellung dieser Meldekanäle, einschließlich der Möglichkeit etwaiges unternehmensrelevantes Fehlverhalten auch extern an die zuständigen Behörden zu adressieren, sind die Mitarbeiter über leicht zugängliche und klare Informationssysteme zu unterrichten.

Darüber hinaus muss das Unternehmen interne Zuständigkeitsregelungen für die Entgegennahme und Bearbeitung von eingehenden Meldungen treffen. Konkret ist eine geeignete und unparteiische Person oder Abteilung im Unternehmen zu benennen, in deren Zuständigkeit die Bearbeitung und sorgfältige Prüfung der Meldung fällt, die in Kontakt mit dem Meldenden steht und diesen – innerhalb von drei Monaten⁵⁰ – über den Fortgang der Untersuchung unterrichtet. Der Verantwortliche muss in der Lage sein, unmittelbar an die Geschäftsführung des Unternehmens zu berichten⁵¹. Die Pflicht zur Benennung eines eigenständigen „Whistleblowing-Beauftragten“ ist hiermit aber (noch) nicht verbunden, vielmehr soll es bspw. dem Chief-Compliance-Officer, dem Rechts- oder Datenschutzbeauftragten oder einem Mitglied des Vorstandes möglich sein, diese Aufgabe doppel funktional zu übernehmen. Vor dem Hintergrund dieser umfangreichen Verpflichtungen des Unternehmens ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese die Implementierung eines funktionsfähigen Whistleblowing-Systems nicht zwingend selbst vornehmen müssen. Vielmehr sieht die Richtlinie ausdrücklich vor, dass der Betrieb des Systems – als für Unternehmen durchaus attraktive Alternative⁵² – an externe Dienstleister – bspw. Rechtsanwaltskanzleien – ausgelagert werden kann, soweit diese Gewähr für die Einhaltung der Vorgaben zu Unabhängigkeit, Datenschutz und Vertraulichkeit bieten⁵³.

Den Mitgliedsstaaten wird ausweislich Erwägungsgrund 35 freigestellt, ob sie private und öffentliche Unternehmen – oder eingeschaltete externe Dienstleister – in den nationalen Umsetzungsgesetzen dazu verpflichten auch anonyme Meldungen entgegenzunehmen. Jedenfalls ist bei Einrichtung eines Whistleblowingsystems sicherzustellen, dass die Identität des Meldenden geschützt und die Vertraulichkeit der Meldung gewahrt wird.⁵⁴ Dies gilt auch dann, wenn im Falle von anonymen Meldungen die Identität im Laufe des Verfahrens aufgedeckt wird. Ergänzend stellt Art. 17 sowie Erwägungsgrund 84 klar, dass die Vorgaben der DSGVO auch im Rahmen der Bearbeitung von Whistleblowermeldungen einzuhalten ist. Hier zeigte sich in dem ursprünglichen Richtlinien vorschlag eine, durch den EU-Gesetzgeber offenbar unberücksichtigte, Diskrepanz zwischen den verschiedenen EU-Richtlinien⁵⁵. Denn ausweislich Art. 14 Abs. 3a, Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO hat der von einer Meldung Betroffene Anspruch darauf, innerhalb eines Monats über die Art der Vorwürfe und das Ergebnis der Prüfung derselben informiert zu werden. Diese Information muss sich nach Auffassung der Datenschutzkonferenz des Bundes und der Länder, jedenfalls in Deutschland, auch auf die Identität des Whistleblowers beziehen⁵⁶. Das LAG Baden-Württemberg hat in Bezug auf die Rechtslage in Deutschland mit Urteil vom 20.12.2018⁵⁷ festgestellt, dass der von einer Meldung Betroffene gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 2 DSGVO einen

⁵⁰ Erwägungsgrund 59.

⁵¹ Erwägungsgrund 57.

⁵² *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1004.

⁵³ Erwägungsgrund 54.

⁵⁴ *Vogel/Poth*, DB 2019, 45, 47.

⁵⁵ *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1004; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 19.

⁵⁶ Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Whistleblowing-Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz, Stand 14.11.2018, S. 8; abrufbar unter: <https://datenschutz-hamburg.de/working-papers/oh-whistleblowing/>.

⁵⁷ LArbG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 17 Sa 11/18.

unbeschränkten Anspruch auf Herausgabe einer Kopie der zu seiner Person im Hinweisgebersystem des Unternehmens gespeicherten Information hat. Soweit das Unternehmen den Hinweisgebern Anonymität zugesichert habe, dürften Informationen die Rückschlüsse auf die Person des Hinweisgebers zulassen nicht zur Akte genommen oder geschwärzt werden⁵⁸. Mit anderen Worten: Gelangen entsprechende Informationen doch zur Akte bzw. zum Vorgang, sind sie dem Betroffenen zu offenbaren. Mit dieser Problematik befasst sich nunmehr Erwägungsgrund 85 der Richtlinie. Hier heißt es, dass die Mitgliedstaaten die Wirksamkeit der Whistleblower-Richtlinie gewährleisten sollen und hierfür auch die Datenschutzrechte der betroffenen Personen gemäß Artikel 23 DSGVO einschränken können, soweit dies erforderlich ist, um einer Behinderung oder Verlangsamung der Meldung entgegenzutreten, die Weiterverfolgung von Meldungen oder den Schutz der Identität des Meldenden zu gewährleisten.

Versuche, die Meldung zu behindern, zu verhindern, zu frustrieren oder zu verlangsamen, die Weiterverfolgung von Berichten, insbesondere Untersuchungen oder Versuchen die Identität der meldenden Person herauszufinden.

Auch die Richtlinie selbst hält das Gebot des Schutzes der Identität des Whistleblowers nicht konsequent durch. So normiert Art. 16 Nr. 1 zwar, dass grundsätzlich die Identität der meldenden Person und aller Informationen, die auf diese schließen lassen geheim zu halten sind, soweit der Meldende einer Veröffentlichung nicht ausdrücklich zustimmt. Art. 16 Nr. 2 schränkt diesen Grundsatz allerdings dahingehend ein, dass eine Aufdeckung der Identität des Whistleblowers gestattet ist, wenn dies eine notwendige und angemessene Verpflichtung der nationalen Behörden ist, die ihnen durch das Unionsrecht oder das nationale Recht auch und insbesondere im Hinblick auf die Verteidigungsrechte des Betroffenen auferlegt wird⁵⁹. Auch wenn der Meldende vor der Bekanntgabe seiner Identität schriftlich über den Umstand und die (Hinter-) Gründe zu belehren ist, wird die an anderer Stelle der Richtlinie postulierte absolute Geheimhaltung der Hinweisgeberidentität somit an mehreren Stellen durchbrochen. So wichtig es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist im Rahmen von Whistleblowingfällen auch den Schutz des Betroffenen und dessen Verteidigungsrechte nicht aus dem Blick zu verlieren, so klar muss dem Whistleblower sein, dass seine Identität mit hoher Wahrscheinlichkeit aufgedeckt werden wird und diese Wahrscheinlichkeit steigt, je schwerwiegender und fundierter die Meldung ist.

b) Externe Meldekanäle – Zuständige Behörden

Auf zweiter Stufe müssen – neben den unternehmensinternen – auch unabhängige und autonome externe Meldekanäle eingerichtet, die für den Empfang von Meldungen zuständigen Behörden benannt und Möglichkeiten zur schriftlichen, (fern-) mündlichen und persönlichen Berichterstattung an speziell geschulte Mitarbeiter geschaffen werden. Der Zugriff anderer Mitarbeiter der Behörde auf Informationen die Meldevorgänge betreffen ist zu unterbinden. Auch bei einer externen Meldung hat der Meldende Anspruch darauf, innerhalb von sieben Tagen eine Eingangsbestätigung in Bezug auf seine Meldung zu erhalten, soweit er hierauf nicht verzichtet oder davon auszugehen ist, dass die Versendung einer solchen Bestätigung ein Risiko für den Meldenden darstellen könnte⁶⁰. Innerhalb einer Frist von drei bzw. in begründeten Fällen von sechs Monaten ist der Meldende darüber hinaus über das Ergebnis der Überprüfung bzw. den Abschluss des Verfahrens zu unterrichten⁶¹. Den Mitgliedsstaaten wird insoweit eingeräumt, dass Ausnahmeregelungen für den Fall geschaffen werden, dass der gemeldete Verstoß eindeutig nur geringfügig ist oder bei Folgemeldungen zu bereits abgeschlossenen Verfahren keine Informationen enthalten sind, die eine abweichende sachliche oder rechtliche Bewertung des gemeldeten Sachverhaltes rechtfertigen⁶². Dies soll die Behörden allerdings nicht davon entbinden, den Meldenden über Art und Gründe der Entscheidung zu informieren.

Zuletzt sind die Behörden verpflichtet, auf ihren Websites leicht zugängliche und verständliche Informationen darüber zu veröffentlichen unter welchen Umständen Whistleblower unter den Schutz der Richtlinie bzw. des nationalen Umsetzungsgesetzes fallen, wie die Kontaktdaten (Telefonnummer, Adresse etc.) des Meldesystems lauten und unter welchen

⁵⁸ LArbG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 17 Sa 11/18 Rn. 187.

⁵⁹ Art. 16 Nr.2.

⁶⁰ Art. 11 Nr.2b.

⁶¹ Art. 11 Nr. 2d.

⁶² Art. 11 Nr. 3, 4.

Umständen die Behörde die berichtende Person auffordern kann, die gemeldeten Informationen zu erläutern oder zusätzliche Informationen zur Verfügung zu stellen und in welchem Zeitraum mit einer Rückmeldung zu rechnen ist⁶³.

Eine externe Meldung an die (Presse-) Öffentlichkeit ist, wie dargestellt, nur in engen Ausnahmefällen unmittelbar oder nach einer erststufigen internen bzw. einer Meldung an die Behörden möglich.

c) Exkurs Friktionen mit dem GeschGehG

Zusammenfassend normiert dieser Richtlinienentwurf somit Vorgaben, die mit den bisher im deutschen Recht postulierten Anforderungen an eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB weitgehend übereinstimmen. Insbesondere wird mit dem drei- bzw. zweistufigen Eskalationsverfahren das Merkmal der Erforderlichkeit berücksichtigt und den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zur internen Prüfung und ggf. einer Selbstreinigung gegeben oder jedenfalls eine Prüfung durch die zuständigen Behörden sichergestellt. Auf der anderen Seite werden die Unternehmen verpflichtet, die hierfür notwendige Compliance-Organisation vorzuhalten. Es wird somit der Versuch unternommen, die Interessen des Whistleblowers, der Allgemeinheit aber auch des betroffenen Unternehmens gleichrangig zu schützen und in Einklang zu bringen⁶⁴. Diese Überlegungen sind, allerdings mit einem strikteren Vorrang des internen Abhilfeversuchs, bereits aus der deutschen arbeitsgerichtlichen⁶⁵ und der Rechtsprechung des EGMR⁶⁶ bekannt. Der EGMR wertete die Kündigung einer Fehlverhalten meldenden Arbeitnehmerin und die sie bestätigenden Urteile der Arbeitsgerichte⁶⁷ im konkreten Fall als Verstoß gegen die in Art. 10 EMRK statuierte Meinungsfreiheit. Das Gericht legte allerdings ausführlich dar, dass die externe Anzeige von Missständen im Betrieb nicht stets unter rechtlichen Schutz zu stellen sei⁶⁸.

Vielmehr müsse anhand eines Abwägungsprozesses ermittelt werden, ob die konkreten Umstände des Einzelfalles eine Weitergabe von Betriebsinterna an die Öffentlichkeit rechtfertigten. Basis dieses Abwägungsprozesses sei die grundsätzliche bestehende Loyalitäts- und Diskretionspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Vor diesem Hintergrund könne die Information der Öffentlichkeit oder externer Stellen nur als ultima ratio des Arbeitnehmers anerkannt werden, soweit Abhilfe durch Vorgesetzte oder intern zuständige Stellen nicht erreicht werden konnte. Sei dies der Fall, müssten die Authentizität der offenbarten Information sowie die Beweggründe des Arbeitnehmers bei deren Offenlegung und das Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnisnahme als weitere abwägenlenkende Determinanten berücksichtigt werden. Im konkreten Fall führe eine Abwägung unter Berücksichtigung aller genannten Umstände zu einer Verletzung der Meinungsfreiheit durch die Kündigung bzw. die sie bestätigenden Urteile der Arbeitsgerichte. Bereits das nunmehr nur noch zweistufig ausgestaltete Meldeverfahren ausweislich der Whistleblower-Richtlinie entspricht diesen Vorgaben nicht vollständig.

In § 5 Nr. 2 GeschGehG finden sie dagegen gleich keinerlei Entsprechung, da dieser keine Vorgaben für ein ausdifferenziertes Meldesystem enthält⁶⁹. Ganz im Gegenteil ist es dem Whistleblower auch ausweislich der Gesetzesbegründung möglich, sich unmittelbar an die Presse zu wenden, ohne zuvor einen internen Abhilfeversuch zu unternehmen oder die Ermittlungsbehörden zu informieren.⁷⁰ Auch wenn man mit Stimmen in der Literatur dem Whistleblower selbst die Entscheidung überlassen möchte, welchen Meldeweg er beschreitet⁷¹, dürfen die nachvollziehbaren und schützenswerten Interessen des von einer

⁶³ Art. 12.

⁶⁴ Vogel/Poth, CB 2019, 45, 46.

⁶⁵ BAG NJW 2017, 1833, 1834; BAG NJW 2004, 1547, 1549f.

⁶⁶ EGMR Urteil vom 21. Juli 2011 Nr. 28274/08 (5. Kammer; Heinisch v. Deutschland).

⁶⁷ LAG Berlin, Urteil vom 28.03.2006, Az.: 7 Sa 1884/05; BAG, Beschluss vom 06.06.2007, Az.: 4 AZN 487/06; vgl. auch Gaschler, CB 2018, 81, 85; Gerdemann, RdA 2019, 16, 17.

⁶⁸ Vogel/Poth, CB 2019, 45, 46.

⁶⁹ Dies ist im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM (2013) 813 final: abrufbar über: https://www.cronline.de/131128_proposal_de.pdf. noch anders gewesen. Art. 4 Abs. 1b dieses Vorschlages hat vorgesehen, dass eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch Whistleblowing nur dann gerechtfertigt sein sollte, wenn die Offenlegung zur Aufdeckung strafbaren Verhaltens „erforderlich“ gewesen ist; vgl. auch Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47.

⁷⁰ vgl. zur EU-Geheimnisschutzrichtlinie; Kalbfus GRUR 2016, 1009, 1015; Reinbacher KriPoZ 2018, 115, 120; Groß/Platzer NZA 2017, 1097, 1103.

⁷¹ vgl. Reinbacher KriPoZ 2018, 115, 120; Schmitt RdA 2017, 365, 371; Eufinger ZRP 2016, 229, 231 schlägt vor zeitgleich Mitarbeiter für interne Meldesysteme zu sensibilisieren, um übereilte öffentliche Mittelungen zu minimieren.

Meldung Betroffenen nicht gänzlich aus dem Blick verloren werden. So besteht für diesen das erhebliche Risiko, dass ein nur möglicherweise tatsächlich vorliegendes rechtswidriges, berufliches oder sonstiges (Fehl-) Verhalten im Unternehmen unmittelbar der Presse gemeldet wird. Es kann somit ohne Abstufung oder vorherige Prüfung ein erheblicher Reputationsschaden entstehen⁷², der sich auch dann nicht mehr beheben lässt, wenn sich im Rahmen einer internen oder behördlichen Überprüfung des Sachverhalts keinerlei Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Verhalten ergeben.

Zusammenfassend widersprechen sich § 5 GeschGehG und die Whistleblower-Richtlinie in Bezug auf die Nutzung vorhandener Meldewege.

Es bleibt abzuwarten, wie der deutsche Gesetzgeber hierauf reagiert. Es greift jedenfalls zu kurz, sich darauf zurückzuziehen, dass der Richtlinienentwurf sich allein auf Verstöße gegen EU Recht bezieht und damit nicht auf die allgemeinen Vorgaben durchschlagen kann. Denn dies wäre mit erheblichem Konfliktpotential behaftet. So müsste der (potentielle) Whistleblower zunächst prüfen, ob er einen Verstoß gegen EU-Recht meldet oder lediglich einen Verstoß gegen innerstaatliches Recht oder sonstiges Fehlverhalten. Bei einem Verstoß gegen EU-Recht müsste er sodann einen internen/externen Abhilfeversuch vornehmen, während er sich anderenfalls unmittelbar an die Presse wenden könnte. Diese Prüfung wird aber vielen meldewilligen Personen gar nicht möglich sein und würde das System unnötig verkomplizieren. Darüber hinaus wäre ein internes bzw. ein staatsanwaltliches Prüfungsverfahren bei signifikanten Rechtsverstößen vorgeschrieben, während weniger einschneidende Verstöße unmittelbar in der Presse thematisiert werden könnten. Dies kann nicht das Ziel eines sinnvollen Whistleblowersystems sein und würde Denunziationen Tür und Tor öffnen. Zuletzt würde man Unternehmen einerseits verpflichten, ein funktionsfähiges Meldesystem zu implementieren, andererseits wären die Mitarbeiter aber nur in wenigen Fällen auch tatsächlich verpflichtet, dieses zu nutzen. Ausgenommen wären insbesondere die Fälle beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, die einer internen Prüfung und Beseitigung besonders zugänglich sind.

Es bleibt daher zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber ein ausgewogenes System schaffen wird, das einheitliche Standards zum Schutz von Whistleblowern und Unternehmen schafft. Hierbei sollte – bislang nahezu unbeachtet⁷³ – auch der Schutz des von einer Meldung betroffenen „Verdächtigen“ nicht aus den Augen verloren werden.

5. Schutz des Whistleblowers

Wie umfassend der Schutz des Whistleblowers ausgestaltet ist, lässt sich Art. 19 ff. des Richtlinienentwurfs entnehmen. So sind die nationalen Gesetzgeber zunächst verpflichtet, jede Form der negativen Konsequenz einer Meldung für den Whistleblower zu unterbinden⁷⁴. Hierzu gehören neben arbeitsrechtlichen Maßnahmen wie Kündigung, Abmahnung, Degradierung bzw. Nichtbeförderung auch jede Form der (Vertrags-) Strafe, das Auslaufenlassen eines befristeten Arbeitsverhältnisses, Diskriminierung, Benachteiligung und ungerechte Behandlung, Rufschädigung in sozialen Medien, Absprachen mit anderen Unternehmen Whistleblower nicht einzustellen sowie medizinische oder psychiatrische Untersuchungen. Flankiert wird dieser materielle Schutz durch Unterstützungsmaßnahmen in Form von Rechtsinformation, Prozesskostenhilfe sowie psychologischer Betreuung sowie prozessual durch eine Regelung zur Beweislastumkehr⁷⁵. Hiernach obliegt es in einem Verfahren dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass etwaige Sanktionsmaßnahmen – beispielweise eine schlechte Bewertung oder eine Abmahnung – keine Sanktion für eine Whistleblowermeldung darstellen, sondern auf anderen nachvollziehbaren Gründen beruhen.

An dieser Stelle offenbart sich eine weitere Diskrepanz zwischen dem deutschen GeschGehG und der Whistleblower-Richtlinie. So stellt die Whistleblower-Richtlinie den Meldenden, soweit er die dargestellten Vorgaben einhält, von jeglichen straf-, arbeits- und disziplinarrechtlichen Folgen frei. Im Gegensatz hierzu bestimmt § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG, das „die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“ unberührt bleiben⁷⁶. Entsprechend ist

⁷¹ Eufinger ZRP 2016, 229 (231); Schmitt RdA 2017, 365, 371.

⁷² Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47; Eufinger ZRP 2016, 229 (231); Schmitt RdA 2017, 365 (371) will aus diesem Grund die Rechte des Geheimnisinhabers im Wege einer Abwägungsentscheidung prüfen. Dies dürfte aber nicht mit dem Wortlaut der Richtlinie oder des Gesetzesentwurfs vereinbar sein.

⁷³ Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1006.

⁷⁴ Art. 19 Nr. 1.

⁷⁵ Art. 21 Nr. 5; vgl. auch Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47; Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1006.

⁷⁶ BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

der Meldende, der sich – wie durch § 5 GeschGehG gestattet – unmittelbar an die Öffentlichkeit wendet zwar im Sinne des GeschGehG sanktionslos gestellt. Seinem Arbeitgeber bleibt es aber unbenommen ihn in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BAG zum strikten Vorrang eines internen Abhilfeversuches zu entlassen.

6. Zusammenfassung

Die Whistleblower-Richtlinie ist ein Schritt in die richtige Richtung. Sie unternimmt erstmals den Versuch ein einheitliches und umfassendes Regelungsregime zum Schutz von Whistleblowern, Unternehmen und durch Meldungen Betroffener aufzustellen. Es ist insbesondere zu begrüßen, dass eine einheitliche Regelung für alle betroffenen Rechtsgebiete gefunden werden soll und damit auch einheitliche Anforderungen an ein erlaubtes Whistleblowing und die Pflicht der Unternehmen entsprechende Meldesysteme zu implementieren postuliert wird.

Bei eingehender Betrachtung ist festzustellen, dass die Vorgaben der Whistleblowing-Richtlinie vielfach nicht neu sind, sondern – insbesondere im Hinblick auf die Eskalationstrias bereits zuvor durch die arbeitsgerichtliche und strafrechtliche (§ 34 StGB) Rechtsprechung herausgearbeitet worden sind⁷⁷. Insoweit ist die Whistleblower-Richtlinie in vielen Aspekten lediglich die gesetzliche Normierung bereits bestehender Rechtsprechung, wenn auch zu begrüßen ist, dass meldewillige Mitarbeiter nunmehr besser über ihre Möglichkeiten und Rechte informiert werden.

Die Regelung in § 5 Nr. 2 GeschGehG zum Whistleblowerschutz stellt sich demgegenüber als fragmentarischer Fremdkörper dar, der weder geeignet ist den Meldenden umfassend vor Repressalien (bspw. einer Kündigung) zu schützen noch angemessene Voraussetzungen für den Inhalt einer geschützten Meldung aufzustellen. Dies ist weder für den Meldenden noch für den Beschuldigten oder das Unternehmen eine befriedigende Lösung. Es bleibt zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber die Umsetzungsfrist der Richtlinie nutzt, um ein rechtssicheres, einheitliches und widerspruchsfreies Regelungskonzept zu erstellen.

⁷⁷ Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1007; Wiedmann/Seyfert, CCZ 12, 19.

Entscheidungskommentare

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwalt Gernot Zimmermann, Wiesbaden

LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 - 618 Qs 20/18 - Akteneinsichtsrecht des Insolvenzgläubigers¹

1. Der Antragsteller hat das gemäß §§ 406e, 475 StPO erforderliche berechtigte Interesse an der Akteneinsicht schlüssig und substantiiert darzulegen. Der lediglich pauschale Verweis darauf, etwaige Schadensersatzforderungen aus der verschleppten Insolvenz gegen die Angeklagten prüfen zu wollen, ist zur Substantiierung nicht hinreichend.

2. Altgläubiger, deren Ansprüche bereits vor der Insolvenzreife entstanden sind, können grundsätzlich nur den Quotenschaden aufgrund der letzten Verschleppungsperiode ersetzt verlangen. Der Quotenschaden nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO bzw. § 283 StGB ist gemäß § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen. Ein eigenstän-

¹ Volltext: BeckRS 2018, 32606.

diges berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht besteht für den Insolvenzgläubiger insoweit nicht.

I. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer beantragte mit Schreiben vom 09.05.2018 die Gewährung von Akteneinsicht und bat um Übersendung der Akte. Zur Begründung führte er an, Forderungen gegen die A. GmbH zu verfolgen, die zwar bereits tituliert seien, jedoch nicht beigetrieben werden könnten. Er beabsichtige nunmehr, Schadensersatz gegen einige der Angeschuldigten geltend zu machen im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens. Die Akteneinsicht sei für die Prüfung der Erfolgsaussichten seines Vorgehens erforderlich.

Das Amtsgericht Hamburg lehnte den Antrag auf Akteneinsicht nach Anhörung der Staatsanwaltschaft sowie der Angeschuldigten mit Beschluss vom 04.06.2018 ab, da ein berechtigtes Interesse nicht ersichtlich sei.

Hiergegen erhob der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11.06.2018 Beschwerde, die er im Wesentlichen damit begründet, nunmehr bestrebt zu sein, etwaige sich aus einer möglicherweise verschleppten Insolvenz ergebende Schadensersatzforderungen gegen die Angeschuldigten geltend machen zu wollen. Es sei anerkannt, dass die Prüfung insolvenzrechtlicher Schadensersatzansprüche ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 475 StPO darstelle.

Der Beschwerde wurde durch das Amtsgericht nicht abgeholfen.

II. Entscheidungsgründe²

1.) Die statthafte Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingelegt. Die Entscheidung über die Akteneinsicht ist (für den Verletzten) nach § 406e Abs. 1 S. 1, Abs. 4 StPO bzw. (für einen Dritten) nach §§ 475, 478 Abs. 3, jeweils i.V.m. § 304 StPO anfechtbar.

2.) Die Beschwerde war jedoch als unbegründet zu verwerfen. Dem Beschwerdeführer steht ein Recht auf Akteneinsicht weder nach § 406e StPO noch nach § 475 StPO zu. Dabei kann dahinstehen, ob der Beschwerdeführer als Verletzter im Sinne von § 406e Abs. 1 StPO anzusehen ist, denn unter keinem Gesichtspunkt kann ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme in Akten und Beweismittel festgestellt werden.

Die Erteilung von Akteneinsicht sowohl an den Verletzten nach § 406e StPO als auch an Dritte gem. § 475 StPO erfordert zunächst, dass der Antragsteller die Tatsachen schlüssig und substantiiert vortragen muss, aus denen sich ein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht ergibt; ein Fall des § 406e Abs. 1 S. 2 StPO liegt erkennbar nicht vor. Zu beachten ist dabei jedoch, dass an die Pflicht zur Substantiierung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da eine konkretisierende Darstellung dem Antragsteller regelmäßig ohne die Kenntnisse aus den Akten, in die er Einsicht begehrt, gerade nicht möglich ist.³ Bei einem Einsichtsbegehren zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche darf die Akteneinsicht hingegen nicht auf eine Ausforschung hinauslaufen oder einer nach dem Zivilrecht „unzulässigen Beweisgewinnung“ dienen.⁴

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes hat der Beschwerdeführer weder Tatsachen schlüssig und substantiiert vorgetragen, aus denen sich ein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht ergibt, noch ist ein solches Interesse aus der Akte ersichtlich.

Zwar ist anerkannt, dass die Prüfung der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, insbesondere insolvenzrechtlicher Ansprüche gegen einen Beschuldigten, ein berechtigtes Interesse für die Gewährung von Akteneinsicht in Ermittlungsakten darstellt, soweit es nach dem Vorbringen des Gesuchstellers und dem dem Gericht vorliegenden Akteninhalt möglich erscheint, das Bestehen zivilrechtlicher Ansprüche anhand der Akten verifizieren zu können.⁵

Der Beschwerdeführer hat jedoch hierzu nicht substantiiert vorgetragen. Der pauschale Verweis darauf, dass etwaige Schadensersatzforderungen aus der verschleppten Insolvenz „gegenüber den Angeklagten, insbesondere gegenüber den Angeklagten zu 1. und zu 4.“ geprüft werden sollen, ist nicht hinreichend. Die nur pauschalen Ausführungen ermögli-

² Die Entscheidungsgründe wurden durch den Verfasser gekürzt und neu nummeriert.

³ OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2014, 2 Ws 396/14.

⁴ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., Rz. 7 zu § 406e.

⁵ OLG Köln, Beschluss vom 16. Oktober 2014, Abs. 21-2 Ws 396/14 m.w.N.

chen es dem Gericht nicht, eine erforderliche Prüfung, ob die Voraussetzungen einer Auskunftserteilung vorliegen, auf welche Art und Weise gegebenenfalls das insoweit eingeräumte Ermessen auszuüben ist und ob die schutzwürdigen Interessen der Angeschuldigten gegebenenfalls das Auskunftsinteresse überwiegen, durchzuführen. Weitere Ausführungen, etwa dazu weshalb die erbetene Akteneinsicht für den Beschwerdeführer im Rahmen eines etwaigen Zivilverfahrens zur Rechtsverteidigung erforderlich sei, fehlten.

3.) Auch aus der Akte selbst ergeben sich keine Anhaltspunkte für ein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers. Zwar erklärt der Antragsteller hierzu, es solle geprüft werden, ob Schadensersatzforderungen gegen einige Angeklagte, insbesondere gegenüber den Angeklagten zu 1. und zu 4., erfolgreich geltend gemacht werden können. Jedoch sind aus der Akte derartige zivilrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit den in dem vorliegenden Verfahren gegenständlichen (möglichen) Straftaten nicht ohne weiteres ersichtlich.

a.) Insbesondere sind keine Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO ersichtlich, da die Forderung des Beschwerdeführers gegen die A. GmbH bereits über eineinhalb Jahre vor dem Zeitraum der vorgeworfenen Taten rechtskräftig festgestellt wurde. § 15a InsO (als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB) bezweckt die rechtzeitige Einleitung von Insolvenzverfahren, damit materiell insolvente Gesellschaften ohne persönlich haftende Gesellschafter nicht ohne insolvenzrechtlichen Schutz zu Lasten gegenwärtiger und zukünftiger Gläubiger fortgeführt werden. Altgläubiger, deren Ansprüche bereits vor der Insolvenzzureife entstanden sind, können grundsätzlich nur den Quotenschaden aufgrund der letzten Verschleppungsperiode ersetzt verlangen. Der Quotenschaden jedoch ist durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen.⁶ Der mögliche Schadensersatzanspruch des Beschwerdeführers als Altgläubiger in diesem Sinne wäre in Bezug auf § 15a InsO mithin auf den eingetretenen Quotenschaden beschränkt, welchen jedoch nicht er sondern (nur) der Insolvenzverwalter geltend machen darf.

b.) Ebenso ist ein Anspruch des Beschwerdeführers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 283 StGB nicht ersichtlich. Letzterer normiert den Grundfall der Insolvenzdelikte. Abs. 1 verlangt, dass der Schuldner in einer bestimmten Liquiditätsslage, der sogenannten Krise, die Überschuldung, drohende und eingetretene Zahlungsunfähigkeit umfasst, eine in den Nrn. 1-8 aufgeführte Handlung vornimmt. Tatbestandsmäßiges Verhalten besteht aus dem Eintritt der Krise und der Begehung der inkriminierten Handlung durch den Schuldner.⁷ Die Strafnorm des Bankrotts zählt zu den in § 823 Abs. 2 BGB angesprochenen Schutzgesetzen.⁸ Der Schutzzweck von § 283 StGB besteht jedoch darin, die Masse im Interesse der gesamten Gläubigerschaft zu sichern.⁹ Auf § 823 Abs. 2 i.V.m. § 283 InsO gestützte Schadensersatzansprüche sind mithin grundsätzlich solche, die ihre Ursache in einer Massenschmälerung haben und deshalb allen Gläubigern zustehen. Daher ist auch insoweit nach § 92 InsO ausschließlich der Insolvenzverwalter und nicht der Beschwerdeführer berechtigt, etwaige Ansprüche geltend zu machen. Hierdurch wird die von § 92 InsO bezweckte Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger gefördert, welche sonst versucht wären, nach dem Prioritätsprinzip ihre Ansprüche gegen dritte Schuldner durchzusetzen.¹⁰

c.) Schließlich ist auch nicht ersichtlich oder vorgetragen, dass der Beschwerdeführer etwa über die Zahlungsunfähigkeit der GmbH getäuscht und ihm ein Schaden dadurch entstanden ist, dass er durch die Täuschung von einer früheren Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen abgehalten worden ist, wodurch sich gegebenenfalls ein Anspruch nach § 826 BGB oder vertragliche Ansprüche ergeben könnten. Vielmehr trägt der Antragsteller vor, er verfolge die titulierte Forderung - diverse Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seien jedoch ergebnislos verlaufen.

d.) Somit erschöpft sich - unabhängig von der Frage der hier nicht mehr zu prüfenden entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen der Betroffenen - das Interesse des Beschwerdeführers darin, mögliche Vollstreckungsmöglichkeiten auszuforschen und eine nach dem Zivilrecht „unzulässige Beweisgewinnung“ zu erreichen. Ein Zusammenhang mit den den

⁶ vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 06.01.2015, 4 U 598/14; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.10.2013, Abs. 2 ZR 394/12.

⁷ Radtke/Petermann, in MüKo StGB, 2. Aufl. 2014, Rz.1 zu § 283.

⁸ BGH, Urteil vom 25.09.2014, IX ZR 156/12.

⁹ BGH, Urteil vom 04.04.1979, 3 StR 488/78; Heine/Schuster, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Rz. 2 zu Vor §§ 283 ff.

¹⁰ vgl. zum Zweck des § 92 InsO Hirte, in Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, Rz.1 f. zu § 92.

Angeschuldigten vorgeworfenen Straftaten wurde weder substantiiert vorgetragen noch ist ein solcher ersichtlich.

III. Anmerkung

1.) In insolvenzstrafrechtlichen Verfahren haben sich Staatsanwaltschaft, Gericht und Verteidigung regelmäßig mit Akteneinsichtsgesuchen des Insolvenzverwalters zu befassen. Während es streitig ist, ob der Insolvenzverwalter rechtlich als Dritter im Sinne des § 475 StPO¹¹ oder als Verletzter im Sinne des § 406e StPO¹² zu qualifizieren ist, wird aber jedenfalls allgemein anerkannt, dass die intendierte Prüfung und Durchsetzung insolvenzrechtlicher Ansprüche ein berechtigtes Interesse des Insolvenzverwalters an der Akteneinsicht darstellen kann¹³, soweit das Verfahren, in dessen Akten Einsicht begehrt wird, Straftaten zum Nachteil des von ihm vertretenen Unternehmens zum Gegenstand hat.¹⁴

Praktisch seltener ist die der vorliegenden Entscheidung des Landgerichts Hamburg zugrunde liegende Konstellation, in der nicht der Insolvenzverwalter, sondern ein Insolvenzgläubiger unter Berufung auf insolvenzrechtliche Ansprüche Akteneinsicht begehrt.

Ein aus insolvenzrechtlichen Ansprüchen abgeleitetes berechtigtes Interesse im Sinne der §§ 406e, 475 StPO kann spiegelbildlich nur derjenige geltend machen, der zivilrechtlich zur Anspruchsverfolgung befugt ist. Die zur Prüfung erforderliche Abgrenzung der Anspruchsberechtigten insolvenzrechtlicher Forderungen wird durch die vorliegende Entscheidung illustriert.

2.) Das Landgericht Hamburg arbeitet zunächst im Einklang mit der herrschenden Meinung heraus, dass der Antragsteller ein berechtigtes Interesse schlüssig und substantiiert darzulegen habe und konstatiert sodann für den vorliegenden Fall, dass jedenfalls der lediglich pauschale Verweis darauf, etwaige Schadensersatzforderungen aus der verschleppten Insolvenz gegen die Angeklagten prüfen zu wollen, zur Substantiierung nicht hinreichend sei. In Anbetracht der mit der Einsichtsgewährung verbundenen Intensität des Eingriffs in verfassungsrechtlich geschützte Rechte der Betroffenen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie des Verbots unzulässigen Beweisgewinnung ist diese restriktive Auslegung zu begrüßen.

3.) Gleichwohl beleuchtet die Kammer dann anhand des Akteninhalts die zwar von dem Antragsteller nicht vorgetragene, aber jedenfalls rechtlich denkbaren insolvenzrechtlichen Anspruchsgrundlagen, aus denen ein berechtigtes Interesse abgeleitet werden könnte. Diese sollen aufgrund ihrer grundsätzlichen Bedeutung nachfolgend näher betrachtet werden:

a.) Zunächst kann sich ein insolvenzrechtlicher Schadensersatzanspruch nach Maßgabe der § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO¹⁵ unmittelbar aus der verspäteten Insolvenzantragstellung ergeben. Auch mit Blick auf die Akteneinsichtsrechte nach §§ 406e, 475 StPO ist dabei zu unterscheiden zwischen Altgläubigern, deren Ansprüche vor, und Neugläubigern, deren Ansprüche nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht entstanden sind.¹⁶

In Bezug auf Altgläubiger soll durch die Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO gewährleistet werden, dass das der Gläubigergesamtheit haftende Schuldnervermögen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht weiter verringert wird. Da das Schuldnervermögen im Insolvenzfall in aller Regel nicht zur vollständigen Befriedigung aller Forderungen ausreicht, erhalten die Insolvenzgläubiger zumeist nur eine quotale Befriedigung. Durch einen rechtzeitigen und richtigen Eröffnungsantrag sollen eine bessere Erhaltung der Haftungsmasse und damit eine größere Befriedigung aller Gläubiger gewährleistet werden.¹⁷ Soweit in der Zeit zwischen Eintritt der Insolvenzantragspflicht und verspäteter Antragstellung das Schuldnervermögen weiter aufgezehrt wird, verringert sich auch die auf die Insolvenzgläubiger entfallende Quote. Die Differenz zwischen einer fiktiven Quote bei rechtzeitiger Antragstellung und der tatsächlich erhaltenen Quote nach verspäteter Antragstellung stellt den sog. „Quotenschaden“ dar, der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m.

¹¹ so jüngst OLG Köln NZI 2014, 1059; LG Frankfurt a.M. StV 2003, 495.

¹² LG Hildesheim NJW 2009, 3799 (3801).

¹³ Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 475 Rn. 2; OLG Köln NZI 2014, 1059; LG Hildesheim NJW 2008, 531.

¹⁴ OLG Köln NZI 2014, 1059.

¹⁵ st. Rspr., § 64 GmbHG; BGH NJW 1979 1823; BGH NJW 1994, 2220; § 15a InsO: Wagner in: MüKo BGB, § 823 Rn. 395

¹⁶ Grundlegend zu dieser Differenzierung: BGH Urteil vom 06.06.1994, BGHZ 126, 181 ff.

¹⁷ Hohmann in: MüKo StGB, § 15a InsO Rn. 2.

§ 15a InsO geltend zu machen ist. Hierbei handelt es sich um einen Anspruch der Gesamtschadensliquidation, für dessen Geltendmachung nach § 92 InsO für die Dauer des Insolvenzverfahrens nur der Insolvenzverwalter aktivlegitimiert ist.¹⁸

Soweit hingegen Neugläubiger betroffen sind, deren Ansprüche erst nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht entstanden sind, beinhaltet der Schutzzweck der Norm des § 15a InsO, den Ausschluss von Gesellschaften mit nur beschränkt haftendem Vermögen vom Geschäftsverkehr sicherzustellen, um eine Schädigung und Gefährdung des Vermögens künftiger Gläubiger zu begrenzen.¹⁹ Der Schaden eines Neugläubigers beruht gerade darauf, dass er in Unkenntnis der Insolvenz Leistungen erbracht hat und mit der dafür geschuldeten Gegenleistung ausfällt. Die Neugläubiger haben bei einem schuldhaften Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO nicht nur einen Anspruch auf Ersatz des Quotenschadens, sondern einen individuellen Nichterfüllungsanspruch auf Ausgleich des Schadens, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind.²⁰ Da es sich um Individualschäden handelt, ist der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung des Nichterfüllungsanspruchs nicht befugt.²¹

Für die Akteneinsichtsrechte der §§ 406e, 475 StPO bedeutet dies, dass einem Neugläubiger bei insolvenzrechtlichen Ansprüchen ein eigenes berechtigtes Interesse zustehen kann, während ein solches bei Ansprüchen von Altgläubigern allein beim Insolvenzverwalter anzusiedeln sein dürfte.

b.) Des Weiteren können insolvenzrechtliche Schadensersatzansprüche zudem aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 283 StGB folgen und grundsätzlich ein berechtigtes Interesse im Sinne des strafprozessualen Akteneinsichtsrechts darstellen. Das Insolvenzstrafrecht und insbesondere der Bankrottatbestand § 283 StGB dienen dem Schutz der Vermögensinteressen der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger an einer gemeinschaftlichen Befriedigung ihrer geldwerten Ansprüche gegen den Schuldner.²² Soweit also durch die Bankrotthandlung nicht ausnahmsweise ein Individualschaden eines Gläubigers herbeigeführt²³, sondern der Gemeinschaft der Insolvenzgläubiger durch Verkürzung der Masse ein Gesamtschaden zugefügt wurde, ist auch hier der Anwendungsbereich des § 92 InsO mit der Folge eröffnet, dass nur der Insolvenzverwalter zur Anspruchsgeltendmachung befugt ist.

Ein berechtigtes Interesse im Sinne der §§ 406e, 475 StPO wird demzufolge bei Bankrottstraftaten in aller Regel nur der Insolvenzverwalter erfolgreich darlegen können.

c.) Individuelle Anspruchsgrundlagen des Insolvenzgläubigers können sich – wie von der Kammer ausgeführt – unter anderem aus einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB ergeben. Hierbei handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der insbesondere auch Vermögensschäden umfasst. Soweit die Kammer aber ausdrücklich mögliche „Täuschungen“ anspricht, sollen aufgrund der praktischen Bedeutung korrespondierende denkbare Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB ergänzend beleuchtet werden.

Der Betrug ist ein Vermögensschädigungsdelikt, dem individualschützender Charakter zukommt und der daher ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt.²⁴ Wenn eine Vertragspartei bei Vertragsschluss bereits insolvent ist bzw. bei der zeitlich nachgelagerten Vertragserfüllung insolvent wird, führt dies im Laufe der Vertragsabwicklung in der Regel zu Vermögensverlusten der anderen Vertragspartei. Daher stellt § 263 StGB Handlungsweisen unter Strafe, die durch die Vorspiegelung der eigenen Solvenz zu gutgläubigen Gegenleistungen des Vertragspartners führen sollen.²⁵ Es können damit sowohl Handlungsweisen vom Tatbestand des § 263 StGB erfasst sein, die erst nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit liegen, aber auch solche im Vorfeld einer Insolvenz, soweit deren künftiger Eintritt zum Zeitpunkt der Vertragserfüllung bereits abzusehen war.

¹⁸ BGHZ 126, 181 ff..

¹⁹ Hohmann in: MüKo StGB, § 15a InsO Rn. 2.

²⁰ BGH ZIP 2014, 23.

²¹ BGH NJW 1998, 2667 ff.

²² Petermann in: MüKo StGB, Vor § 283 Rn. 11; BGH NStZ 2008, 401

²³ z.B. bei einer nach § 283 I Nr. 3 StGB den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Veräußerung eines unter Vorbehaltseigentum stehenden Gegenstandes, der dem Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) des Gläubigers unterliegt.

²⁴ vgl. nur Palandt BGB, § 823 Rn. 69 m.w.N.

²⁵ Smok in: Dannecker/Knierim, Insolvenzstrafrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 727.

Zur Bestimmung der Anspruchsberechtigung und damit auch zur Erueierung eines möglichen berechtigten Interesses im Sinne der §§ 406e, 475 StPO ist zu differenzieren:

Wird ein Gläubiger bei Vertragsschluss über die fehlende Solvenz getäuscht, tritt er aufgrund des erregten Irrtums in Vorleistung und erleidet er durch die Insolvenz einen individuellen Vermögensschaden, ist auch nur er und nicht der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung der Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB gegen das vertretungsberechtigte Organ befugt.²⁶ Nur der Insolvenzgläubiger wird in diesen Konstellationen ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 406e StPO geltend machen können.

Soweit die Täuschungshandlungen innerhalb eines betrügerischen Systems jedoch darauf abzielen, die Altgläubiger insgesamt davon abzuhalten, rechtzeitig Vollstreckungsmaßnahmen einzuleiten, sodass durch den dadurch bewirkten Zeitablauf die Insolvenzmasse weiter verkürzt wird, kann dies grundsätzlich zu einem Quotenschaden führen.²⁷ Für dessen Geltendmachung ist auf Grundlage der § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB der Insolvenzverwalter nach § 92 InsO zur Geltendmachung befugt.²⁸ Daher wird sich in derartigen Konstellationen auch nur der Insolvenzverwalter auf ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 475 StPO berufen können.

4) Das im Rahmen des Akteneinsichtsverfahrens zu prüfende und darzulegende berechtigte Interesse zeigt dessen enge Verzahnung zum Zivilrecht bzw. Insolvenzrecht. Es ist sowohl für den Insolvenzverwalter, den Insolvenzgläubiger als auch für den Verteidiger unabdingbar, sich mit den jeweilig in Betracht kommenden insolvenzrechtlichen Anspruchsgrundlagen auseinander zu setzen und herauszuarbeiten, wer zur Anspruchsverfolgung befugt ist. Nur so kann für den Antragsteller ein berechtigtes Interesse substantiiert dargelegt bzw. durch die Verteidigung erfolgreich widerlegt werden.

²⁶ Soweit der Insolvenzschuldner eine natürliche Person ist, nehmen festgestellte Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gem. § 302 Nr. 1 InsO nicht an der Restschuldbefreiung teil und können nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens und Ablauf der Wohlverhaltensperiode weiter geltend gemacht werden.

²⁷ Denkbar ist diese Konstellation bei Insolvenzen mit betrügerischem Hintergrund, vgl. OLG Karlsruhe („Flow-Tex“), BeckRS 2007, 16879.

²⁸ Kroth in: Braun, Insolvenzordnung 7. Auflage 2017 Rn. 4.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

Akteneinsicht in Straftakte zur Vorbereitung der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Adhäsionsverfahren - § 406e StPO

Es ist anerkannt, dass die Prüfung der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, insbesondere insolvenzrechtlicher Ansprüche gegen einen Beschuldigten, ein berechtigtes Interesse für die Gewährung von Akteneinsicht in Ermittlungsakten darstellt, soweit es nach dem Vorbringen des Gesuchstellers und dem dem Gericht vorliegenden Akteninhalt möglich erscheint, das Bestehen zivilrechtlicher Ansprüche anhand der Akten verifizieren zu können. Zur Entscheidung, ob ein derartiges Interesse gegeben ist, muss der Antragsteller substantiiert vortragen. Es genügt nicht, wenn er pauschal auf mögliche zivilrechtliche Ansprüche verweist, die durch die Akteneinsicht verifiziert werden sollen.

LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 – 618 Qs 20/18, NZI 2019, 137.

Zu der Entscheidung s. die sehr krit. Anm. von Köllner, NZI 2019, 136. S. auch Buck, FD-InsR 2019, 413319.

II. Materielles Strafrecht

1. Zahlung an Insolvenzverwalter als Bewährungsauflage – §§ 56b Abs. 2 Nr. 1, 56f Abs. 1 Nr. 3, 283 StGB

Eine Bewährungsauflage zur Schadenswiedergutmachung ist grundsätzlich als Ausgleich von Schäden anzuordnen, die beim unmittelbar geschädigten Tatopfer – bei Taten der Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO) bei den Sozialversicherungsträgern bzw. dem Steuerfiskus – eingetreten sind. Aus Rechtsgründen verbieten sich indes Auflagen, die im Fall ihrer Erfüllung eine Gläubigerbenachteiligung und damit auch eine Insolvenzanfechtung gem. § 133 InsO nach sich ziehen können. Als Leistung zur Genugtuung für begangenes Unrecht kommt eine Zahlungsauflage zugunsten des Insolvenzverwalters in Betracht, weil sie nicht der Erfüllung eines zivilrechtlichen Anspruchs gegenüber einer bloß mittelbar geschädigten Person dient, sondern die Erfüllung von Ansprüchen der unmittelbar Geschädigten unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten des Falls erst ermöglicht.

LG Essen, Beschluss vom 16.07.2018 – 32 KLs 3/17 BEW, ZInsO 2018, 2809.

Zu der Entscheidung zu Recht krit. Pauka, NZI 2019, 59.

2. Freiwilliger Verzicht auf sichergestellte Gegenstände - §§ 73, 73c StGB

Verzichtet der Angeklagte in der Hauptverhandlung auf die Rückgabe sichergestellter Gegenstände, liegt hierin eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung an den Justizfiskus, die auf Übertragung des Eigentums an einem sichergestellten Gegenstand gerichtet ist; dieses Angebot kann vom Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft auch konkludent angenommen werden. Eine formlose außergerichtliche Einziehung kann auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017 (BGBl. I 2017, 872) weiterhin erfolgen, ist aber auf einfachere und eindeutige Fälle zu beschränken, da bei möglicher Geschäftsunfähigkeit des Einziehungsbetroffenen, drohender Insolvenz oder fehlender Verfügungsbefugnis über den Einziehungsgegenstand die Rechtsfolgen einer gerichtlichen Anordnung unter Umständen nicht zu erreichen sind.

BGH, Beschluss vom 11.12.2018 – 5 StR 198/18, ZInsO 2019, 319.

S. erschöpfend zur Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung Bittmann/Tschakert, ZInsO 2017, 2657.

3. Verwahrungsbruch/Vollstrickungsbruch - §§ 133, 136 StGB

Auch bei einem vorläufigen Insolvenzverwalter handelt es sich um einen „Amtsträger“ im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, mit der Folge, dass bereits dieser eine „dienstliche Beschlagnahme“ (§ 136 Abs. 1 StGB) vornehmen bzw. ein „dienstliches Verwahrungsverhältnis“ (§ 133 Abs. 1 StGB) begründen kann.

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 06.11.2018 – 11 Ns 412 Js 45500/15, ZInsO 2019, 326.

4. Voraussetzung einer Vermögensbetreuungspflicht – § 266 StGB

Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter gegenüber dem Geschädigten eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung von dessen Vermögensinteressen innehat, die über die für jedermann geltenden Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten und die allgemeine Pflicht, auf die Vermögensinteressen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, hinausgeht; allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen reichen nicht aus.

BGH, Beschluss vom 04.12.2018 – 2 StR 421/18, ZInsO 2019, 90.

5. Leistungsfähigkeit als Voraussetzung einer Verurteilung wegen Beitragsvorenthaltung - § 266a StGB

Der Straftatbestand des § 266a Abs. 1 StGB nur dann gegeben, wenn der verpflichtete Arbeitgeber auch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit zur Erfüllung dieser sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeit hatte. Eine unmögliche Leistung darf dem Verpflichteten nicht abverlangt werden. Der Tatbestand kann jedoch auch dann verwirklicht werden,

wenn der Handlungspflichtige zwar zum Fälligkeitstag zahlungsunfähig ist, sein pflichtwidriges Verhalten jedoch praktisch vorverlagert ist

BGH, Beschluss vom 11.10.2018 – 1 StR 257/18, wistra 2019, 102.

Ausführlich zu der Problematik der *omissio libera in causa* bei der Beitragsvorenthaltung vgl. grundlegend BGH, Beschluss vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02, wistra 2002, 340. S. zudem Wegner, wistra 2002, 382, Tag, JR 2002, 521, sowie Radtke, NStZ 2003, 154.

6. Dauer des Insolvenzbeschlags nach Erteilung der Restschuldbefreiung - § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Der Insolvenzbeschluss endet nach Erteilung der Restschuldbefreiung mit dem Zeitpunkt des Ablaufs der sechsjährigen Abtretungsfrist, die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu laufen begonnen hat, und zwar unabhängig davon, ob der Neuerwerb der Erklärung nach § 287 Abs. 2 InsO unterfallen wäre oder nicht. Nach Ablauf der Abtretungsfrist wird der Neuerwerb von Vermögensbestandteilen von § 283 StGB daher nicht geschützt. Ausgenommen hiervon ist nur der Neuerwerb, der dem Grunde nach schon vor dem Ablauf der Laufzeit der Abtretungserklärung angelegt ist.

BGH, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 StR 414/16, NStZ-RR 2019, 84.

Der 1. Strafsenat schließt sich mit seiner erst jetzt bekannt gewordenen Entscheidung ausdrücklich der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats an; vgl. BGH, Beschluss vom 13.02.2014 – IX ZB 23/13, ZInsO 2014, 603 Rn. 5 ff.).

Vgl. ergänzend Harder, EWIR 2014, 425.

7. Zeitpunkt der Zahlungseinstellung bei Bankrotthandlung – § 283 Abs. 1, Abs. 6 StGB

Bankrotthandlung und Zahlungseinstellung müssen grundsätzlich nicht im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen. Erforderlich ist nur ein Zusammenhang in dem Sinne, dass dieselben Gläubiger sowohl durch die Bankrotthandlung benachteiligt als auch von der Zahlungseinstellung betroffen werden, weshalb es irrelevant ist, ob die jeweilige Zahlungseinstellung vor oder nach im Zuge von „Firmenbestattungen“ vorgenommenen Verschleierungshandlungen erfolgte.

BGH, Beschl. v. 15.08.2018 – 5 StR 381/18, wistra 2019, 32.

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Floeth, EWIR 2019, 51.

8. Vorsätzliche Insolvenzverschleppung; Finanzplanrechnung bei Feststellung der Zahlungsunfähigkeit – §§ 15a, 17 InsO

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt entweder durch die betriebswirtschaftliche Methode oder durch sogenannte wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen. Wird die betriebswirtschaftliche Methode angewandt, ist diese zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der bloßen Zahlungsstockung um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb von drei Wochen mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist; die geschieht durch eine stichtagsbezogene Finanzplanrechnung, aus der sich die konkret zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben in diesem Zeitraum ergeben, wobei gestundete Forderungen bei der Berechnung einer Liquiditätslücke nicht berücksichtigt werden dürfen. Die Finanzplanrechnung muss auf der Grundlage nachvollziehbarer tatsächlicher Prämissen erfolgen, die in einem Urteil explizit darzulegen sind. Vorsätzliche Insolvenzverschleppung liegt nur vor, wenn der Täter es zumindest für möglich hält und in Kauf nimmt, dass die wirtschaftliche Situation des betroffenen Unternehmens durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zur Stellung eines Eröffnungsantrags verpflichtet; hierzu muss er regelmäßig Aktiva und Passiva des Unternehmens kennen und auch gegenüberstellen.

BGH, Beschluss vom 04.12.2018 – 4 StR 319/18, ZInsO 2019, 258.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Aussetzung eines Zivilrechtsstreits wegen Voreiligkeit eines Strafverfahrens - § 149 ZPO

Setzt das Gericht die Verhandlung eines Zivilrechtsstreits bis zur Erledigung eines Strafverfahrens nach § 149 ZPO aus, muss aus der Begründung deutlich werden, dass das Gericht im Rahmen seines Ermessens den Vorteil einer gründlicheren Klärung im Strafprozess aufgrund der konkreten Umstände des Falls gegen den Nachteil der Verzögerung einer Entscheidung im Zivilprozess abgewogen hat. Ebenso obliegt dem Gericht eine entsprechende konkretisierende Darlegung seiner maßgeblichen Überlegungen dann, wenn es die Entscheidung über Aussetzung des Zivilprozesses wegen Verdachts einer Insolvenzstrafat nach § 148 ZPO als in diesem Sinne „voreilig“ gestützt hat. Es muss nachvollziehbar sein, dass die Entscheidung im Zivilprozess aus Rechtsgründen vom Ergebnis des Strafverfahrens abhängig ist.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.09.2018 – 9 W 18/18, ZInsO 2018, 2751.

S. zu der Problematik bereits BGH, Beschluss vom 17.11.2009, VI ZB 58/08, wistra 2010, 191.

2. Versicherung des Geschäftsführers über Nichtvorliegen von Bestellungshindernissen unter Einschluss - § 6 GmbHG

Bei der Anmeldung einer Änderung in der Person des Geschäftsführers nach § 39 GmbHG zum Handelsregister muss sich die Versicherung des Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3e GmbHG nicht auf die seit dem Inkrafttreten des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes (BGBl. I 2017, 815) geltenden Straftatbestände der §§ 265c bis 265d StGB erstrecken.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.09.2018 – 27 W 93/18, ZInsO 2018, 2761.

Das Gericht wendet sich zu Recht explizit gegen die gegenteilige Auffassung des OLG Oldenburg (Beschluss vom 08.01.2018, 12 W 126/17, ZInsO 2018, 824). S. zu der Problematik (der Auffassung des OLG Hamm zustimmend) Brand, GmbHR 2018, 1271, sowie Wachter, GmbHR 2018, 309. S. noch ergänzend Wegner, PStR 2019, 32.

3. Rechtsfolgen eines strafprozessualen Vermögensarrestes für Dritte - § 945 ZPO, § 111d StPO

Der von einem rechtmäßigen Sicherungsarrest nach der Strafprozessordnung (Rückgewinnungshilfe) Betroffene hat keinen Anspruch auf Entschädigung wegen enteignenden Eingriffs, soweit es um die entgangene Nutzung des vom Arrest erfassten Gegenstands oder des zur Abwendung des Arrestvollzugs hinterlegten Geldbetrages geht und sich die Dauer der Maßnahme in einem angemessenen Rahmen hält. § 945 ZPO findet auf den dinglichen Arrest nach § 111d StPO (in der Fassung vom 1. April 1987) weder unmittelbar noch analog Anwendung.

BGH, Urteil vom 13.09.2018 – III ZR 339/17, ZInsO 2019, 147.

4. Verwirkung von Vergütungsansprüchen infolge strafbarer Untreue – § 63 InsO

Ein Insolvenzverwalter, der zum Nachteil der Masse eine strafbare Untreue begeht, um sich oder einen nahen Angehörigen zu bereichern, handelt regelmäßig in besonders schwerem Maß verwerflich und verliert in der Regel seinen Anspruch auf Vergütung. Hat der Verwalter seinen Anspruch auf Vergütung verwirkt, ist er mit seinem Anspruch auf Vergütung insgesamt ausgeschlossen. Die Verwirkung des Anspruchs auf Vergütung erstreckt sich regelmäßig auch auf die vom Insolvenzverwalter als Pauschsatz geltend gemachten Auslagen.

BGH, Beschluss vom 22.11.2018 – IX ZB 14/18, ZInsO 2019, 91.

Der Senat stellt klar, dass ein Ausschluss der Vergütung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommt. Hierfür reicht nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung. Erforderlich ist vielmehr eine schwere und in subjektiver Hinsicht in hohem Maße verwerfliche Verletzung der Treupflicht. S. ergänzend BGH, Beschluss vom 06.05.2004 – IX ZB 349/02, ZInsO 2004, 669; BGH,

Beschluss vom 09.06.2011 – IX ZB 248/09, ZInSO 2011, 1520; BGH, Beschluss vom 14.07.2016 – IX ZB 52/15, ZInSO 2016, 1656.

IV. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

Restschuldbefreiung und Steuerstraftaten - §§ 184 Abs. 1, 290 Abs. 1 Nr. 1, 302 Nr. 1 InsO.

Das Finanzamt darf durch Verwaltungsakt gemäß § 251 Abs. 3 AO feststellen, dass ein Steuerpflichtiger im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten aus einem Steuerschuldverhältnis wegen einer Steuerstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Steuerpflichtige ist auch dann wegen einer Steuerstraftat rechtskräftig verurteilt, wenn in einem Strafbefehl neben dem Schuldspruch eine Strafe bestimmt und die Verurteilung zu dieser Strafe vorbehalten worden ist. Die Feststellungsentscheidung des Finanzamts darf sich auf den Zinsanspruch beziehen, selbst wenn die strafrechtliche Verurteilung nicht wegen der Zinsen erfolgt ist.

BFH, Urteil vom 07.08.2018 – VII R 24/17, VII R 25/17, ZInSO 2018, 2674.

Zu der Entscheidung vgl. Steinhauß, jurisPR-SteuerR 50/2018 Anm. 2; s. auch Füllsack, BB 2018, 2920, sowie Lindwurm, AO-StB 2019, 2

Internationales

Strafverfahrensrecht

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

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

I. Einleitung

In Anknüpfung an den ersten Teil dieses Aufsatzes zum Anwaltsprivileg in den USA (siehe Heft 4/2018, Seiten 200 - 212) behandelt dieser zweite Teil die *US-Work-Product* Doktrin und den Schutz von Anwaltskommunikation im englischen Recht.

II. *US-Work Product* Doktrin¹

Die US-amerikanische *Work-Product Doktrin* schützt Materialien, die in Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits erstellt wurden, vor einer Offenlegung im Prozess gegenüber der gegnerischen Partei. Sie wurde in der Entscheidung des Supreme Court *Hickman v. Taylor* (1947)² entwickelt und wurde 1970 in den *Federal Rules of Civil Procedure* (Fed. R. Civ. P.) in 26(b)(3) sowie entsprechenden Regelungen auf bundesstaatlicher Ebene kodifiziert.³ Die Doktrin stammt zwar aus dem Zivilrecht, ist aber seitdem auch in strafrechtlichen Prozessen und in *Grand Jury Proceedings* angewandt⁴ und in den *Federal Rules of Criminal Procedure* (Fed. R. Crim. P.) 16(b)(2) kodifiziert worden.

¹ Die Bearbeiter danken Karolin Borchering, Studentin an der Ludwig-Maximilians-Universität München, für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Teils.

² 329 U.S. 495 (1947).

³ Es bestehen Unterschiede zwischen *federal courts* und *state courts* im Umgang mit der Doktrin. Während die nationalen Gerichte sowohl an die Fed. R. Civ. P. als auch an nationale Rechtsprechung gebunden sind, orientieren sich die *state courts* bei der Anwendung der *Hickman*-Richtlinien mehr am *case law* des jeweiligen Staates, sodass im Einzelfall Abweichungen von Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) möglich sind. Größtenteils folgen die Gerichte allerdings einer einheitlichen Linie.

⁴ In re Special September 1978 Grand Jury (II), 640 F.2d 49, 61 (C.A.III., 1980).

Sinn und Zweck der Doktrin ist es, eine optimale Repräsentation und Vorbereitung des Prozesses durch einen Anwalt zu ermöglichen, ohne die Gegenseite auf die dafür erforderliche Kommunikation zugreifen zu lassen. Die Doktrin schützt somit die Vertraulichkeit der Prozessvorbereitung und den streitigen Prozess. Wären Anwälte und andere Repräsentanten einer Partei verpflichtet, die Ergebnisse ihrer Arbeit der anderen Seite offenzulegen, so würden sich Parteivertreter nur noch auf die Arbeit der jeweils anderen Partei verlassen und dadurch nicht mehr dem Grundsatz der bestmöglichen Repräsentation gerecht werden. Die Doktrin dient also nicht den Partikularinteressen – weder denen des Klägers noch des Beklagten oder des Anwalts. Stattdessen dient sie der Bewahrung und dem Schutz des US-amerikanischen, kontradiktorischen Prozesssystems selbst und soll eine Atmosphäre schaffen, in der die Anwälte beider Seiten bestmöglich arbeiten können, ohne durch eine unbegrenzte *Discovery* eingeschränkt zu werden. Die Doktrin limitiert somit die Reichweite der *Discovery*.

1. Voraussetzungen

Reichweite und Umfang der Doktrin sind nicht einheitlich definiert, insbesondere unterscheidet sich die in *Hickman v. Taylor* (1947) entwickelte Doktrin teilweise von den Kodifizierungen in Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) und Fed. R. Crim. P. 16(b)(2).⁵ Im Wesentlichen lassen sich aber folgende Voraussetzungen identifizieren: Es muss sich (1) um Dokumente oder andere materielle Gegenstände handeln, die (2) in Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits (3) von einer Partei oder einem Repräsentanten der Partei erstellt wurden. Die Beweislast liegt bei der Partei, die sich auf die Schutzwirkung der Doktrin beruft, die gegnerische Partei muss hingegen das *Showing Requirement* – also die Grenze - beweisen, wenn sie sich darauf berufen möchte.⁶

a) Dokumente oder andere materielle Gegenstände

Die Doktrin erfasst nur Dokumente und andere materielle Gegenstände.⁷ Insofern ist sie enger als das Anwaltsprivileg, das z.B. auch Gedanken, geistige Impressionen und Erinnerungen umfasst. Erfasst sind Interviews, Zeugenaussagen, Memoranda, Korrespondenz, Unterlagen usw.⁸

Zu differenzieren ist zwischen *Ordinary Work Product* und *Opinion Work Product*. Letzteres umfasst alle Dokumente und materiellen Gegenstände, die die geistigen Eindrücke, Schlussfolgerungen, Meinungen oder Rechtstheorien des Anwalts oder eines anderen Vertreters einer Partei wiedergeben.⁹ Alle Materialien, die nicht *Opinion Work Product* sind, sind *Ordinary Work Product*. Diese Unterscheidung wird bei der Feststellung der Schutzwirkung relevant: Das *Opinion Work Product* genießt einen deutlich weitergehenden Schutz als das *Ordinary Work Product*, s.u. bei 3.¹⁰

b) In Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits oder Prozesses

Das *Work Product* ist nur geschützt, wenn es in Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits erstellt wurde. Auch Dokumente, die im Rahmen der Vorbereitung auf einen Vergleich erstellt wurden, unterfallen der Doktrin.¹¹ Abzugrenzen ist es also insbesondere von solchen Dokumenten o.Ä., die im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit erstellt wurden (sog. *Ordinary Business Exception*).¹² Diese Abgrenzung erfolgt auf rein faktischer Basis.¹³ Ein Kriterium ist dabei, ob die betreffenden Materialien, wie beispielsweise Finanzberichte, regelmäßig und unabhängig von eventuellen Rechtsstreitigkeiten erstellt wer-

⁵ Die Kodifizierungen beziehen sich nur auf die *pretrial discovery*; beide schützen explizit Materialien, die von Repräsentanten des Anwalts erstellt wurden; die Strafnorm beschränkt die Offenlegung von Gedankeneindrücken des Anwalts unabhängig von einem *good cause showing* und die Zivilnorm umfasst wörtlich nur materielle Gegenstände im Gegensatz zu mündlichen Aussagen.

⁶ *Coastal Corp. v. Duncan*, 86 F.R.D. 514, 522 (1980); *United States v. AT&T*, 86 F.R.D. 603, 627 (1979); *Feldman v. Pioneer Petroleum, Inc.*, 87 F.R.D. 86, 88 (W.D. Okla. 1980).

⁷ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3): “documents and other tangible things”.

⁸ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 511 (1947).

⁹ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(B).

¹⁰ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 401-02 (1980).

¹¹ *FTC v. Boehringer Ingelheim Pharmaceuticals* 778 F.3d 142 (D.C. Cir. 2015).

¹² 54 F.R.D. 367, 372 (N.D. Ill. 1972).

¹³ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

den; in diesem Fall entfällt die Schutzwirkung der Doktrin.¹⁴ Dasselbe gilt für Materialien, deren Erstellung gesetzlich vorgeschrieben ist.¹⁵

Die Materialien müssen nicht ausschließlich für die Vorbereitung von Rechtsstreitigkeiten erstellt bzw. zusammengestellt worden sein, allerdings ist ein gewisser Bezug zu konkreter *Litigation* erforderlich.¹⁶ Einige Gerichte haben sich an einer klarstellenden Definition des erforderlichen Zusammenhangs versucht. Teilweise wurde argumentiert, dass die Materialien dann geschützt sind, wenn sie „mit Blick auf Rechtsstreitigkeiten“ erstellt wurden.¹⁷ In *Thomas Organ Co. v. Jadranska Plovidba*¹⁸ entschied das Gericht beispielsweise, dass Dokumente, die zeitlich vor der Konsultation mit einem Anwalt entstanden sind und nur unter „speculative contemplation of possible litigation“ in Auftrag gegeben wurden, nicht von der Doktrin geschützt sind.¹⁹ Andere Gerichte setzten für die Anwendbarkeit der Doktrin nur voraus, dass bereits spezifische Ansprüche entstanden sind. Dass noch nicht Klage erhoben wurde bzw. unklar ist, ob jemals Klage erhoben wird, sei dabei unbeachtlich.²⁰ Kombiniert man diese beiden Ansichten, so sind zwei Kriterien entscheidend: (1) Liegt ein Klagegrund mit individualisierbaren potenziellen Parteien vor? (2) Ist die Wahrscheinlichkeit, dass Klage erhoben wird, hinreichend groß? Können beide Fragen mit „ja“ beantwortet werden, wurden die betreffenden Materialien „in anticipation of litigation“ erstellt.²¹

All diese Formulierungen und Regelungen können jedoch nur als Faustregeln und Anhaltspunkte genutzt werden; es muss weiterhin auf Basis des individuellen Falls entschieden werden.²²

Umstritten ist auch, ob solche Dokumente von der Doktrin erfasst sind, die mit Blick auf frühere Streitigkeiten erstellt wurden oder ob nur solche Materialien erfasst sind, die sich auf den aktuellen Streit beziehen. Die Gerichte des Fourth und Sixth Circuits haben in Urteilen die Meinung vertreten, dass der Schutz der für eine frühere Streitigkeit erstellten Dokumente unverändert und uneingeschränkt weiterbesteht.²³ Andere Gerichte haben einen Zusammenhang zwischen der früheren und der aktuellen Streitigkeit gefordert;²⁴ wiederum andere argumentieren, dass in einem neuen Streit mit neuen Parteien der Schutz nicht weiterbesteht und die Materialien aus dem früheren Fall somit uneingeschränkt der *Discovery* unterliegen.

c) Von einer Partei

Geschützt werden die Arbeitsergebnisse von einer Partei oder Repräsentanten der Partei, namentlich Anwälten, Beratern, Bürgen, Sicherheitsgebern, Versicherern oder Agenten.²⁵ Anders als beim Anwaltsprivileg sind also nicht nur Anwalt und Mandant, sondern ein deutlich weiterer Personenkreis, geschützt. Dieser Kreis ist durch den Parteibegriff beschränkt; *Nonparty work* ist somit nicht von der Doktrin geschützt.²⁶

Weder in *Hickman v. Taylor* noch in Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) findet sich eine ausdrückliche Regelung, wer sich auf die Doktrin berufen kann. Regelmäßig wird von Gerichten aber davon ausgegangen, dass, anders als beim Anwaltsprivileg, Inhaber des Schutzes der Anwalt selbst ist und nicht der Mandant.²⁷ Es stellt sich dann weiter die Frage, ob die Doktrin per-

¹⁴ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) Advisory Committee Note.

¹⁵ *Goosman v. A. Duie Pyle Inc.*, 320 F.2d 45, 52 (4th Cir. 1963); *Galambus v. Consolidated Freightways*, 64 F.R.D. 468, 472 (N.D. Ind. 1974).

¹⁶ *GAF Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 85 F.R.D. 46, 50-51 (S.D.N.Y. 1979); ebd.: „documents (...) prepared solely for purposes other than trial preparation are not protected“.

¹⁷ *Z.B. Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 511 (1947); *Sterling Drug Inc. v. Harris*, 488 F. Supp. 1019, 1026 (S.D.N.Y. 1980); *United States v. Bonnell*, 483 F. Supp. 1070, 1078 (D. Minn. 1979); *Sylgab Steel & Wire Corp. v. Imoco-Gateway Corp.*, 62 F.R.D. 454, 457 (N.D. Ill. 1974).

¹⁸ 54 F.R.D. 367 (N.D. Ill. 1972).

¹⁹ Siehe auch Judge Will, ebd.: „no document authored prior to the consultation of an attorney may be deemed to have been prepared in anticipation of litigation (...)“; so auch Judge Layton in *Spaulding v. Denton*, 68 F.R.D. 342 (D. Del. 1975).

²⁰ *Almaguer v. Chicago Rock Island & Pac. R.R.*, 55 F.R.D. 147, 149 (D. Neb. 1972); *American Optical Corp. v. Medtronic*, 56 F.R.D. 426, 430-31 (D. Mass. 1972); *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturing, Inc.*, 47 F.R.D. 334, 337 (S.D.N.Y. 1969).

²¹ Cohn, *The Work Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, Georgetown University Law Journal, 1984.

²² *Anderson, Cadieux, Hays E., Hingerty, Work Product Doctrine*, 68 Cornell L. Rev. 760 (1983) p. 847.

²³ *United States v. Leggett & Platt, Inc.*, 542 F.2d 655, 660 (6th Cir. 1976); *Duplan Corp. v. Moulinage (I)*, 487 F.2d 480, 483-84 (4th Cir. 1973).

²⁴ *U.a. Republic Gear Co. v. Borg-Warner Corp.*, 381 F.2d 551, 557 (2nd Cir. 1967); *Midland Inv. Co. v. Van Alstyne, Noel & Co.*, 59 F.R.D. 134, 138 (S.D.N.Y. 1973).

²⁵ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(A).

²⁶ Ebd.

²⁷ *State Comp. Ins. Fund v. Superior Court* (2001) Cal.App.4th 1080, 1091; *Hercules Inc. v. Exxon Corp.*, 434 F. Supp. 136, 156 (D. Del. 1977): „work product immunity may be invoked only by an attorney“.

sonen- oder kanzleibezogen ist. Dies kann relevant werden, wenn mehrere Anwälte einer Kanzlei in die Erstellung von Arbeitsprodukten involviert sind, diese im Prozess Arbeitsprodukte offenlegen wollen und einer der Anwälte zum Zeitpunkt des Rechtsstreits die Kanzlei bereits verlassen und ggf. nicht auf die Schutzwirkung verzichtet hat. Die Frage, ob der Schutz dem einzelnen Anwalt oder der Kanzlei zusteht, ist noch nicht eindeutig geklärt. Im Jahr 2017 entschied der *California Court of Appeal*, dass die Kanzlei und nicht der Einzelanwalt sich auf die Schutzwirkung der Doktrin berufen und somit auch auf diese verzichten kann.²⁸ Gerade aufgrund der steigenden Größe von Verfahren und Anwaltsteams, wird die Bedeutung dieser Frage vermutlich weiter zunehmen.

2. Ausnahmen

a) Crime/Fraud

In bestimmten Situationen werden jedoch auch Materialien im Sinne der oben genannten Definition (vgl. 1.a)) nicht geschützt. Dies ist dann der Fall, wenn die Materialien nicht bloße Beweismittel, sondern selbst streitige Tatsachen darstellen. Eine solche Situation ergibt sich beispielsweise, wenn der Anwalt möglicherweise wegen (Beteiligung an einem) Betrug oder wegen eines anderen Delikts bzw. Verbrechens angeklagt wird.²⁹ Ebenfalls ist die *Crime/Fraud Exception* einschlägig, wenn die entsprechenden Materialien zum Zwecke eines Betruges oder anderen Verbrechens angefertigt wurden. Diese sind dann nicht geschützt.

b) Attorney's Conduct

Auch greift der Schutz nicht, wenn anwaltliches Fehlverhalten im Raum steht oder sogar zentral für den Fall ist. Dann können die streitgegenständlichen Materialien im Rahmen der *Discovery* angefordert werden.³⁰

c) Parteiaussagen

Aussagen, die eine Partei gegenüber der Gegenseite getätigt hat, fallen anders als Zeugenaussagen nicht unter die Doktrin. Gemäß Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(C) kann eine Partei jederzeit eine Kopie ihrer eigenen Aussage von der Gegenseite anfordern, ohne *Substantial Need* darlegen zu müssen.

d) Expertenaussagen

Fed. R. Civ. P. 26(b)(4) enthält eine Sonderregelung für Informationen, die von einem von einer Partei beauftragten Experten erlangt wurden (gleich, ob die Informationen bereits an die Partei weitergegeben wurden oder nicht). Diese Informationen gelten als *Work Product*.³¹ Im Rahmen der *Discovery* ist zu differenzieren zwischen Sachverständigen (*Expert Witnesses*), die im Verfahren aussagen und *Non-Testifying Experts*, die „nur“ für die interne Vorbereitung einer Partei herangezogen werden. Der Schutzstandard für *Expert Witnesses* ist niedrig: Um einen Sachverständigen im Prozess effektiv verhören zu können, ist eine angemessene Vorbereitung mit ausreichend Informationen notwendig. Nach Fed. R. Civ. P. 26(b)(4)(A) sind also die Informationen und Meinungen eines Sachverständigen nicht geschützt. Anderes gilt für Experten, die nur im Rahmen der Vorbereitung des Prozesses tätig werden: Hier muss die gegnerische Partei, um den Schutz der Doktrin zu überwinden, „*exceptional circumstances*“ darlegen, die es der Partei erschweren, vergleichbare Informationen aus einer anderen Quelle zu erlangen.³²

3. Grenzen

Anders als das absolut wirkende Anwaltsprivileg ist die *Work-Product Doktrin* ein qualifizierter Schutz und kann begrenzt sein.³³ Einerseits kann der Schutz durch ein sog. *Proper Showing* der Gegenpartei überwunden werden (a),³⁴ andererseits ist wie beim Anwaltsprivileg

²⁸ Tucker Ellis LLP v. Superior Court (2017) 12 Cal.App.5th 1233.

²⁹ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 807 (D.C. Cir. 1982).

³⁰ SEC v. National Student Marketing Corp., 18 Fed. R. Serv. 2d (Callaghan) 1302, 1304 (D.D.C. 1974); *in re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 807 (D.C. Cir. 1982).

³¹ Fed. R. Civ. Prod. 26(b)(4), Notes of Advisory Committee, 1970 Amendment.

³² Fed. R. Civ. Prod. 26(b)(4)(D).

³³ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

³⁴ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

auch der Verzicht möglich (b). Dabei muss differenziert werden zwischen *Ordinary* und *Opinion Work Product*: Die Veröffentlichung eines *Ordinary Work Product* kann mittels des *Showings* erzwungen werden, während dem *Opinion Work Product* ein deutlich höheres Schutzniveau zugestanden wird.³⁵ Teils wird vertreten, dass der Schutz absolut ist (vgl. Wortlaut von Fed. R. Civ. P. 26(b)(3): „it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party’s attorney or other representative concerning the litigation“),³⁶ teils wurden nur höhere Anforderungen an die Voraussetzungen der Regel gestellt.³⁷

a) Showing Requirement

Die Voraussetzungen für eine Freigabe ergeben sich aus Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(A)(ii): Die Partei, die die Freigabe erreichen will, muss nachweisen, dass sie die Informationen für eine ordnungsgemäße Vorbereitung des Falles benötigt (*Substantial Need*) und dass sie ohne unangemessene Schwierigkeiten (*Undue Hardship*) auch kein funktionelles Äquivalent der gesuchten Information erhalten kann (*Lack of a Substantial Equivalent*).

aa) Substantial Need

Die Definition von *Substantial Need* stammt aus der *Hickman*-Entscheidung des Supreme Court, der entschied, dass der Schutz der Doktrin nicht bereits dadurch überwunden werden kann, dass die gewünschte Information relevant für den Gegenstand des Prozesses ist.³⁸ Stattdessen wurde vorausgesetzt, dass die gewünschte Information für eine ordnungsgemäße Klagevorbereitung unerlässlich ist.³⁹ Andere Gerichte haben diese Voraussetzung dahingehend konkretisiert, dass es nicht ausreicht, dass eine Freigabe den Streit beschleunigen oder die benötigte Menge an Beweismaterial reduziert würde.⁴⁰

bb) Undue Hardship

Unzumutbare Schwierigkeiten sind gegeben, wenn eine Partei versucht hat, die in den angeforderten Dokumenten enthaltenen Informationen anderweitig zu erhalten, aber nicht in der Lage ist, dies ohne große Anstrengungen zu tun; sie darf nicht wissen, wo sie sonst noch vergleichbare Informationen erhalten kann; oder sie muss nachweisen, dass die Informationen an anderer Stelle völlig fehlen bzw. unmöglich herauszufinden sind.⁴¹ Dies ist beispielsweise gegeben, wenn ein Zeuge verstorben oder anderweitig nicht aufzufinden ist.⁴² Dass der Partei lediglich zusätzliche Kosten entstehen, ist jedoch nicht ausreichend.⁴³

cc) Lack of a Substantial Equivalent

Existiert ein funktionelles Äquivalent für die gesuchte Information aus einer anderen Quelle, beispielsweise wenn statt einem Augenzeugenbericht ein polizeilicher Bericht bzgl. desselben Ereignisses vorliegt, so kann der Schutz der Doktrin nicht überwunden werden.⁴⁴ Eine Partei hat kein Recht, ein bestimmtes Dokument zu erhalten, bloß weil sie nicht dieselben Informationen von derselben Person erhalten kann.⁴⁵

b) Verzicht (*Waiver*)

Wie auf das Anwaltsprivileg kann auch auf den Schutz der *Work-Product* Doktrin verzichtet werden. Allerdings besteht ein struktureller Unterschied zum Anwaltsprivileg: Während die Doktrin nur vor der Offenlegung gegenüber der gegnerischen Partei schützt, gewährt das Anwaltsprivileg völlige Vertraulichkeit. Daraus folgt, dass die Grundsätze des Verzichts auf das Anwaltsprivileg keine direkte Anwendung auf die Doktrin finden. So kann in der Offenlegung gegenüber unbeteiligten Dritten kein Verzicht auf den Schutz der Doktrin gesehen

³⁵ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 401-02 (1980).

³⁶ *In re Grand Jury Proceedings (Duffy)*, 473 F.2d 840, 848 (8th Cir. 1973); *In re Grand Jury Investigation (Sturgis)*, 412 F. Supp. 943, 949 (E.D. Pa. 1976).

³⁷ *Xerox v. IBM*, 64 F.R.D. 367, 378 (S.D.N.Y. 1974); *Duplan Corp. v. Deering Milliken Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1200 (D.S.C. 1975); *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 385 (1981).

³⁸ 329 U.S. 495, 509-10 (1947).

³⁹ 329 U.S. 495, 511 (1947).

⁴⁰ *Brennan v. Engineered Prods.*, 506 F.2d 299, 303 (8th Cir. 1974).

⁴¹ *Cornell L. Rev.* Vol. 760, 1983, p. 801.

⁴² *Xerox v. IBM*, 64 F.R.D. 367, 382 (S.D.N.Y. 1974).

⁴³ *Arney v. George A. Hormel & Co.*, 53 F.R.D. 179, 181 (D. Minn., 1971).

⁴⁴ Vgl. *Rackers v. Siegfried*, 54 F.R.D. 24, 26 (W.D. Mo. 1971).

⁴⁵ *Ebd.*

werden.⁴⁶ Auch geht mit dem Verzicht auf das Anwaltsprivileg nicht der Verzicht auf den Schutz der Doktrin einher.⁴⁷

Inhaber des Schutzes ist wie oben beschrieben der Anwalt selbst. Ein Verzicht kann also nur durch den Anwalt erfolgen; der Mandant hat grundsätzlich nicht das Recht zum Verzicht.⁴⁸

Ein Verzicht kann konkludent durch ein bestimmtes Verhalten erklärt werden. Es gilt der Grundsatz, dass sich eine Partei dann nicht vor Gericht auf den Schutz der Doktrin berufen kann, wenn sie sich in einer Weise verhält, die dem Sinn und Zweck der Doktrin widerspricht.⁴⁹ Zum Beispiel ist dies der Fall, wenn die betreffenden Materialien der Gegenseite vorgelegt werden. Zudem liegt ein Verzicht vor, wenn eine Partei das geschützte Material nutzt, um einen Prozessvorteil zu erlangen. So wurde in *United States v. Nobles* entschieden, dass zwar die auf Anraten eines Anwalts hin erfolgte Recherche und deren Resultate einer Partei dem Schutz unterliegen, der die Partei vertretende Anwalt auf den Schutz allerdings insoweit verzichtet hatte, wie sich eine Zeugenaussage auf die Rechercheergebnisse bezog⁵⁰ oder ein Zeuge mit der Unterlage vorbereitet wurde.⁵¹ Auch wenn die *Work-Product* Doktrin in böswilliger Absicht (*Bad Faith*) geltend gemacht wird, kann das Gericht einen „erzwungenen“ Verzicht anordnen.⁵²

Einigen Gerichten zufolge kann allerdings auch der Mandant selbst den Verzicht erklären. So wurde beispielsweise geurteilt, dass Dokumente, die bereits vor dem konkreten Streit freiwillig durch den Mandanten veröffentlicht wurden, nicht mehr durch die Doktrin geschützt sind.⁵³ Dies soll sowohl für das *Ordinary* als auch für das *Opinion Work Product* gelten.⁵⁴ Generell verzichtet ein Mandant auf alle Privilegien und Schutzmechanismen, die mit einem Dokument zusammenhängen, wenn er das Dokument an eine staatliche Stelle weitergibt.⁵⁵

III. Schutz von Anwaltskommunikation im englischen Recht

Im englischen Recht kann Anwaltskommunikation im Wesentlichen über das *Legal Advice Privilege* und das *Litigation Privilege* vor behördlichen Herausgabeverlangen sowie der zivilprozessualen Offenlegungspflicht (*Disclosure*) geschützt werden.⁵⁶

1. Legal Advice Privilege

Das *Legal Advice Privilege* ähnelt dem in Teil I dieses Beitrags behandelten *Attorney-Client Privilege* unter US-Recht. Es soll sicherstellen, dass ein Mandant seinem Anwalt alle für die Beurteilung einer rechtlichen Frage relevanten Fakten mitteilen kann, ohne befürchten zu müssen, dass diese Kommunikation hinterher in einem Verfahren offengelegt und zu seinem Nachteil verwendet wird.⁵⁷ Es handelt sich um ein fundamentales Menschenrecht, das ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht durch entgegenstehende öffentliche Interessen verdrängt werden kann.⁵⁸

⁴⁶ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 809 (D.C. Cir. 1982).

⁴⁷ *In re Sealed Case* 676 F.2d 793, 808-09 (D.C. Cir. 1982); *Hercules, Inc. v. Exxon Corp.*, 434 F. Supp 136, 156 (D. Del. 1977).

⁴⁸ *Hercules, Inc. v. Exxon Corp.*, 434 F. Supp 136, 156 (D. Del. 1977); *Donovan v. Fitzsimmons*, 90 F.R.D. 583, 587 (N. D. Ill. 1981).

⁴⁹ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 818, 219 U.S.App.D.C. 195, 220 (C.A.D.C., 1982).

⁵⁰ *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, 239 (1975).

⁵¹ Fed. R. Evid. 612.

⁵² *United States v. Reserve Mining Co.*, 412 F. Supp. 705, 710 (D. Minn. 1976).

⁵³ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 822-23 (D.C. Cir. 1982).

⁵⁴ Ebd., 824.

⁵⁵ Ebd.; *In re Special September 1978 Grand Jury*, 640 F.2d 49 (7th Cir. 1980).

⁵⁶ In diesem Beitrag nicht näher behandelt werden das *Joint Privilege*, *Common Interest Privilege* und *Without Prejudice Privilege*. Das *Joint Privilege* entsteht, wenn zwei oder mehr Parteien gemeinsam denselben Anwalt mandatieren oder auch ohne gemeinsam mandatierten Anwalt ein gemeinsames Interesse am Inhalt einer geschützten Kommunikation haben. Das *Common Interest Privilege* greift, wenn eine Partei einer anderen Partei ein geschütztes Dokument zeigt und man ein gemeinsames Interesse am Inhalt des Dokuments hat oder ein gemeinsames Interesse in einem Rechtsstreit hat, in dessen Kontext das Dokument erstellt wurde. Das *Without Prejudice Privilege* schützt Kommunikation zwischen Parteien eines Rechtsstreits vor der Vorlage vor Gericht, wenn die Kommunikation auf einen Vergleich zielt.

⁵⁷ Lord Hoffmann in *R v Special Commissioners of Income Tax Exp. Morgan Grenfell & Co Ltd* [2002] UKHL 21 Rn. 7, bestätigt durch Lord Scott in *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48.

⁵⁸ *B and Others v Auckland District Law Society and Another* [2003] UKPC 38, bestätigt durch Lord Scott in *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48 Rn. 25.

Das *Legal Advice Privilege* findet auf (1) Kommunikation (2) zwischen Anwalt und Mandant Anwendung, die (3) vertraulich ist und (4) dem Zweck dient, Rechtsrat zu erteilen oder zu erhalten.⁵⁹

a) Kommunikation

Das *Legal Advice Privilege* schützt den direkten schriftlichen oder mündlichen Austausch zwischen Anwalt und Mandant. Erfasst sind darüber hinaus die *Lawyers' Privileged Working Papers*, also die anwaltlichen Arbeitsunterlagen, die zwar nicht Gegenstand der Mandantenkorrespondenz sind, aber die Beratung vorbereiten (z.B. Anwaltsnotizen zum Sachverhalt oder zu Rechercheergebnissen).⁶⁰ Auch vorbereitende Entwürfe, die nicht vom Anwalt an den Mandanten übermittelt wurden, werden vom *Legal Advice Privilege* geschützt.

b) Persönlicher Schutzbereich

aa) Anwalt

Das *Legal Advice Privilege* findet – anders als das *Litigation Privilege* – nur auf Kommunikationen zwischen Anwalt und Mandant Anwendung. Das bedeutet, dass es nicht auf Kommunikation mit Dritten anwendbar ist, die nicht als Rechtsanwälte zugelassen sind (z.B. andere professionelle Berater oder Sachverständige wie Buchhalter oder Wirtschaftsprüfer).⁶¹ Das gilt auch dann, wenn die Kommunikation mit diesen Beratern Rechtsrat umfasst⁶² und die mandatierende Partei davon ausging, dass die den Rechtsrat erteilende Person zugelassener Anwalt ist.⁶³

Anwalt sind zunächst alle *Solicitors, Barristers* und Unternehmensjuristen mit *Practising Certificates* in England. Kommunikation an und von Unternehmensjuristen ist geschützt, solange sie rechtlichen Rat und nicht Beratung zu Management-, Administrations- oder kommerziellen Themen zum Inhalt hat. Etwas anderes gilt nach EU-Recht, für das der Europäische Gerichtshof entschieden hat, dass Kommunikation mit Unternehmensjuristen aufgrund der mit ihrer Rolle als Angestellte einhergehenden Abhängigkeit von ihrem Arbeitgeber nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützt wird.⁶⁴

Ebenfalls als Anwälte einzuordnen sind ordentlich zugelassene ausländische Anwälte⁶⁵ sowie zugelassene ausländische Unternehmensjuristen. Ob dies auch nach EU-Recht für nicht in der EU zugelassene Anwälte gilt, ist noch nicht entschieden worden.⁶⁶

bb) Dritte auf Seiten des Anwalts

Handeln andere Personen für den Anwalt, wie z.B. dessen nicht-anwaltliche Mitarbeiter (etwa Sekretärinnen oder *Trainees*), kann die Kommunikation unter das *Legal Advice Privilege* fallen, wenn die Personen adäquat von dem Anwalt überwacht werden.

cc) Mandant

Ist der Mandant keine natürliche Person, sondern ein Unternehmen, so handeln dessen Mitarbeiter für das Unternehmen und es stellt sich die Frage, welche Mitarbeiter als Mandant einzuordnen sind. Ausweislich der aktuellen Rechtsprechung soll das *Legal Advice Privilege* nur für Kommunikation mit Mitarbeitern gelten, die dazu ermächtigt sind, für das Unternehmen mit Rechtsanwälten zu kommunizieren. Kommunikationen von sonstigen Mitarbeitern mit Anwälten sind nach dieser sogenannten *Three Rivers 5*-Rechtsprechung folglich nicht geschützt.⁶⁷ Daraus folgt, dass interne Dokumente anderer Mitarbeiter, die der Vorbereitung des Erhalts von Rechtsrat dienen sollen, jedoch nicht von dem Kreis autorisierter Mitarbeiter stammen, nicht geschützt sind. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Kom-

⁵⁹ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48.

⁶⁰ Vgl. die Darstellung von Lord Neuberger, Präsident des englischen Supreme Court, Vortrag v. 9.3.2016, Rn. 5 ff., abrufbar unter www.supremecourt.uk/docs/speech-160309.pdf.

⁶¹ *R (on the application of Prudential plc and another) v Special Commissioner of Income Tax and another* [2013] UKSC 1.

⁶² *R (on the application of Prudential plc and another) v Special Commissioner of Income Tax and another* [2013] UKSC 1.

⁶³ *Walter Lilly and Company Limited v Mackay and another* [2012] EWHC 649 (TCC).

⁶⁴ *Akzo Nobel Chemicals Limited and Another v European Commission* [2010] C-550/07 P.

⁶⁵ *Minnesota Mining and Manufacturing v Rennicks (UK) Ltd (No. 1)* [1991] F.S.R. 97, 98.

⁶⁶ *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities* [1982] 155/79.

⁶⁷ *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No. 5)* [2003] EWCA Civ 474.

munikation über den Vertreter einer als Mandant einzuordnenden Person erfolgt, der nur als *Medium of Communication* agiert, also die Kommunikation weder selbst erstellt noch verändert⁶⁸ (z.B. die Sekretärin eines autorisierten Mitarbeiters, die eine E-Mail von diesem Mitarbeiter weiterleitet).

Kürzlich hat die *Queen's Bench Division* des *High Court of Justice of England and Wales*⁶⁹ (im Folgenden *High Court*) Kritik an der engen Auslegung des Mandantenbegriffs durch die *Three Rivers 5*-Rechtsprechung in Form einer unverbindlichen Beobachtung geübt. Denn danach sind Kommunikationen zwischen Mitarbeitern und der Rechtsabteilung eines Unternehmens dann nicht vom *Legal Advice Privilege* erfasst, wenn die Mitarbeiter nicht vom Unternehmen beauftragt waren, rechtlichen Rat für das Unternehmen einzuholen.⁷⁰ In der Folge sind etwa Interviewnotizen zu Interviews im Rahmen interner Untersuchungen, die die interne Rechtsabteilung mit Mitarbeitern durchgeführt hat, nicht geschützt, sofern die Mitarbeiter nicht vom Unternehmen zur Einholung rechtlichen Rats autorisiert sind. Die *Queen's Bench Division* hat hierzu angemerkt, dass sie hiervon abweichen würde, weil dies letztlich zu einer ungleichen Behandlung kleinerer Unternehmen und multinationaler großer Konzerne führt.⁷¹ In kleineren Unternehmen werden relevante Informationen häufig der Geschäftsführung vorliegen, die in der Regel immer berechtigt sein wird, rechtlichen Rat für das Unternehmen einzuholen. Kommunikation der Geschäftsführung mit internen Rechtsberatern wird daher regelmäßig unter das *Legal Advice Privilege* fallen. Das gilt nicht für große multinationale Konzerne, da die relevanten Informationen hier bei verschiedenen Mitarbeitern in der Hierarchiekette liegen können, die nicht alle zur Einholung von Rechtsrat für das Unternehmen autorisiert sind. Deren Gespräche mit internen Rechtsberatern unterfallen folglich nicht dem *Legal Advice Privilege*. Die *Queen's Bench Division* hat kritisiert, dass es große Unternehmen in letzter Konsequenz von der Einleitung interner Ermittlungen abhalten kann, wenn die nachfolgende unternehmensinterne Kommunikation nicht vom *Legal Advice Privilege* geschützt wird.

c) Vertraulichkeit der Kommunikation

Das *Legal Advice Privilege* setzt voraus, dass es sich um eine vertrauliche Kommunikation handelt. Es geht daher verloren, wenn die Kommunikation öffentlich wird. Folglich besteht z.B. dann kein *Legal Advice Privilege*, wenn gegnerische Parteien miteinander kommunizieren oder Notizen zu gemeinsamen Treffen erstellen (mit Ausnahme von „*without prejudice*“ Kommunikationen, bei denen Parteien Informationen im Rahmen von Vergleichsverhandlungen austauschen).⁷²

d) Rechtsrat als Zweck der Kommunikation

Erfasst ist nicht nur Kommunikation, in der dem Mandanten der Inhalt von Gesetzen erläutert wird, sondern auch auf dem sogenannten relevanten rechtlichen Kontext (*Relevant Legal Context*) basierende Handlungsempfehlungen.⁷³ Was relevanter rechtlicher Kontext ist, ist nicht immer einfach zu bestimmen. Es wurden bereits verschiedene Ansätze hierzu vorgeschlagen: Man kann z.B. prüfen, ob der Rat sich auf privat- oder öffentlich-rechtliche Rechte, Verbindlichkeiten, Verpflichtungen oder Rechtsmittel des Mandanten bezieht und ob der Anlass und Zweck der Kommunikation es objektiv vernünftig erscheinen lassen mit der Anwendbarkeit des *Legal Advice Privilege* zu rechnen.⁷⁴ Alternativ wird gefragt, ob der Mandant den Rechtsanwalt gebeten hat, seine „rechtliche Brille“ bei Erteilung des Rats auf-

⁶⁸ *Re Highgrade Traders Limited, Re* [1984] B.C.L.C. 151.

⁶⁹ In der ersten Instanz ist der High Court für die Entscheidung von Fällen mit besonderer Bedeutung oder besonders hohem Streitwert zuständig. Darüber hinaus erfüllt er eine Aufsichtsfunktion gegenüber den im Rang niedrigeren *Courts* und vielen *Tribunals* (Schiedsgerichten). Der High Court ist in drei Abteilungen unterteilt, die *Queen's Bench Division* (Kammer für Zivilsachen), die *Chancery Division* (Kammer für Wirtschaftssachen) und die *Family Division* (Kammer für Familienrecht).

⁷⁰ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 5)* [2003] EWCA Civ 474.

⁷¹ *Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corp Ltd* [2018] EWCA Civ 2006.

⁷² *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16. Vgl. zum Without Prejudice Privilege Fußnote 55.

⁷³ *Balabel v Air India* [1988] Ch. 317.

⁷⁴ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Scott Rn. 38.

zusetzen⁷⁵ oder ob der Anwalt bei der Kommunikation in Ausübung von Berufspflichten als rechtlicher Berater seines Mandanten handelt.⁷⁶

2. Litigation Privilege

Das *Litigation Privilege* schützt sämtliche Kommunikationen zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten oder einem Anwalt oder seinem Mandanten und einer dritten Partei, sofern ein Rechtsstreit bereits geführt oder in Betracht gezogen wird. Es weist Ähnlichkeiten zu der im ersten Abschnitt dieses Beitrags dargestellten *Work Product*-Doktrin nach US-Recht auf. Dem *Litigation Privilege* liegt die Idee zugrunde, dass jede Partei eines Rechtsstreits ihren Vortrag vorbereiten können soll,⁷⁷ ohne befürchten zu müssen, dass die Gegenpartei die im Rahmen der Vorbereitung erstellten Unterlagen herausverlangen kann und so Informationen über die Prozessstrategie erlangt.

Litigation Privilege findet auf (1) Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant oder Anwalt oder Mandant mit einer dritten Partei Anwendung, die (2) dem überwiegenden Zweck dient Rechtsrat zu erhalten oder zu erteilen oder Beweise oder Informationen in Bezug auf einen Rechtsstreit zu sammeln und sofern (3) vernünftigerweise mit einem Rechtsstreit zu rechnen ist.⁷⁸

a) Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant oder mit dritter Partei

Das *Litigation Privilege* ist insofern weiter, als das *Legal Advice Privilege* als dass es nicht nur Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt, sondern auch Kommunikation mit Dritten erfasst. Es gibt Richter, die die Anwendung des *Litigation Privilege* auf Kommunikation mit dritten Parteien für fraglich halten.⁷⁹ Diese Zweifel wurden jedoch bisher nur als unverbindliches *Obiter Dictum* geäußert und haben die Anwendung des *Litigation Privilege* daher noch nicht beeinflusst.

b) Überwiegender Zweck

Jedes Dokument, für das das *Litigation Privilege* Anwendung finden soll, muss mit dem überwiegenden Zweck erstellt worden sein, es für eine Rechtsstreitigkeit zu nutzen. Dient ein Dokument mehreren Zwecken und ist die Nutzung für einen Rechtsstreit ein Nebenzweck oder ein Zweck unter mehreren gleich wichtigen Zwecken, ist das *Litigation Privilege* nicht anwendbar.⁸⁰ Bei der Beurteilung dieser Frage stellen die Gerichte auf den tatsächlichen Inhalt und Zweck eines Dokuments ab, weshalb eine bloße Überschrift oder ein Disclaimer, wonach das Dokument in einem Rechtsstreit genutzt werden soll, nicht ausreichend ist.⁸¹ So wurde das *Litigation Privilege* beispielsweise für einen internen Untersuchungsbericht verneint, der neben der Vorbereitung auf einen Rechtsstreit gleichzeitig dazu diente, durch den untersuchten Sachverhalt entstandene Verluste zu beziffern.⁸²

c) Vernünftigerweise zu erwartender Rechtsstreit

Ein Rechtsstreit wird grundsätzlich⁸³ weit ausgelegt als jedes gerichtliche oder quasi-gerichtliche Verfahren (z.B. Verfahren vor Schiedsgerichten oder sonstigen Gerichten und Stellen, die richterliche Funktionen ausüben, Disziplinarverfahren und ausländische Verfahren). Auch behördliche Untersuchungen und Ermittlungen können erfasst werden, wobei zwischen kontradiktorischen (*Adversarial*) und nicht-kontradiktorischen (*Non-Adversarial*) Untersuchungen unterschieden wird und nur Erstere als Rechtsstreit einzuordnen sind.⁸⁴

⁷⁵ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Roger Rn. 60. „Either expressly or impliedly the [client] was asking [the lawyers] to put on legal spectacles when reading, considering and commenting on the drafts. (...)”

⁷⁶ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Carswell Rn. 111.

⁷⁷ *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB) Rn 53.

⁷⁸ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Carswell Rn. 102.

⁷⁹ *Secretary of State for Trade and Industry v Baker (No. 2)* [1998] Ch 356, vgl. 362 – 71.

⁸⁰ *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521.

⁸¹ *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521.

⁸² *Price Waterhouse v BCCI Holdings (Luxembourg) S.A.* [1992] BCLC 583.

⁸³ *Parry Jones v Law Society* [1969] 1 Ch 1, 9, Ch.

⁸⁴ *Re L (A Minor) (Police Investigation: Privilege)* [1997] AC 16.

Ein Rechtsstreit kann bereits vernünftigerweise zu erwarten sein, bevor er durch Ausfertigung einer *Claim Form* durch das Gericht eingeleitet wurde und bevor die Entscheidung über die Einholung rechtlichen Rats gefallen ist.⁸⁵ Dabei ist es mitunter schwierig, diesen Zeitpunkt genau zu bestimmen. So soll eine bloße Möglichkeit (*Mere Possibility*) eines Rechtsstreits genauso wenig ausreichen wie die Möglichkeit, dass jemand früher oder später einen Anspruch geltend machen könnte.⁸⁶ Andererseits muss die Person, die sich auf das *Litigation Privilege* beruft, nicht beweisen, dass ein Rechtsstreit wahrscheinlich (*Likely*) ist.⁸⁷

In diesem Kontext stellt sich insbesondere die Frage, ob Ermittlungsergebnisse aus internen Untersuchungen, die im Hinblick auf behördliche Ermittlungen von Rechtsanwälten für ein Unternehmen geführt werden, vom *Litigation Privilege* erfasst werden.

Die *Chancery Division* des *High Court* hatte zunächst mit ausschließlichem Blick auf das *Legal Advice Privilege* in der *Royal Bank of Scotland*-Entscheidung im Dezember 2016 entschieden, dass Interviewprotokolle, die die *Royal Bank of Scotland Group plc* aufgrund von Ermittlungen der *Securities and Exchange Commission* in einer eigenen unternehmensinternen Untersuchung anfertigen ließ, im Zivilprozess nicht vom *Legal Advice Privilege* vor Herausgabeansprüchen der Kläger geschützt werden.⁸⁸ Im darauffolgenden Jahr bestätigte die *Queen's Bench Division* des *High Court* dieses Urteil und wandte diese Rechtsprechung auch auf Herausgabeverlangen des *Serious Fraud Office (SFO)* gegenüber der *Eurasian Natural Resources Corporation Ltd (ENRC)* an.⁸⁹ Darüber hinaus lehnte die *Queen's Bench Division* in dieser Entscheidung auch die Anwendung des *Litigation Privilege* mit der Begründung ab, dass es lediglich Kommunikation erfasse, die einen direkten Bezug zu einem anhängigen oder vernünftigerweise zu erwartenden Rechtsstreit aufweist, der kontradiktorischer und nicht bloß investigativer Natur sein muss.⁹⁰ Dies sei in Bezug auf die *SFO*-Ermittlungen nicht der Fall gewesen, da die Interviewprotokolle nicht einen Rechtsstreit vorbereiten, sondern vermeiden sollten und *ENRC* nicht von einer strafrechtlichen Verfolgung ausging als die Dokumente erstellt wurden. Zudem bezwecke das *Litigation Privilege*, dass man der gegnerischen Seite die eigene Verteidigungsstrategie nicht offenlegen muss. Protokollierte Interviews enthalten jedoch keine Informationen zur Verteidigungsstrategie, sondern bereiten diese erst vor, sodass dieser Zweck hier nicht greife.⁹¹ Auf dieser Grundlage entschied die *Queen's Bench Division*, dass Interviewprotokolle aus der internen Untersuchung der *ENRC* an das *SFO* herauszugeben sind. Diese Entscheidung wurde im September 2018 vom *Court of Appeal* aufgehoben, der entschied, dass das *Litigation Privilege* Anwendung findet, wenn das *SFO* eine strafrechtliche Verfolgung konkret in Aussicht stellt und das Unternehmen Anwälte mandatiert, um mit dieser Situation umzugehen.⁹² Dass eine Partei zunächst noch Sachverhaltsermittlung betreiben muss, um die Wahrscheinlichkeit eines Verfahrens einzuschätzen, spreche danach nicht gegen die Anwendung des *Litigation Privilege*. Es finde nicht erst Anwendung, wenn der Betroffene alle zu Tage tretenden Details kennt und eine Entscheidung über die strafrechtliche Verfolgung getroffen wurde. Dass noch keine formale strafrechtliche Verfolgung begonnen hat, sei als ein faktisches Element in der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, jedoch nicht notwendigerweise entscheidend.⁹³ Schließlich könne das *Litigation Privilege* selbst dann eingreifen, wenn ein Dokument im Rahmen einer internen Untersuchung mit der Absicht erstellt wird, es der anderen Seite zu zeigen.

In der Praxis kann es sich anbieten, beispielsweise in Gesprächsnotizen zu dokumentieren, dass mit einem Rechtsstreit vernünftigerweise zu rechnen ist. Derartige Dokumente können dann später dazu dienen nachzuweisen, dass man bereits mit einem Rechtsstreit gerechnet hat.

⁸⁵ *Re Highgrade Traders Limited* [1984] BCLC 151; *Westminster International BV v Dornoch BV* [2009] EWCA Civ 1323.

⁸⁶ *United States v Philip Morris Inc* [2004] EWCA Civ 330.

⁸⁷ *United States vs Philip Morris Inc* [2004] EWCA Civ 330.

⁸⁸ *Re RBS (Rights Issue Litigation)* [2016] EWHC 3161 (Ch).

⁸⁹ *Serious Fraud Office (SFO) v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB). Vgl. zu beiden Entscheidungen *Potocic/Frank*, CCZ 2017, 199.

⁹⁰ *Serious Fraud Office (SFO) v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB) Rn. 51 und 54.

⁹¹ *Serious Fraud Office (SFO) v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB) Rn. 61.

⁹² *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2018] EWCA Civ 2006.

⁹³ *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2018] EWCA Civ 2006.

3. Verzicht auf das *Privilege*

a) Freiwilliger Verzicht auf das *Privilege* (*Waiver*)

Auf das *Privilege* wird verzichtet, wenn eine Partei freiwillig geschützte Kommunikation vorlegt oder sich in einem Verfahren darauf stützt. Der Verzicht auf das *Privilege* erfordert, dass der Inhalt des Rechtsrats erwähnt wird (sogenannter ausdrücklicher Verzicht).⁹⁴ Da es sich beim *Privilege* um ein Recht des Mandanten handelt, kann nur dieser und nicht etwa sein Anwalt auf das *Privilege* verzichten. In der Praxis wird bisweilen im Rahmen von behördlichen Ermittlungen auf das *Privilege* für geschützte Kommunikation verzichtet und diese vorgelegt, um gegenüber der ermittelnden Behörde Kooperationsbereitschaft zu demonstrieren. Weitere Beispiele für einen Verzicht sind das Vorlesen eines geschützten Dokuments im Prozess,⁹⁵ die Aufnahme geschützter Kommunikationen in eine eidesstattliche Versicherung oder eine Zeugenaussage⁹⁶ oder in die Arbeitsanweisung an einen Sachverständigen.⁹⁷

Dass Rechtsrat für eine vorgetragene Tatsache relevant ist, führt typischerweise nicht zu einem Verzicht,⁹⁸ es sei denn, es handelt sich um ein Verfahren zwischen Anwalt und Mandant. Denn in diesem Fall kann das Gericht zu dem Schluss kommen, dass der Mandant auf das *Privilege* implizit verzichtet hat, da eine vollständige und faire Beurteilung des Verfahrens ohne Verzicht auf das *Privilege* gar nicht möglich ist.⁹⁹

Um zu beurteilen, ob auf das *Privilege* verzichtet wurde, werden Gerichte das Verhalten der Parteien objektiv bewerten. Die bloße Äußerung, dass nicht verzichtet wird, obwohl auf geschützte Kommunikation Bezug genommen wurde, dürfte daher nicht ausreichen, um das *Privilege* zu bewahren.¹⁰⁰ *Cherry-picking* in dem Sinne, dass nur nützliche Teile einer geschützten Kommunikation vorgetragen werden kann, ohne dass hierin ein Verzicht auf das *Privilege* in Bezug auf die gesamte Kommunikation gesehen wird, wird von Gerichten nicht zugelassen.¹⁰¹

b) Unfreiwilliger Verzicht auf das *Privilege*

Gerichte können das *Privilege* versagen, wenn eine Partei offensichtlich getäuscht hat und sich hinter dem *Privilege* gleichsam versteckt.¹⁰²

Es kann auch zu einem versehentlichen Verzicht auf das *Privilege* kommen. Die Partei, die sich auf das *Privilege* berufen kann, kann in diesem Fall eine einstweilige Verfügung (*Injunction*) beantragen und so verhindern, dass die Kommunikation als Beweismittel genutzt wird. Dies setzt voraus, dass der Inhaber des *Privilege* die Kommunikation versehentlich an den Empfänger übermittelt hat, dass der empfangende Anwalt erkannt hat oder es offensichtlich ist, dass ein Fehler passiert ist und dass es nicht unbillig wäre, dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattzugeben.¹⁰³

4. Internationale Anwendbarkeit des *Privilege*

Ist zu entscheiden, ob Dokumente vom *Privilege* erfasst sind, so wenden englische Gerichte englisches Recht an. Die *Chancery Division* des High Court hat dies beispielsweise in der umstrittenen *Royal Bank of Scotland*-Entscheidung aus dem Jahr 2016 für das *Legal Advice Privilege* entschieden.¹⁰⁴ Die *Royal Bank of Scotland Group plc* hatte vorgetragen, dass das *Privilege* als fundamentales Menschenrecht nach dem Recht des Ortes beurteilen sei, zu dem die potentiell geschützten Dokumente (hier: Interviewprotokolle aus einer internen Untersuchung) die engste Verbindung haben. Vorliegend bezogen sich die Interviewprotokolle auf eine Untersuchung aufgrund einer *Subpoena* der US-amerikanischen *Securities and Exchange Commission* und wurden von US-Kanzleien erstellt, was zur Anwendung von

⁹⁴ *Digicel Ltd. v Cable & Wireless plc* [2009] EWHC 1437 (Ch).

⁹⁵ *Great Atlantic Insurance Co. v Home Insurance Co.* [1981] 1 W.L.R. 529 (CA).

⁹⁶ *ACD (Landscape Architects) Ltd v Overall* [2011] EWHC 3362 (TCC).

⁹⁷ *Lucas v Barking, Havering and Redbridge Hospitals NHS Trust* [2003] EWCA Civ 1102.

⁹⁸ *Digicel Ltd. v Cable & Wireless plc* [2009] EWHC 1437 (Ch).

⁹⁹ *Farm Assist Ltd (In Liquidation) v Secretary of State for the Environment Food and Rural Affairs* [2008] EWHC 3079 (TCC).

¹⁰⁰ *Commodities Research Unit International (Holdings) Ltd v King and Wood Mallesons LLP* [2016] EWHC 63 (QB).

¹⁰¹ *Commodities Research Unit International (Holdings) Ltd v King and Wood Mallesons LLP* [2016] EWHC 63 (QB); *ACD (Landscape Architects) Ltd v Overall* [2011] EWHC 3362 (TCC).

¹⁰² *Walsh Automation (Europe Ltd) v Bridgeman* [2002] EWHC 1344 (QB).

¹⁰³ *Derby & Co Ltd v Weldon (No. 8)* [1991] 1 W.L.R. 73.

¹⁰⁴ *Re RBS (Rights Issue Litigation)* [2016] EWHC 3161 (Ch) Rn. 170ff.

US-Recht geführt hätte. Die *Chancery Division* hat jedoch unter Berufung auf eine seit Mitte des 19. Jahrhunderts bestehende Entscheidungspraxis entschieden, das Anwaltsgeheimnis nach der *lex fori* zu bestimmen. Dabei stuft sie den Anwendungsbereich des Anwaltsgeheimnisses als Frage des *ordre public* ein, für die die *lex fori* und folglich englisches Recht heranzuziehen ist.

Österreich

RA Mag. Katrin Ehrbar, RAA Mag. Sandra Alton, beide Wien

Länderbericht Österreich

I. Aus der aktuellen Rechtsprechung

1. Aktenkundige Privatgutachten

2019/55

§ 222 Abs 3 öStPO (§§ 126f, 258 Abs 1, §281 Abs 1 Z 5 Fall 2 und 4 StPO)

OGH 27.6.2018, 13 Os 64/18p; EvBl 2018/142

Ein in der Hauptverhandlung nicht verlesenes (aktenkundiges) Privatgutachten bedarf keiner Erörterung. Privatgutachter sind im Übrigen keine Sachverständigen im Sinne der StPO, weshalb ihre Schlussfolgerungen und Meinungen prozessual unbeachtlich sind.

(AnwBl 03/2019)

2. Jedes in der Hauptverhandlung vorgekommene Sachverständigengutachten ist zu erörtern

2019/61

§ 127 Abs 3 StPO)

OGH 3.7.2018, 14 Os 55/18x; EvBl-LS 2018/169

Die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen befreit das erkennende Gericht nicht von der Verpflichtung, sich im Urteil mit früheren Sachverständigengutachten auseinanderzusetzen.

(AnwBl 03/2019)

3. Recht auf Wechsel des Sachverständigen nur bei aufgezeigten Mängeln von Befund oder Gutachten

2019/31

§ 127 Abs 3 StPO (§ 281 Abs 1 Z 4 und 5 StPO)

OGH 9.5.2018, 13 Os 38/18i; EvBl-LS 2018/146

Was erstattete Befunde und Gutachten von Sachverständigen anlangt, stellt §127 Abs 3 Satz 1 StPO an den Kriterien für mängelfreie Tatsachenfeststellungen in Urteilen (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO) angelehnte Regeln auf. Ein durch § 281 Abs 1 Z 4 StPO garantiertes Überprüfungsrecht hat der Beschwerdeführer nur dann, wenn er in der Lage ist, einen dort angeführten Mangel von Befund oder Gutachten aufzuzeigen, und das dort beschriebene Verbesserungsverfahren erfolglos geblieben ist. Davon abgesehen, ist es dem pflichtgemäßen (also nur auf Willkür überprüfbar) Ermessen der Tatrichter anheimgestellt, neue Befunde oder Gutachten zur Überprüfung der früheren anzufordern. Die Überzeugungskraft eines im Sinne des § 127 Abs 3 Satz 1 StPO mängelfreien Befunds oder Gutachten unterliegt nämlich der freien Beweiswürdigung des erkennenden Gerichts. § 118 Abs 2 StPO alte Fassung, der, „wenn es wegen der Schwierigkeit der Beobachtung oder Begutachtung erforderlich ist“, die Beiziehung von zwei Sachverständigen vorsah, findet im geltenden Gesetz

keine Entsprechung (vgl auch § 126 Abs 2 c StPO mit seinem Hinweis auf die Grundsätze von Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit).

(AnwBl 02/2019)

4. Gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises

2019/33

§ 104 Abs 1 StPO (§§55,103 Abs 2, § 126 Abs 5 StPO Art 6 Abs 3 lit d EMRK)

OGH 25.6.2018, 17 Os 7/18k, 13/18 t, 14/18i, EvBl 2018/136

Die Staatsanwaltschaft darf zwar, anders als die Verteidigung, Beweisführung durch einen Sachverständigen auch bloß zur Erkundung veranlassen, weil für die insoweit bloß § 103 Abs 2 StPO, für die Verteidigung hingegen § 55 StPO gilt. Tut die Staatsanwaltschaft das aber, so ist die Verteidigung ihr in Betreff der veranlassten Beweisführung durch Sachverständige vollkommen gleichgestellt, womit dieselben Bedingungen im Sinne des Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert werden. Anstelle von Bestellung oder auch bloß Führung (§ 103 Abs 2 StPO) des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft (mit der Konsequenz, zum Verlangen nach Austausch ausschließlich aufgrund dieses Umstands nicht mehr berechtigt zu sein) steht es der Verteidigung zu die gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises zu verlangen, in welchem Fall alle Bestellungs- und Führungskompetenzen dem Gericht zukommen und die Staatsanwaltschaft- in Betreff dieser Beweisaufnahme (§104 StPO)- sofort zur Partei wird, demnach nur noch dieselben Rechte wie die Verteidigung hat (§ 104 Abs 1 iVm § 55 StPO). Die sonst gegenüber der Staatsanwaltschaft (als Leiterin des Ermittlungsverfahrens) bestehenden Rechte stehen nun gegenüber den Ermittlungsrichter zu.- Seine Entscheidungen (auch bloß die Zulassung einzelner Aufträge den Sachverständigen betreffend) sind als Beschluss anfechtbar.

(AnwBl 02/2019)

5. „Einleitung“ eines Ermittlungsverfahrens

2019/59

§ 1 StPO (§ 35 c StAG; §§ 190, 195, 260 Abs 1 Z 2 StPO; Art 83 Abs 2 B-VG)

OGH 25.6.2018, 17 Os 3/18 x, EvBl 2018/149

Kann Sachverhaltsklärung wegen eines (in tatsächlicher Hinsicht feststehenden) Strafausschließungsgrundes im weiteren Sinn weder zu einem Schuldspruch noch zu einer Unterbringung nach § 21 Abs 1 StGB führen, hat ein Ermittlungsverfahren zu unterbleiben. „Einstellung“ eines nicht begonnenen Ermittlungsverfahrens in analoger Anwendung von § 190 Z 1 StPO und damit Fortführung scheidet aus.

(AnwBl 03/2019)

6. Sachverständiger Gutachter Verlesungsverbot

ZWF 2019/16

§§ 252 Abs 1, § 125 Z 1, 281 Abs 1 Z 3, 281 Abs 1 Z StPO

OGH 13.11.2018, 11 Os 85/18m (RIS-Justiz RS0132319)

Vom Verlesungsverbot des § 252 Abs 1 StPO ist nur das Gutachten eines Sachverständigen erfasst. Gutachtenerstattung ist das Ziehen und die Begründung rechtsrelevanter Schlüsse aus den im Rahmen der Befundaufnahme festgestellten beweis erheblichen Tatsachen.

(ZWF 02/2019)

7. Ermittlungsmaßnahme, Rechtshilfe

ZWF 2019/17

§ 56 Abs 2 ARHG

OGH 6.12.2018, 12 Os 88/18 k (RIS-Justiz RS0132364)

Verlangt das Verfahrensrecht des ersuchenden Staats für die Vornahme einer Ermittlungsmaßnahme eine gerichtlich überprüfbare Entscheidung der Staatsanwaltschaft, so bedarf es einer solchen Entscheidung auch dann, wenn diesbezüglich ein Rechtshilfeersuchen an eine österreichische Staatsanwaltschaft gestellt wird. Nur unter dieser Voraussetzung wird nämlich Gewähr dafür geboten, dass eine entsprechende Überprüfung des diese Maßnahme begründenden Tatverdachts unter den gleichen Bedingungen, wie sie im ersuchenden Staat für eine inländische Anordnung gelten, stattfindet.

(ZWF 02/2019)

8. Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung

ZWF 2019/15

§§ 7 Abs 2, 49 Z 4, 164 Abs 4, 245 Abs 2, 281 Abs 1 Z 11 StPO; Art 6 EMRK; §§ 32, 33 StGB

OGH 11.12.2018, 11 Os 108/18 v (RIS-Justiz RS0132356)

Dem Angeklagten darf aus seinem Verteidigungsverhalten im Strafverfahren prinzipiell (auch bei der Sanktionsfindung) kein Nachteil erwachsen. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlich aus Art 6 EMRK abzuleitenden, einfachgesetzlich in § 7 Abs 2 StPO ausdrücklich normierten Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (*nemo tenetur se ipsum accusare*) und aus dem Recht des Beschuldigten, seine Verantwortung (überhaupt) frei zu wählen.

Die Unschuldsvermutung (§ 8 StPO; Art 6 Abs 2 EMRK) ist verletzt, wenn das Gericht bei der Strafbemessung auf die Begehung einer Straftat als tatsächlichen Anknüpfungspunkt abstellt, die nicht Gegenstand des im angefochtenen Urteil gefällten oder eines sonstigen, rechtskräftigen Schuldspruchs ist.

(ZWF 02/2019)

9. Verfall

ZWF 2019/13

§ 20 Abs 1 StGB

OGH 13.11.2018, 14 Os 117/18i (RIS-Justiz RS0132346)

Durch die Begehung einer strafbaren Handlung hat der Täter einen Vermögenswert erlangt, wenn die Erlangung ursächlich mit dieser Straftat zusammenhängt, wobei die Vermögensverschiebung nicht definitionsgemäß mit der Tatbestandsverwirklichung verbunden sein muss (hier: Erhalt des Kaufpreises für überlassenes Suchtgift von dessen Empfänger). Erlangung der für die Begehung wiederum meint den Lohn, den der Täter von dritter Seite für seine Tat erhält.

(ZWF 02/2019)

10. Tätige Reue Schadensgutmachung

ZWF 2019/14

§ 167 StGB

OGH 24.1.2019, 12 Os 107/18d (RIS-Justiz RS0132410)

§ 167 Abs 2 Z 1 StGB verlangt zwar die Gutmachung des gesamten aus der Tat entstandenen Schadens. Dieser deckt sich jedoch nicht mit dem zivilrechtlichen Schadensbegriff („volle Genugtuung“ bei vorsätzlichem Handeln gem § 1324 ABGB), sondern erfordert nur den Ersatz des- auch aus Begleitumständen der Tat – im Sinne deliktstypischer Verknüpfungen entstandenen, für den Täter in seinem Ausmaß objektiv überschaubaren Vermögensschadens (also nicht eines ideellen Schadens), somit in der Regel des positiven Schadens aufgrund objektiv-abstrakter Schadensberechnung.

(ZWF 02/2019)

11. Amtsgelder als Gegenstand von Missbrauch der Amtsgewalt

2019/86

§ 302 Abs 1 StGB /§ 7 StGB)

OGH 3.8.2018, 17 Os 9/18d EvBl 2018/160

Ein Recht des Staates, die Einhaltung von Vorschriften (hier: bei der „Einhebung von Parteigeldern und Strafgeldern“) durch Beamte zu beaufsichtigen und zu kontrollieren, reicht nach ständiger Rechtsprechung als Bezugspunkt des Schädigungsvorsatzes nicht aus. Davon zu unterscheiden ist das durch den Gemeinderat als gewählten allgemeinen Vertretungskörper ausgeübte Recht (der Gemeinde) auf Kontrolle von (sonstigen) Gemeindeorganen, welche die Rechtsprechung in bestimmten Konstellationen im Zusammenhang mit Missbräuchen im Rahmen der Gemeindebuchhaltung) als im Sinne des § 302 Abs 1 StGB ausreichend anerkannte. Dieses Recht ist Ausfluss demokratischer Kontrolle vollziehender Organe auf der Ebene der Gemeindeselbstverwaltung (also mediatisierte Partizipation der Gemeindebürger) und unterscheidet sich in diesem Aspekt von sonstigen-durch in der Verwaltungshierarchie Vorgesetzte oder Aufsichtsbehörden ausgeübten –staatlichen Kontroll- und Aufsichtsrechten.

Wer bei der Einhebung von „Parteiegeldern und Strafgeldern“ im Rahmen einer Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften in Vollziehung der Geschäfte handelt und wen eine (durch Gesetz, Verordnung oder Weisung normierte) Pflicht zum Abführen dieser Beträge trifft, begeht nach mittlerweile einheitlicher Rechtsprechung durch unterlassenes Abführen solcher (gesetzeskonform) eingehobener Gebühren und Verwaltungsstrafen Befugnisfehlgebrauch im Sinn des § 302 Abs 1 StGB, weil das Verhalten des Beamten bis zum Erreichen des Vollziehungsziels (der Vereinnahmung dieser Beträge durch den Staat) einheitlich als (ein) Amtsgeschäft zu begreifen ist. Davon ist solange auszugehen, als der Beamte die eingehobenen Beträge noch in seiner Verfügungsmacht, also noch nicht abgeführt hat. Dergelegentlich in der älteren (allerdings keineswegs einheitlichen) Rechtsprechung verwendete Rechtssatz, ein mit dem Schlagwort „Griff in die Kasse“ umschriebenes Verhalten eines Beamten sei stets (nur) Veruntreuung, nicht Missbrauch der Amtsgewalt, bedarf also einer Präzisierung. Die Subsumtion hängt vom Bestehen eines Zusammenhangs mit einem Amtsgeschäft in diesem Sinn ab, ohne dass es auf die Art der den Beamten in diesem Zusammenhang treffenden Handlungspflicht („Verwahren“ oder „Verwalten“) ankommt. Das Argument, eine (im Rahmen der Hoheitsverwaltung bestehende) Befugnis des Beamten zur zueignung derartiger Beträge sei auszuschließen, übersieht, dass der Befugnisfehlgebrauch nicht in der Zueignung, sondern in der Verletzung spezifischer Handlungspflichten (etwa in der Abführung der Beträge) besteht, und zerlegt das einheitliche Amtsgeschäft unsachgemäß in Einzelphasen.

(AnwBl 04/2019)

12. Keine Erneuerung gegen abgelehnte Wiederaufnahme ohne EGMR

§ 363 a StPO (§ 353 StPO; Art 6 EMRK)

OGH 3.8.2018, 14 Os 63/18y EvBl –LS 2018/179

Ein Verfahren über die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens fällt grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK, weil es keine „strafrechtliche Anklage“ im Sinne der Konvention zum Gegenstand hat. Daran ändert EGMR 11.7.2017 (GK), 19867/12, *Moreira Ferreira/Portugal*, nichts, weil diese Entscheidung eine (§ 363 a StPO vergleichbare) Erneuerung des Strafverfahrens nach Feststellung einer Menschenrechtsverletzung durch den EGMR betrifft.

(AnwBl 04/2019)

Veranstaltungen und politische Diskussion

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

FKS als „Finanzpolizei“? Zum Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch

I. Einführung

Nach dem Willen der Bundesregierung soll die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) als Teil der Bundeszollverwaltung künftig (noch) stärkere Möglichkeiten haben, illegale Beschäftigung, Sozialleistungsmissbrauch und Schwarzarbeit zu bekämpfen. Im Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 war vereinbart worden, die rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür zu schaffen.

Die Sozialversicherung, so die Entwurfsverfasser, habe gravierende Beitragsausfälle zu verzeichnen, ebenso entstünden Ausfälle bei den Steuereinnahmen. Schutzrechte und Sozialleistungsansprüche Betroffener seien vermindert. Hinzu käme eine Verzerrung des Wettbewerbs durch illegale Beschäftigung.¹

Der Regierungsentwurf sieht in Artikel 1 Änderungen des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG), in Artikel 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG), in Artikel 3 der Strafprozessordnung (StPO) und in Artikel 4 Änderungen des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) sowie in Artikel 5 Änderungen des SGB II vor.

Das Gesetzesvorhaben soll des Weiteren Änderungen des SGB III und IV (Artikel 6, Artikel 7) sowie des Altersteilzeitgesetzes (AltTZG, Artikel 8) und des Einkommensteuergesetzes (EStG, siehe Artikel 9) nach sich ziehen.

Hinzu kommen Anpassungen der Abgabenordnung (AO), des Telemediengesetzes (TMG), des Telekommunikationsgesetzes (TKG) sowie des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), des Mindestlohngesetzes (MiLoG) und des Bundeskindergeldgesetzes (BKGG), die in Artikel 10 bis 15 des vorliegenden Gesetzesentwurfs beschrieben sind.

Auf der Internetseite des Bundesministeriums der Finanzen sind bereits diverse Stellungnahmen zum Referentenentwurf abrufbar². Diese geben einen guten Überblick über die unterschiedlichen Standpunkte zum Gesetzesvorhaben. Auf die aus Sicht der Verfasserin lesenswerte Stellungnahme des DAV, Ausschuss Sozialrecht, sei besonders hingewiesen.

Der vorliegende Beitrag soll sich auf die Erörterung der in Artikel 1 des Regierungsentwurfs vorgesehenen Novelle des SchwarzArbG beschränken.

II. Geplante Änderungen im SchwarzArbG

1. Notwendigkeit für die Novelle aus Perspektive der Entwurfsverfasser

Unter Verweis auf den 13. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung³ wird ausgeführt, die FKS habe aufgrund umfangreicher Prüfungs- und Ermittlungsverfahren entscheidend „zur Sicherung der Sozialsysteme und Staatseinnahmen beigetragen und faire Arbeits- und Wettbewerbsbedin-

¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch (Regierungsentwurf), Seite 1, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de>.

² <https://www.bundesfinanzministerium.de>.

³ BT Drs. 18/12755 vom 09.06.2017.

gungen ermöglicht".⁴ Eine Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung finde also bereits statt. Soweit Befugnisse hierfür in spezialgesetzlichen Vorschriften wie § 405 Abs. 1 Nr. 1 SGB III, §§ 16 Abs. 3, 17 Abs. 2 AÜG, §§ 16, 17 AEntG, §§ 14, 21 Abs. 4 MiLoG und §§ 2 Abs. 1, 14 SchwarzArbG verankert seien, sollen diese nunmehr zum Zwecke der Klarstellung in § 1 Abs. 1 SchwarzArbG-E durch Definition von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung konzentriert werden.

Schwarzarbeit und ihre Erscheinungsformen hätten sich über die Jahre verändert. Die bisherige gesetzliche Definition von Schwarzarbeit sei daher nicht mehr zeitgemäß und müsse um aktuelle Phänomene erweitert werden. Folglich beschreibe § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-5 SchwarzArbG-E sämtliche Pflichtverstöße, welche auf der Erbringung oder dem Ausführenlassen von Dienst- oder Werkleistungen beruhen, als Schwarzarbeit, während über den einzufügenden Satz 2 nunmehr auch Fälle erfasst werden sollen, in denen die Erbringung oder das Ausführenlassen einer Dienst- und Werkleistung vorgespiegelt und dadurch zu Unrecht Sozialleistungen in Anspruch genommen würden.⁵ Die Definition von illegaler Beschäftigung kennzeichne zugleich den Zuständigkeitsbereich der FKS.

Nach geltendem Recht habe die FKS keine eigene Prüfungs- und Ermittlungsbefugnis, wenn Hinweise auf einen „Scheinarbeitsvertrag“ oder „tatsächlich nicht existierende selbstständige Tätigkeit“ eingehen. Mit der neuen Definition in § 1 Abs. 2 Satz 2 SchwarzArbG-E und dem insoweit erweiterten Prüfungsauftrag nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SchwarzArbG-E werde deshalb der Prüfungsumfang um den Sozialleistungsmissbrauch durch das „Vortäuschen von Arbeitsverhältnissen und durch tatsächlich nicht existierende selbstständige Tätigkeiten erweitert.“⁶

Es sei außerdem erforderlich, die Prüfungsaufgaben der FKS im Bereich Arbeitnehmerüberlassung auf Sachverhalte über die Kontrolle von Mindestarbeitsbedingungen (Einhaltung der Lohnuntergrenze nach § 8 Abs. 5 AÜG) hinaus zu erstrecken.⁷

„Ausbeuterischen Arbeitsbedingungen“ soll durch die Erweiterung der Prüfungsbefugnisse der FKS auf sämtliche Arbeitsbedingungen entgegen gewirkt werden. Es gelte festzustellen, ob Arbeitnehmer „zu Arbeitsbedingungen beschäftigt werden, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen solcher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen stehen, welche der gleichen oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachgehen.“⁸

Ermittlungen zu Delikten der § 232 Abs. 1 Nr. 1b StGB (Menschenhandel), § 233 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Ausbeutung der Arbeitskraft) und § 233a Abs. 1 Nr. 2 StGB (Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung) solle die FKS künftig gemäß § 14 SchwarzArbG-E selbst führen dürfen. Neben der Bekämpfung unerlaubter Ausländerbeschäftigung zu ungünstigen Arbeitsbedingungen und von Entleih von Ausländern ohne Genehmigung sei die Bekämpfung der ausbeuterischen Beschäftigung im Sinne des § 232 StGB zu intensivieren. Damit zusammenhängende Vorbereitungshandlungen wie Menschenhandel und die Zwangsarbeit seien in den Bekämpfungsansatz einzubeziehen.⁹

Die Kompetenzen zur Prüfung sollen auf den öffentlichen Raum ausgedehnt werden, um die Anbahnung von Arbeitsverhältnissen zu unterbinden, die auf sog. Tagelöhnerbörsen angeboten und / oder nachgefragt werden. Ziel sei es, die Auflösung solcher Tagelöhnerbörsen zu erreichen.¹⁰

Schließlich bedürfe es der Erweiterung des Prüfungsauftrages der FKS bei Anhaltspunkten für unberechtigten Kindergeldbezug.¹¹ Mit der Ausdehnung der Prüf- und Ermittlungsbefugnisse sollen gemäß dem Gesetzentwurf weitere Betretungs-, Befragungs- und Unterlageneinsichtsrechte einhergehen. Auch diese sollen sich auf den öffentlichen Raum beziehen und insbesondere die Prüfung potentieller Scheinarbeitsverhältnisse oder der scheinbaren selbstständigen Betätigung ermöglichen, u.a. durch Anpassung der Auskunfts- und Einsichtsrechte der FKS.¹²

⁴ Regierungsentwurf, Gesetzesbegründung zu Artikel 1, Seite 44.

⁵ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 2c, Seite 44 f.

⁶ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 3a, Satz 1 Nr. 2, Seite 46.

⁷ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 3a, Satz 1, Nr. 5, Seite 47.

⁸ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 3a, Satz 1, Nr. 7, Seite 47.

⁹ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 3a, Satz 1, Nr. 7, Seite 48.

¹⁰ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 3a, Satz 1, Nr. 8, Seite 48.

¹¹ Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 3a, Satz 3, Seite 49.

¹² Regierungsentwurf, zu Artikel 1, Nr. 5a, Seite 51 f.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen

Das Gesetzgebungsvorhaben erscheint beachtlich, da es im Zeitraum 2013 bis 2016 bereits eine Vielzahl von abgeschlossenen oder angestoßenen Gesetzesinitiativen und Gesetzgebungsverfahren zu dem Themenkomplex Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung gegeben hat. Seit 2017 sind z.B. in Kraft:

- Gesetz zur Stärkung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung¹³
- Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze¹⁴
- Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen¹⁵
- Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung¹⁶
- Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen¹⁷
- Gesetz zur effektiveren und praxistaugliche Ausgestaltung des Strafverfahrens¹⁸.

Im Juni 2018 wurde auch die Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen verabschiedet.¹⁹

Diese Form der Regulierung und die – erneute – Anpassung des SchwarzArbG geben Anlass für die nachstehende Betrachtung. Aus Verteidigersicht und aus Perspektive des Unternehmens beratenden Anwalts lassen insbesondere die Bestrebungen der Entwurfsverfasser aufhorchen, im dritten Abschnitt des SchwarzArbG-E, eine neue Ordnungswidrigkeit zu schaffen, nämlich die leichtfertige Verwirklichung des § 266a StGB durch Einführung des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG-E, welche mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 Euro ahndbar sein soll, § 8 Abs. 6 SchwarzArbG-E.

3. Änderungen im SchwarzArbG

Die Vorstellungen der Bundesregierung zu den wesentlichen Änderungen des SchwarzArbG stellen sich folgendermaßen dar (Auslassungen sind durch Streichung, Neuerungen unterstrichen dargestellt)::

§ 1 Zweck des Gesetzes

(1) Zweck des Gesetzes ist die ~~Intensivierung der~~ Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.

(2) Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt,
2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt,
3. als Empfänger von Sozialleistungen seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt,
4. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen seiner sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat oder

¹³ BGBl. I, Seite 399.

¹⁴ BGBl. I, Seite 258.

¹⁵ BGBl. I, Seite 2372.

¹⁶ BGBl. I, Seite 872.

¹⁷ BGBl. I, Seite 2739.

¹⁸ BGBl. I, Seite 3202.

¹⁹ ABIEU L 773/16 vom 09.07.2018.

5. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung).

Schwarzarbeit leistet auch, wer vortäuscht, eine Dienst- oder Werkleistung zu erbringen oder ausführen zu lassen, und er selbst oder ein Dritter dadurch Sozialleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch zu Unrecht bezieht.

(3) Illegale Beschäftigung übt aus, wer

1. Ausländer und Ausländerinnen als Arbeitgeber unerlaubt beschäftigt oder als Entleiher unerlaubt tätig werden lässt,

2. als Ausländer oder Ausländerin unerlaubt eine Erwerbstätigkeit ausübt,

3. als Arbeitgeber Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen

a) ohne erforderliche Erlaubnis nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes oder

b) entgegen den Bestimmungen nach § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6, § 1a oder § 1b des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes überlässt oder für sich tätig werden lässt,

4. als Arbeitgeber Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigt, ohne dass die Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder des § 8 Absatz 5 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingehalten werden oder

5. als Arbeitgeber Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigt.

(4) Absatz 2 ~~findet~~ und 3 ~~finden~~ keine Anwendung für nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtete Dienst- oder Werkleistungen, die

1. von Angehörigen im Sinne des § 15 der Abgabenordnung oder Lebenspartnern,
2. aus Gefälligkeit,
3. im Wege der Nachbarschaftshilfe oder
4. im Wege der Selbsthilfe im Sinne des § 36 Abs. 2 und 4 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2137) oder als Selbsthilfe im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2376), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3076), erbracht werden. Als nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet gilt insbesondere eine Tätigkeit, die gegen geringes Entgelt erbracht wird.

§ 2 Prüfungsaufgaben

(1) Die Behörden der Zollverwaltung prüfen, ob

1. die sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Pflichten nach § 28a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch erfüllt werden oder wurden,
2. auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ~~und~~ oder der Vortäuschung von Dienst- oder Werkleistungen Sozialleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch ~~oder Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz~~ zu Unrecht bezogen werden oder wurden,
3. die Angaben des Arbeitgebers, die für die Sozialleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch erheblich sind, zutreffend bescheinigt wurden,
4. Ausländer und Ausländerinnen nicht
 - a) entgegen § 4 Abs. 3 Satz 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes ~~und nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen~~ beschäftigt oder beauftragt werden oder wurden, oder

b) entgegen § 4 Abs. 3 Satz 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes mit entgeltlichen Dienst- oder Werkleistungen beauftragt § 284 Absatz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch beschäftigt werden oder wurden

und

5. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen

a) ohne erforderliche Erlaubnis nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ver- oder entliehen werden oder wurden und

b) bentgegen den Bestimmungen nach § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6, § 1a oder § 1b des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ver- oder entliehen werden oder wurden,

6. die Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des § 8 Absatz 5 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingehalten werden oder wurden.

7. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigt werden oder wurden und

8. die Arbeitskraft im öffentlichen Raum entgegen § 5a angeboten oder nachgefragt wird oder wurde.

Zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Absatz 4 Nummer 4 prüfen die Behörden der Zollverwaltung im Rahmen ihrer Prüfungen nach Satz 1 auch, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Steuerpflichtige den sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten im Sinne von § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 nicht nachgekommen sind. Zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Absatz 4 Nummer 4 und 7 prüfen die Behörden der Zollverwaltung im Rahmen ihrer Prüfungen nach Satz 1 auch, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Kindergeldempfänger ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sind.

(2) Die Prüfung der Erfüllung steuerlicher Pflichten im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 2 nach § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 obliegt den zuständigen Landesfinanzbehörden und die Prüfung der Erfüllung kindergeldrechtlicher Mitwirkungspflichten den zuständigen Familienkassen. Die Behörden der Zollverwaltung sind zur Mitwirkung an Prüfungen der Landesfinanzbehörden und der Familienkassen bei der Bundesagentur für Arbeit berechtigt. Die Behörden der Zollverwaltung prüfen zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 3 Nr. 4, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Steuerpflichtige den sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht nachgekommen sind. Grundsätze der Zusammenarbeit werden von den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder im gegenseitigen Einvernehmen geregelt der Behörden der Zollverwaltung mit den Familienkassen bei der Bundesagentur für Arbeit werden von den Behörden der Zollverwaltung und den Familienkassen bei der Bundesagentur für Arbeit im Einvernehmen mit den Fachaufsichtsbehörden geregelt.

(3) Die nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach diesem Gesetz zuständigen Behörden prüfen, ob

1. der Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nachgekommen oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) erworben wurde,

2. ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betrieben wird und die Eintragung in die Handwerksrolle vorliegt.

(4) Die Behörden der Zollverwaltung werden bei den Prüfungen nach Absatz 1 unterstützt von

1. den Finanzbehörden,

2. der Bundesagentur für Arbeit auch in ihrer Funktion als Familienkasse,

3. der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen,

4. den Einzugsstellen (§ 28i des Vierten Buches Sozialgesetzbuch),

- 5. den Trägern der Rentenversicherung,
- 6. den Trägern der Unfallversicherung,
- 7. den gemeinsamen Einrichtungen und den zugelassenen kommunalen Trägern nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch sowie der Bundesagentur für Arbeit als verantwortliche Stelle für die zentral verwalteten IT-Verfahren nach § 50 Absatz 3 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch,
- 8. den nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zuständigen Behörden,
- 9. den in § 71 Abs. 1 bis 3 des Aufenthaltsgesetzes genannten Behörden,
- ~~8a~~ 10. dem Bundesamt für Güterverkehr,
- ~~8b~~ 11. den nach Landesrecht für die Genehmigung und Überwachung des Gelegenheitsverkehrs mit Kraftfahrzeugen nach § 46 des Personenbeförderungsgesetzes zuständigen Behörden,
- 13. den nach Landesrecht für die Genehmigung und Überwachung des gewerblichen Güterkraftverkehrs zuständigen Behörden den für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden,
- 14. den Polizeivollzugsbehörden des Bundes und der Länder auf Ersuchen im Einzelfall,
- 15. den nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach diesem Gesetz zuständigen Behörden ~~und~~,
- 16. den nach § 14 der Gewerbeordnung für die Entgegennahme der Gewerbeanzeigen zuständigen Stellen,
- 17. den nach Landesrecht für die Überprüfung der Einhaltung der Vergabe- und Tariftreuegesetze der Länder zuständigen Prüfungs- oder Kontrollstellen,
- 18. den nach Landesrecht für die Entgegennahme der Anmeldung von Prostituierten nach § 3 des Prostituiertenschutzgesetzes und für die Erlaubniserteilung an Prostitutionsgewerbetreibende nach § 12 des Prostituiertenschutzgesetzes zuständigen Behörden,
- 19. den nach Landesrecht für die Erlaubniserteilung nach § 34a der Gewerbeordnung zuständigen Behörden und
- 20. den gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien im Sinne des § 4 Absatz 2 des Tarifvertragsgesetzes.

Die Aufgaben dieser Stellen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt. Die Prüfungen können mit anderen Prüfungen der in diesem Absatz genannten Stellen verbunden werden; die Vorschriften über die Unterrichtung und Zusammenarbeit bleiben hiervon unberührt. Verwaltungskosten der unterstützenden Stellen werden nicht erstattet.

§ 2a Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweispapieren

(1) Bei der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen sind die in folgenden Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen tätigen Personen verpflichtet, ihren Personalausweis, Pass, Passersatz oder Ausweisersatz mitzuführen und den Behörden der Zollverwaltung auf Verlangen vorzulegen:

- 1. im Baugewerbe,
- 2. im Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe,
- 3. im Personenbeförderungsgewerbe,
- 4. im Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe,
- 5. im Schaustellergewerbe,
- 6. bei Unternehmen der Forstwirtschaft,
- 7. im Gebäudereinigungsgewerbe,

- 8. bei Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen,
- 9. in der Fleischwirtschaft,
- 10. im Prostitutionsgewerbe,

11. im Wach- und Sicherheitsgewerbe.

(2) Der Arbeitgeber hat jeden und jede seiner Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nachweislich und schriftlich auf die Pflicht nach Absatz 1 hinzuweisen, diesen Hinweis für die Dauer der Erbringung der Dienst- oder Werkleistungen aufzubewahren und auf Verlangen bei den Prüfungen nach § 2 Abs. 1 vorzulegen.

(3) Die Vorlagepflichten nach den Absätzen 1 und 2 bestehen auch gegenüber den nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach diesem Gesetz zuständigen Behörden in den Fällen des § 2 Absatz 4a-3.

§ 3 Befugnisse bei der Prüfung von Personen

(1) Zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Abs. 1 sind die Behörden der Zollverwaltung und die sie gemäß § 2 Abs. 4a 4 unterstützenden Stellen befugt, Geschäftsräume ~~und, mit Ausnahme von Wohnungen,~~ und Grundstücke des Arbeitgebers, des Auftraggebers von ~~Dienst- oder Werkleistungen,~~ des Entleihers ~~selbständig tätigen Personen sowie des Selbständigen~~ im Rahmen einer Prüfung nach § 2 Absatz 1 Nummer 5 während der während der Arbeitszeiten der dort tätigen Personen oder während der Geschäftszeiten zu betreten ~~und dabei.~~ Dabei sind die Behörden der Zollverwaltung und die sie gemäß § 2 Absatz 4 unterstützenden Stellen befugt,

- 1. von ~~diesen~~ den Personen, die in den Geschäftsräumen und auf den Grundstücken tätig sind, Auskünfte hinsichtlich über ihre Beschäftigungsverhältnisse oder ihre tatsächlichen oder scheinbaren Tätigkeiten einzuholen und
- 2. Einsicht in ~~von ihnen mitgeführte~~ Unterlagen zu nehmen, die von diesen Personen mitgeführt werden und von denen anzunehmen ist, dass aus ihnen Umfang, Art oder Dauer ihrer Beschäftigungsverhältnisse oder ihrer tatsächlichen oder scheinbaren Tätigkeiten hervorgehen oder abgeleitet werden können.

(2) Ist eine Person zur Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen bei Dritten tätig, gilt Absatz 1 entsprechend. Bietet eine Person im öffentlichen Raum Dienst- oder Werkleistungen an, gilt Absatz 1 Satz 2 entsprechend.

~~(3) Die Behörden der Zollverwaltung und die sie gemäß § 2 Abs. 2 unterstützenden Stellen sind zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Absatz 1 ermächtigt, die Personalien der in den Geschäftsräumen oder auf dem Grundstück des Arbeitgebers, Auftraggebers oder Dritten sowie des Entleihers im Rahmen einer Prüfung nach § 2 Absatz 1 Nummer 5 tätigen Personen zu überprüfen. Sie können zu diesem Zweck die in Satz 1 genannten Personen anhalten, sie nach ihren Personalien (Vor-, Familien- und Geburtsnamen, Ort und Tag der Geburt, Beruf, Wohnort, Wohnung und Staatsangehörigkeit) befragen und verlangen, dass sie mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung aushändigen.~~

(3) Zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Absatz 1 sind die Behörden der Zollverwaltung und die sie gemäß § 2 Absatz 4 unterstützenden Stellen befugt, die Personalien zu überprüfen

- 1. der Personen, die in den Geschäftsräumen oder auf dem Grundstück des Arbeitgebers, des Auftraggebers von Dienst- oder Werkleistungen und des Entleihers tätig sind, und
- 2. des Selbständigen.

(4) Im Verteidigungsbereich darf ein Betretensrecht nur im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Verteidigung ausgeübt werden.

(5) Die Bediensteten der Zollverwaltung dürfen Beförderungsmittel anhalten. Führer von Beförderungsmitteln haben auf Verlangen zu halten und den Zollbediensteten zu ermögli-

chen, in das Beförderungsmittel zu gelangen und es wieder zu verlassen. Die Zollverwaltung unterrichtet die Polizeivollzugsbehörden der Länder über groß angelegte Kontrollen.

(6) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend für die nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach diesem Gesetz zuständigen Behörden zur Durchführung von Prüfungen nach § 2 Absatz ~~1a~~ 3, sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Schwarzarbeit im Sinne des § 1 Absatz 2 Nummer 4 und 5 geleistet wird.

§ 4 Befugnisse bei der Prüfung von Geschäftsunterlagen

(1) Zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Abs. 1 sind die Behörden der Zollverwaltung und die sie gemäß § 2 Abs. ~~2~~ 4 unterstützenden Stellen befugt, Geschäftsräume ~~und, mit Ausnahme von Wohnungen,~~ und Grundstücke des Arbeitgebers ~~sowie, des~~ Auftraggebers von Dienst- oder Werkleistungen, des Entleihers ~~sowie des Selbständigen~~ während der Geschäftszeiten zu betreten und dort Einsicht in die Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen zu nehmen, aus denen Umfang, Art oder Dauer von tatsächlich bestehenden oder vorgespiegelten Beschäftigungsverhältnissen oder Tätigkeiten hervorgehen oder abgeleitet werden können.

~~(1a)~~ (2) Zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Absatz 1a ~~3~~ sind die nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach diesem Gesetz zuständigen Behörden befugt, Geschäftsräume und Grundstücke einer selbstständig tätigen Person, des Arbeitgebers und des Auftraggebers während der Arbeitszeit der dort tätigen Personen zu betreten und dort Einsicht in Unterlagen zu nehmen, von denen anzunehmen ist, dass aus ihnen Umfang, Art oder Dauer der Ausübung eines Gewerbes, eines Reisegewerbes oder eines zulassungspflichtigen Handwerks oder der Beschäftigungsverhältnisse hervorgehen oder abgeleitet werden können, sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Schwarzarbeit im Sinne des § 1 Absatz 2 Nummer 4 und 5 geleistet wird.

~~(2)~~ (3) Die Behörden der Zollverwaltung sind zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Abs. 1 befugt, Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, aus denen die Vergütung der tatsächlich erbrachten oder vorgetäuschten Dienst- oder Werkleistungen hervorgeht, die natürliche oder juristische Personen oder Personenvereinigungen in Auftrag gegeben haben. Satz 1 gilt im Rahmen der Durchführung der Prüfung nach § 2 Absatz 1 Nummer 4, 5 und 6 entsprechend für Unterlagen, aus denen die Vergütung des Leiharbeitsverhältnisses hervorgeht.

~~(3)~~ (4) Die Behörden der Zollverwaltung sind zur Durchführung der Prüfungen nach § 2 Abs. 1 befugt, bei dem Auftraggeber, der nicht Unternehmer im Sinne des § 2 des Umsatzsteuergesetzes 1999 ist, Einsicht in die Rechnungen, einen Zahlungsbeleg oder eine andere beweiskräftige Unterlage über ausgeführte Werklieferungen oder sonstige Leistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück zu nehmen.

§ 5 Duldungs- und Mitwirkungspflichten

(1) Arbeitgeber, tatsächlich oder scheinbar beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Auftraggeber von Dienst- oder Werkleistungen, tatsächlich oder scheinbar selbstständig tätige Personen und Dritte, die bei einer Prüfung nach § 2 Absatz 1 und ~~1a~~ 3 angetroffen werden, sowie Entleiher, die bei einer Prüfung nach § 2 Absatz 1 Nummer 5 und 6 angetroffen werden, haben

1. die Prüfung zu dulden und dabei mitzuwirken, insbesondere für die Prüfung erhebliche Auskünfte zu erteilen und die in den §§ 3 und 4 genannten Unterlagen vorzulegen,;

2. ~~in~~ in den Fällen des § 3 Absatz 1, 2 und 6 sowie des § 4 Absatz 1, ~~1a~~ 2 und ~~2~~ 3 ~~haben sie~~ auch das Betreten der Grundstücke und der Geschäftsräume zu dulden und

3. in den Fällen des § 2 Absatz 1 auf Verlangen der Behörden der Zollverwaltung schriftlich oder an Amtsstelle mündlich Auskünfte zu erteilen oder die in den §§ 3 und 4 genannten Unterlagen vorzulegen.

Auskünfte, die die verpflichtete Person oder einen ihrer in § 15 der Abgabenordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr aussetzen würden, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, können verweigert werden.

(2) Die Behörden der Zollverwaltung sind insbesondere dann befugt, eine mündliche Auskunft an Amtsstelle zu verlangen, wenn trotz Aufforderung keine schriftliche Auskunft erteilt worden ist oder wenn eine schriftliche Auskunft nicht zu einer Klärung des Sachverhalts geführt hat. Über die mündliche Auskunft an Amtsstelle ist auf Antrag des Auskunftspflichtigen eine Niederschrift aufzunehmen. Die Niederschrift soll den Namen der anwesenden Personen, den Ort, den Tag und den wesentlichen Inhalt der Auskunft enthalten. Sie soll von dem Amtsträger, dem die mündliche Auskunft erteilt wird, und dem Auskunftspflichtigen unterschrieben werden. Den Beteiligten ist eine Abschrift der Niederschrift zu überlassen.

(3) Ausländer sind ferner verpflichtet, ihren Pass, Passersatz oder Ausweisersatz und ihren Aufenthaltstitel, ihre Duldung oder ihre Aufenthaltsgestattung den Behörden der Zollverwaltung auf Verlangen vorzulegen und, sofern sich Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen ausländerrechtliche Vorschriften ergeben, zur Weiterleitung an die zuständige Ausländerbehörde zu überlassen. Werden die Dokumente einbehalten, erhält der betroffene Ausländer eine Bescheinigung, welche die einbehaltenen Dokumente und die Ausländerbehörde bezeichnet, an die die Dokumente weitergeleitet werden. Der Ausländer ist verpflichtet, unverzüglich mit der Bescheinigung bei der Ausländerbehörde zu erscheinen. Darauf ist in der Bescheinigung hinzuweisen. Gibt die Ausländerbehörde die einbehaltenen Dokumente zurück oder werden Ersatzdokumente ausgestellt oder vorgelegt, behält die Ausländerbehörde die Bescheinigung ein.

~~(2)~~ (4) In Fällen des § 4 Abs. 2 4 haben die Auftraggeber, die nicht Unternehmer im Sinne des § 2 des Umsatzsteuergesetzes 1999 sind, eine Prüfung nach § 2 Abs. 1 zu dulden und dabei mitzuwirken, insbesondere die für die Prüfung erheblichen Auskünfte zu erteilen und die in § 4 Abs. 2 4 genannten Unterlagen vorzulegen. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

~~(3)~~ (5) In Datenverarbeitungsanlagen gespeicherte Daten haben der Arbeitgeber und der Auftraggeber sowie der Entleiher im Rahmen einer Prüfung nach § 2 Absatz 1 Nummer 4, 5 und 6 auszusondern und den Behörden der Zollverwaltung auf deren Verlangen auf automatisiert verarbeitbaren Datenträgern oder in Listen zu übermitteln. Der Arbeitgeber und der Auftraggeber sowie der Entleiher im Rahmen einer Prüfung nach § 2 Absatz 1 Nummer 4, 5 und 6 dürfen automatisiert verarbeitbare Datenträger oder Datenlisten, die die erforderlichen Daten enthalten, ungesondert zur Verfügung stellen, wenn die Aussonderung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre und überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. In diesem Fall haben die Behörden der Zollverwaltung die Daten zu trennen und die nicht nach Satz 1 zu übermittelnden Daten zu löschen. Soweit die übermittelten Daten für Zwecke der Ermittlung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, der Ermittlung von steuerlich erheblichen Sachverhalten oder der Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Sozialleistungen nicht benötigt werden, sind die Datenträger oder Listen nach Abschluss der Prüfungen nach § 2 Abs. 1 auf Verlangen des Arbeitgebers oder des Auftraggebers zurückzugeben oder die Daten unverzüglich zu löschen.

§ 5a Unzulässiges Anbieten und Nachfragen der Arbeitskraft

(1) Es ist einer Person verboten, ihre Arbeitskraft als Tagelöhner im öffentlichen Raum aus einer Gruppe heraus in einer Weise anzubieten, die geeignet ist, Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung zu ermöglichen. Ebenso ist es einer Person verboten, ein unzulässiges Anbieten der Arbeitskraft dadurch nachzufragen, dass sie ein solches Angebot einholt oder annimmt.

(2) Die Behörden der Zollverwaltung können eine Person, die gegen das Verbot des unzulässigen Anbietens und Nachfragens der Arbeitskraft verstößt, vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten.

§ 7 Auskunftsansprüche bei anonymen Angeboten und Werbemaßnahmen

Erfolgen Wurden Angebote oder Werbemaßnahmen ohne Angabe von Name und Anschrift unter einer Chiffre veröffentlicht und bestehen in diesem Zusammenhang Anhaltspunkte für eine Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung nach § 1, so ist derjenige, der die Chiffreanzeige das Angebot oder die Werbemaßnahme veröffentlicht hat, verpflichtet, den Behörden der Zollverwaltung Namen und Anschrift des Auftraggebers der Chiffreanzeige des Angebots oder der Werbemaßnahme auf Verlangen unentgeltlich mitzuteilen. Soweit Name und Anschrift nicht vorliegen, sind die Daten mitzuteilen, die eine Identifizierung des Auftraggebers ermöglichen.

§ 8 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

- 1. a) (weggefallen)
- 1. b) (weggefallen)
- 1. c) (weggefallen)
- 1. d) der Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat oder
- 1. e) ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung) und Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbringt oder
- 2. Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er eine oder mehrere Personen beauftragt, die diese Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen eine in Nummer 1 genannte Vorschrift erbringen.

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

- 1. entgegen § 2a Abs. 1 ein dort genanntes Dokument nicht mitführt oder nicht oder nicht rechtzeitig vorlegt,
- 2. entgegen § 2a Abs. 2 den schriftlichen Hinweis nicht oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt oder nicht oder nicht rechtzeitig vorlegt,
- 3. entgegen
 - a) § 5 Abs. 1 Satz 1 ~~oder 2~~ Nummer 1, 2 oder 3 oder
 - b) § 5 Abs. ~~2~~ 4 Satz 1
 eine Prüfung oder das Betreten eines Grundstücks oder eines Geschäftsraumes nicht duldet oder bei einer Prüfung nicht mitwirkt,
- 4. entgegen § 5 Abs. ~~4~~ 3 Satz 4 1 ein dort genanntes Dokument nicht oder nicht rechtzeitig vorlegt ~~oder~~,
- 5. entgegen § 5 Abs. ~~3~~ 5 Satz 1 Daten nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig übermittelt ~~oder~~
- 6. entgegen § 5a Absatz 1 Satz 1 seine Arbeitskraft anbietet oder
- 7. entgegen § 5a Absatz 1 Satz 2 eine Arbeitskraft nachfragt.

(3) Ordnungswidrig handelt, wer als Arbeitgeber eine in § 266a Absatz 2 Nummer 1 oder 2 des Strafgesetzbuches bezeichnete Handlung leichtfertig begeht und dadurch der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung oder vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, leichtfertig vorenthält.

(4) Ordnungswidrig handelt, wer

- 1. einen Beleg ausstellt, der in tatsächlicher Hinsicht nicht richtig ist und das Erbringen oder Ausführenlassen einer Dienst- oder Werkleistung vorspiegelt, oder
 - 2. einen in Nummer 1 genannten Beleg in den Verkehr bringt
- und dadurch Schwarzarbeit im Sinne des § 1 Absatz 2 oder illegale Beschäftigung im Sinne des § 1 Absatz 3 ermöglicht.

(5) Ordnungswidrig handelt, wer eine in Absatz 4 genannte Handlung begeht und

- 1. aus grobem Eigennutz für sich oder einen anderen Vermögensvorteile großen Ausmaßes erlangt oder
- 2. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

~~(3)~~ (6) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 5 mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den Fällen des Absatzes 4 mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro, in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 Buchstabe d und e ~~sowie~~, Nr. 2 in Verbindung mit Nr. 1 Buchstabe d und e ~~sowie~~ in den Fällen des Absatzes 3 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 3 Buchstabe a ~~und~~, Nr. 5 ~~und~~ Nummer 7 mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 ~~und~~ Nummer 6 mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro und in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu tausend Euro geahndet werden.

~~(4)~~ (7) Absatz 1 findet keine Anwendung für nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtete Dienst- oder Werkleistungen, die

- 1. von Angehörigen im Sinne des § 15 der Abgabenordnung oder Lebenspartnern,
- 2. aus Gefälligkeit,
- 3. im Wege der Nachbarschaftshilfe oder
- 4. im Wege der Selbsthilfe im Sinne des § 36 Abs. 2 und 4 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2137) oder als Selbsthilfe im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2376), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3076),

erbracht werden. Als nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet gilt insbesondere eine Tätigkeit, die gegen geringes Entgelt erbracht wird.

~~(5)~~ (8) Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften über Regelsätze für Geldbußen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 oder 2 zu erlassen.

(9) Eine Geldbuße wird in den Fällen des Absatzes 3 nicht festgesetzt, wenn der Arbeitgeber spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach gegenüber der Einzugsstelle

- 1. schriftlich die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt,
- 2. schriftlich darlegt, warum die fristgemäße Zahlung nicht möglich ist, obwohl er sich darum ernsthaft bemüht hat, und
- 3. die vorenthaltenen Beiträge nachträglich innerhalb der von der Einzugsstelle bestimmten angemessenen Frist entrichtet.

§ 12 Allgemeines zu den Ordnungswidrigkeiten

(1) Verwaltungsbehörden im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sind

- 1. (weggefallen)
- 2. in den Fällen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe d und e und Nr. 2 in Verbindung mit Nr. 1 Buchstabe d und e die nach Landesrecht zuständige Behörde,

3. in den Fällen des § 8 Abs. 2 die Behörden der Zollverwaltung sowie die nach Landesrecht zuständige Behörde jeweils für ihren Geschäftsbereich,

4. in den Fällen des § 8 Absatz 3 bis 5 die Behörden der Zollverwaltung.

(2) Die Geldbußen fließen in die Kasse der Verwaltungsbehörde, die den Bußgeldbescheid erlassen hat.

(3) Die nach Absatz 2 zuständige Kasse trägt abweichend von § 105 Abs. 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten die notwendigen Auslagen. Sie ist auch ersatzpflichtig im Sinne des § 110 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.

(4) Die Behörden der Zollverwaltung unterrichten das Gewerbezentralregister über rechtskräftige Bußgeldbescheide nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a und Nr. 5 sowie Absatz 3 bis 5, sofern die Geldbuße mehr als zweihundert Euro beträgt.

(5) Nimmt die Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung nach § 75 Absatz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten nicht teil, so gibt das Gericht den Behörden der Zollverwaltung Gelegenheit, die Gründe vorzubringen, die aus ihrer Sicht für die Entscheidung von Bedeutung sind. Dies gilt auch, wenn das Gericht erwägt, das Verfahren einzustellen. Der Vertreter der Behörden der Zollverwaltung erhält in der Hauptverhandlung auf Verlangen das Wort. Ihm ist zu gestatten, Fragen an Angeklagte, Zeugen und Sachverständige zu richten.

§ 13 Zusammenarbeit in Bußgeldverfahren

(1) Die Behörden der Zollverwaltung arbeiten insbesondere mit den in § 2 Abs. ~~2~~ 4 genannten unterstützenden Stellen zusammen.

(2) Ergeben sich für die in § 2 Abs. ~~2~~ 4 Nr. 2 bis ~~11~~ 20 genannten unterstützenden Stellen im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben Anhaltspunkte für in § 8 genannte Verstöße, unterrichten sie die für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach diesem Gesetz zuständigen Behörden. § 31a der Abgabenordnung bleibt unberührt.

(3) Gerichte und Staatsanwaltschaften sollen den nach diesem Gesetz zuständigen Stellen Erkenntnisse übermitteln, die aus ihrer Sicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 8 erforderlich sind, soweit nicht für das Gericht oder die Staatsanwaltschaft erkennbar ist, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen oder anderer Verfahrensbeteiligter an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegen. Dabei ist zu berücksichtigen, wie gesichert die zu übermittelnden Erkenntnisse sind.

§ 14 Ermittlungsbefugnisse

(1) Die Behörden der Zollverwaltung haben bei der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die mit einem der in § 2 Abs. 1 genannten Prüfgegenstände unmittelbar zusammenhängen, die gleichen Befugnisse wie die Polizeivollzugsbehörden nach der Strafprozessordnung und dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Ihre Beamten sind insoweit Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft. In den Dienst der Zollverwaltung übergeleitete Angestellte nehmen die Befugnisse nach Satz 1 wahr und sind insoweit Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, wenn sie

1. das 21. Lebensjahr vollendet haben,
2. am 31. Dezember 2003 im Dienst der Bundesanstalt für Arbeit gestanden haben und
3. dort mindestens zwei Jahre lang zur Bekämpfung der Schwarzarbeit oder der illegalen Beschäftigung eingesetzt waren.

(2) Zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung können die Behörden der Zollverwaltung, die Polizeibehörden und die Landesfinanzbehörden in Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft gemeinsame Ermittlungsgruppen bilden.

(3) Die Behörden der Zollverwaltung dürfen bei der Verfolgung von Straftaten nach Absatz 1 erkenntnisdienliche Maßnahmen nach § 81b der Strafprozessordnung auch zur Vorsorge für künftige Strafverfahren durchführen.

§ 14a Selbständige Durchführung von Ermittlungsverfahren

(1) Die Behörden der Zollverwaltung führen in den Fällen, in denen ihnen die Befugnisse nach § 14 zustehen, die Ermittlungsverfahren nach Maßgabe dieser Vorschrift und in den Grenzen des § 14b selbständig durch, wenn die Tat ausschließlich eine Straftat nach § 266a des Strafgesetzbuches darstellt und die Staatsanwaltschaft die Strafsache an die Behörden der Zollverwaltung abgegeben hat. Die allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren sind anzuwenden.

(2) Eine Abgabe durch die Staatsanwaltschaft nach Absatz 1 erfolgt nicht, wenn besondere Umstände es angezeigt erscheinen lassen, dass das Ermittlungsverfahren unter der Verantwortung der Staatsanwaltschaft fortzuführen ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

1. eine Maßnahme nach den §§ 99, 102, 103 oder 104 der Strafprozessordnung beantragt worden ist,

2. eine Maßnahme nach § 100a der Strafprozessordnung beantragt worden ist,

3. die Anordnung der Untersuchungshaft nach § 112 der Strafprozessordnung beantragt worden ist,

4. die Strafsache besondere Schwierigkeiten aufweist,

5. der Beschuldigte außer dieser Tat noch einer anderen, prozessual selbständigen Straftat beschuldigt wird und die Taten in einem einheitlichen Ermittlungsverfahren verfolgt werden sollen,

6. eine Freiheitsstrafe zu erwarten ist, die nicht im Strafbefehlsverfahren festgesetzt werden kann,

7. gegen die folgenden Personen ermittelt wird:

a) Mitglieder des Europäischen Parlaments, des Deutschen Bundestages oder einer gesetzgebenden Körperschaft eines Landes,

b) Mitglieder diplomatischer Vertretungen und anderer von der inländischen Gerichtsbarkeit befreite Personen,

c) Mitglieder einer Truppe oder eines zivilen Gefolges eines NATO-Staates oder deren Angehörige,

d) Personen, die in den Anwendungsbereich des Jugendgerichtsgesetzes fallen, oder

e) Personen, bei denen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie vermindert schulfähig (§ 21 des Strafgesetzbuches) oder aus psychischen Gründen in ihrer Verteidigung behindert sind, oder

8. ein Amtsträger der Zollverwaltung der Beteiligung verdächtig ist.

(3) Soll nach Abgabe durch die Staatsanwaltschaft nach Absatz 1 eine Maßnahme nach Absatz 2 Nummer 1 oder 2 beantragt werden, so haben die Behörden der Zollverwaltung nicht die Befugnis, bei Gefahr im Verzug selbst Anordnungen vorzunehmen. Soll nach einer Abgabe durch die Staatsanwaltschaft nach Absatz 1 eine Maßnahme nach Absatz 2 Nummer 2 oder 3 beantragt werden oder ergibt sich nachträglich, dass ein Fall des Absatzes 2 Nummer 4 bis 8 vorliegt, geben die Behörden der Zollverwaltung die Strafsache an die Staatsanwaltschaft zurück.

(4) Im Übrigen können die Behörden der Zollverwaltung die Strafsache jederzeit an die Staatsanwaltschaft zurückgeben, die Staatsanwaltschaft kann die Strafsache jederzeit wieder an sich ziehen.

§ 14b Rechte und Pflichten bei der selbständigen Durchführung von Ermittlungsverfahren

(1) Führen die Behörden der Zollverwaltung das Ermittlungsverfahren nach § 14a selbständig durch, so nehmen sie die Rechte und Pflichten wahr, die der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zustehen.

(2) Sie haben nicht die Befugnis, Ermittlungen durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen.

(3) Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so beantragt die Behörde der Zollverwaltung über die Staatsanwaltschaft bei dem zuständigen Gericht den Erlass eines Strafbefehls, wenn die Strafsache zur Behandlung im Strafbefehlsverfahren geeignet erscheint; andernfalls legt die Behörde der Zollverwaltung die Akten der Staatsanwaltschaft vor.

(4) Hat die Behörde der Zollverwaltung den Erlass eines Strafbefehls beantragt, so nimmt sie die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft wahr, solange nicht nach § 408 Absatz 3 Satz 2 der Strafprozessordnung die Hauptverhandlung anberaumt oder Einspruch gegen den Strafbefehl erhoben ist.

(5) Hat die Behörde der Zollverwaltung den Antrag gestellt, eine Einziehung gemäß § 435 der Strafprozessordnung selbständig anzuordnen oder eine Geldbuße gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung gemäß § 444 Absatz 3 der Strafprozessordnung selbständig festzusetzen, so nimmt sie die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft wahr, solange die mündliche Verhandlung nicht beantragt oder vom Gericht angeordnet ist.

§ 14c Sachliche und örtliche Zuständigkeit bei der selbständigen Durchführung von Ermittlungsverfahren

(1) Sachlich zuständig für die Durchführung des selbständigen Ermittlungsverfahrens nach § 14a ist das Hauptzollamt.

(2) Örtlich zuständig für die Durchführung des selbständigen Ermittlungsverfahrens ist das Hauptzollamt,

1. in dessen Bezirk die Straftat begangen oder entdeckt worden ist,

2. das zum Zeitpunkt der Abgabe des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft für die Prüfung gemäß § 2 Absatz 1 zuständig ist oder

3. in dessen Bezirk der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Abgabe des Ermittlungsverfahrens seinen Wohnsitz hat; hat der Beschuldigte im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes keinen Wohnsitz, so wird die Zuständigkeit durch den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts bestimmt.

Sind nach Satz 1 mehrere Hauptzollämter zuständig, so ist das Hauptzollamt örtlich zuständig, an das die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren abgegeben hat.

(1) Ändert sich in Fällen des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 3 der Wohnsitz oder der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Beschuldigten nach Abgabe des Ermittlungsverfahrens, so ist auch das Hauptzollamt örtlich zuständig, in dessen Bezirk der neue Wohnsitz oder Ort des gewöhnlichen Aufenthalts liegt. Übergibt das nach Absatz 2 örtlich zuständige Hauptzollamt das Ermittlungsverfahren an das nach Satz 1 auch örtlich zuständige Hauptzollamt, so hat es die Staatsanwaltschaft davon in Kenntnis zu setzen.

III. Kritik**1. Massive Ausweitung des Prüfungsumfangs**

Nach Ansicht der Verfasserin ist die massive Ausweitung der Prüfungsaufgaben in § 2 SchwarzArbG-E besonders kritisch zu sehen. Denn für die Praxis bedeutet dies eine Entwicklung der FKS hin zur „Finanzpolizei“, was wohl politisch gewünscht ist. Die Prüfungskompetenz wird künftig nicht mehr darauf beschränkt, ob Werk- und/oder Dienstleistung-

gen legal angeboten bzw. erbracht werden. Vielmehr soll die FKS zur Aufgabe haben, praktisch sämtliche (!) fiskalische Pflichten eines Unternehmers zu kontrollieren. Dabei bestehen umfassendste Auskunfts- und Mitwirkungspflichten der von Prüfungen Betroffenen.

Die Kompetenzverschiebung geschieht zum Teil unter dem „Deckmantel“ der Erfüllung von Mitteilungspflichten nach § 6 SchwarzArbG anderen Behörden gegenüber. Immerhin bleibt noch anerkannt, dass es den zuständigen Landesfinanzbehörden obliegt, die Einhaltung steuerlicher Verpflichtungen durch Unternehmen / Arbeitgeber zu überprüfen, und dass es Sache der Familienkassen ist, kindergeldrechtliche Ansprüche zu kontrollieren. Angesichts der Befugnis der FKS zur (umfassenden) Mitwirkung an Prüfungen dieser Behörden ist ein weiterer Zuwachs ihrer Beteiligung an (sachfremden) Aufgaben zu erwarten.

Die in § 2 Abs. 4 SchwarzArbG-E nochmals erweiterte Liste jener Behörden, die sich bei Ausübung ihrer Prüfungsaufgaben gegenseitig zu unterstützen haben, gibt Aufschluss über die künftig zu erwartende behördliche Präsenz, der sich Auskunfts- und Mitwirkungspflichtige anlässlich verdachtsunabhängiger (!) Prüfungen von Geschäftsvorfällen gegenüber sehen. Diese sind zu dulden! Entgegen der Rechtsnatur wird allein durch die Möglichkeit, bundesweit Schwerpunktprüfungen unter Beteiligung einer Vielzahl von Behörden nach Maßgabe des SchwarzArbG durchzuführen der Eindruck weiter verstärkt, es gebe mehr unredliche als redliche Wirtschaftsbeteiligte.

2. Unterlaufen des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit bei straf- und bußgeldrechtlichem Anfangsverdacht

Der mit der Abgrenzung von Prüfungs- und Ermittlungsbefugnissen regelmäßig nicht vertraute Auskunfts- und Mitwirkungsverpflichtete wird größte Mühe haben, sich im Rahmen solcher Prüfungen seiner Rechte und Pflichten, vor allem aber seines Status' gewahrt zu sein. Die für den rechtlichen Laien kaum mehr auszumachende Grenze zwischen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten bei verdachtsunabhängiger Prüfung auf der einen und Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechten auf der anderen Seite wird an der Schwelle zum straf- und / oder bußgeldrechtlichen Anfangsverdacht immer weniger deutlich.

Dass in § 5 Abs. 1 Satz 2 SchwarzArbG-E aufgenommen werden soll, dass Auskünfte, die den Verpflichteten der Gefahr aussetzen, selbst (oder Angehörige i.S.d. § 15 AO) wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, verweigert werden dürfen, hat deklaratorischen Charakter.

3. Verpflichtung zur Erteilung mündlicher Auskünfte an Amtsstelle – Vorladung light?

§ 5 Abs. 2 SchwarzArbG-E soll es künftig ermöglichen, mündliche Auskünfte an Amtsstelle zu verlangen, wenn der Verpflichtete der Aufforderung zur Beantwortung von Fragen schriftlich nicht nachgekommen ist. Es sollen - auf Antrag des Auskunftspflichtigen - Niederschriften über etwa erteilte Auskünfte gefertigt werden. Wie verfahren wird, wenn der Auskunftsverpflichtete der „Einladung“ nicht folgt, also nicht an Amtsstelle erscheint, bleibt offen. Welche praktische Bedeutung dieser Vorschrift zukommen kann, ist unerfindlich. In § 8 SchwarzArbG-E ist die Verweigerung der geforderten Mitwirkung nicht als Ordnungswidrigkeit aufgeführt. Soll das Erscheinen dann also mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden? Sehen die Entwurfsverfasser eine Verpflichtung zur Aufklärung über das Recht, eine Niederschrift erstellen und sich auszuhändigen zu lassen? Es ergeben sich eher Fragen als Antworten.

4. Verbot sog. Tagelöhnerbörsen im öffentlichen Raum

Hervorzuheben ist die geplante Einführung des § 5a in das SchwarzArbG. § 5a Abs. 1 SchwarzArbG-E verbietet, als sog. Tagelöhner im öffentlichen Raum aus einer Gruppe heraus Arbeitskraft in einer Weise anzubieten, die geeignet ist, Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung zu ermöglichen. Wenn also der potentielle Tagelöhner als „Einzelkämpfer“ unterwegs ist, und seine Arbeitsleistung (möglicherweise illegal) nicht aus einer Gruppe heraus anbietet, wird jedenfalls nach dem Wortlaut der Entwurfsfassung nicht gegen das Verbot verstoßen.

Handelt es sich hier um die Vorbereitungshandlung zur Schwarzarbeit oder illegalen Beschäftigung? Intendiert die Bundesregierung die Sanktionierung des Ermöglichs oder

Ausführens von Schwarzarbeit oder illegaler Beschäftigung? Wie wird der Nachweis tatbestandsmäßigen, also verbotswidrigen Verhaltens geführt? Gegen die Einfügung der Vorschrift lässt sich viel anführen. Dass sich potentiell (organisiert) Kriminelle inzwischen geschickter verabreden und treffen, um Arbeitskraft illegal einzusetzen, steht außer Frage. Die Arbeiter stehen längst nicht mehr am Straßenrand. Die im Volksmund früher als „Arbeiterstrich“ bezeichneten öffentlichen Räume existieren in der Form, welche die Entwurfsverfasser wohl vor Augen haben, kaum mehr. Von der zweifelhaften praktischen Relevanz ganz abgesehen, ist damit der Gesetzeszweck, „erhöhten Verfolgungsdruck“²⁰ aufzubauen wohl kaum zu erreichen. Die nach Bußgeldkatalog des § 8 SchwarzArbG-E angeordnete Geldbuße lässt sich nicht als empfindlich bezeichnen.

5. Schaffung einer Ordnungswidrigkeit bei leichtfertigem Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt i.S.d. § 266a StGB

Dagegen erzeugen die neuen Bußgeldtatbestände in § 8 Abs. 3 und 4 SchwarzArbG-E dem Berater in Wirtschaftsstrafsachen und Strafverteidiger erhebliche Kopfschmerzen.

In besonderem Maße zu kritisieren ist die Absicht der Bundesregierung, in Zukunft über § 8 Abs. 3 SchwarzArbG-E ein leichtfertiges Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt im Sinne des § 266a StGB als Ordnungswidrigkeit zu ahnden. Die Entwurfsverfasser begründen dies mit einer vermeintlich bestehenden Sanktionslücke und ziehen die Parallele zur leichtfertigen (Lohn)Steuerverkürzung gemäß § 378 AO. Diese sei zu prüfen, wenn eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen (lohn)steuerrechtliche Obliegenheiten nicht zu einer Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 AO führe. Es werde also mit § 8 Abs. 3 SchwarzArbG-E „nur“ ein „Auffangtatbestand zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a des Strafgesetzbuches bezogen auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge“²¹ geschaffen, wenn vorsätzliches Handeln nicht festgestellt werden könne. Tathandlung und Taterfolg entsprächen § 266a Abs. 2 StGB.²²

Aus Sicht der Verfasserin ist zunächst richtig zu stellen, dass das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen durch § 266a Abs. 1 StGB sanktioniert wird. § 266a Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB stellt hingegen seit Einfügung durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 23.7.2004²³ das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen unter Kriminalstrafe. Dieser Tatbestand setzt außerdem das Hinzutreten von Täuschungselementen voraus.²⁴

Soweit es den Entwurfsverfassern also darum geht, das leichtfertige Vorenthalten von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen als Ordnungswidrigkeit zu sanktionieren, wird eine redaktionelle Überarbeitung notwendig sein. Denn wenn nach der gegenwärtigen Ausgestaltung „Tathandlung und Taterfolg § 266a Absatz 2 Strafgesetzbuch“²⁵ entsprechen sollen, ist das gesetzgeberische Ziel nicht zu erreichen.

Das Vorhaben kann die Anwaltschaft nur in Alarm versetzen. Gerade begrüßte die Fachwelt noch die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH vom 24.01.2018²⁶, in der dieser ankündigte, die differenzierte Beurteilung der subjektiven Tatseite beim Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB und Zuwiderhandlung gegen (lohn)steuerrechtliche Vorschriften bei § 370 Abs. 1 AO aufzugeben und stattdessen anzuerkennen, dass Fehlvorstellungen über die Arbeitgeberbereitschaft und die daraus folgende Abführungspflicht als Vorsatz ausschließende Tatbestandsirrtümer zu behandeln sind. Die vorliegende Gesetzesbegründung lässt die Entwicklung hin zu einer „uferlosen Fahrlässigkeitsahndung“²⁷ besorgen. Dass es den Entwurfsverfassern gerade um jene Fälle geht, in denen sich Vorsatz nicht nachweisen lässt bzw. bei Anwendung der Irrtumsregeln auszuschließen ist, legt nahe, dass die Ahndung – grober - Fahrlässigkeit die Regel und nicht die Ausnahme werden soll. Gerade vor dem Hintergrund der ungewöhnlich stark kasuistisch geprägten Materie und der Tatsache, dass selbst sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen in Statusfragen keineswegs Rechtssicherheit verschaffen, kann man diesem Vorhaben nur besonders kritisch gegenüberstehen.

²⁰ Regierungsentwurf, zu Art. 1, Nr. 3a, Satz 1 Nr. 8, Seite 49.

²¹ Regierungsentwurf, zu Art. 1, Nr. 11 b, Seite 59.

²² Regierungsentwurf, zu Art. 1, Nr. 11 b, zu Absatz 3, Seite 59.

²³ BGBl. I 1842.

²⁴ Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 266a Rn. 19.

²⁵ Regierungsentwurf, zu Art. 1, Nr. 11 b, zu Absatz 3, Seite 59.

²⁶ 1 StR 331/17.

²⁷ KK OWiG-Rengier, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 2.

6. „Lex Abdeckrechnung“

In § 8 Abs. 4 SchwarzArbG-E verarbeitet die Bundesregierung das Delinquenzphänomen des Ausstellens sog. Abdeckrechnungen zur Ermöglichung bzw. Verdeckung von Schwarzarbeit im Rahmen organisierter Kriminalität.²⁸

Es erscheint indes fraglich, ob mit der Einführung einer solchen Bußgeldnorm dem Umstand begegnet werden kann, dass die Ermittlung von Haupttaten nach § 266a StGB schwierig ist, zu denen die Aussteller Hilfe leisten. Hier führen die Entwurfsverfasser an, dass eine Unterstützung solcher Taten gemäß § 27 StGB nicht ahndbar sei, wenn es am Nachweis der Haupttat fehle. Wenig überzeugend ist die Begründung, erschwerend komme hinzu, dass im Zeitpunkt der Ermittlung der Haupttat bereits längere Zeiträume vergangen und die Servicefirmen, welche Schein- und Abdeckrechnungen ausstellten, regelmäßig bereits aufgelöst seien. Selbiges Problem stellt sich bei der Ermittlung einer Ordnungswidrigkeit nach § 8 Abs. 4 SchwarzArbG-E.

Dass man diesem Delinquenzphänomen einige Bedeutung beimisst, zeigt sich am ange-dachten Bußgeldrahmen von bis zu 100.000 Euro.

Zum Vergleich: Wer sich gemäß § 379 Abs. 1 AO ordnungswidrig verhält, indem er vorsätzlich oder leichtfertig in tatsächlicher Hinsicht unrichtige Belege ausstellt und dadurch ermöglicht, Steuern zu verkürzen oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile zu erlangen, wird gemäß § 379 Abs. 4 AO mit einer Geldbuße von bis zu 5.000 Euro belegt, wenn die Handlung nicht nach § 378 AO geahndet werden kann. Wer nach Gesetz buchungs- oder aufzeichnungspflichtigen Geschäftsvorfälle oder Betriebsvorgänge nicht oder in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend aufzeichnet, wird gemäß § 379 Abs. 6 AO mit bis zu 25.000 Euro bebußt. § 378 AO kann hier nicht herangezogen werden, da die Aussteller von Abdeckrechnungen nicht unter § 378 Abs. 1 AO fallen.

7. FKS als „kleine Staatsanwaltschaft“

Zu guter Letzt ist noch zu den geplanten Kompetenzen für die FKS, selbstständig Ermittlungsverfahren nach § 266a StGB durchführen zu können, Stellung zu nehmen.

Eine derartige Befugnis soll nach § 14 Abs. 1 SchwarzArbG-E künftig bestehen, wenn es sich bei der zu ermittelnden Straftat ausschließlich um eine solche des § 266a StGB handelt.

Hierzu ist anzumerken, dass in sämtlichen Fällen der vermeintlichen Statusverfehlung oder der Verletzung zentraler Arbeitgeberpflichten ungeachtet aller Divergenzen bei der Bestimmung der Arbeitgebereneigenschaft²⁹ stets auch eine Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO im Raum steht, welche durch Lohnsteuerrechtliche Verfehlungen des potentiellen Arbeitgebers verwirklicht sein kann. In bestimmten Branchen sind Leistungen zu Sozialkassen zu erbringen, die aber nicht als Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu qualifizieren sind, weshalb § 266a StGB nicht greift. Derlei potentiell strafrechtlich relevantes Verhalten ist dann ggf. gemäß § 263 StGB als Betrug strafbar, weshalb auch in solchen Fallgestaltungen aufgrund des einheitlichen Lebenssachverhalts nie ausschließlich eine Straftat nach § 266a StGB vorliegen wird. Eine Aufspaltung des Lebenssachverhalts und damit der Strafverfolgungszuständigkeit sollte unbedingt vermieden werden. Schon heute ergeben sich durch eigenständige Verfolgung von Taten nach §§ 370, 378 AO durch die Finanzbehörden in diesen Fallgestaltungen nicht hinnehmbare Schwierigkeiten. Dies gilt erst recht, wenn in den behördlichen oder gerichtlichen Verfahren abweichende Statureinschätzungen vorgenommen werden, was in der Praxis nicht selten vorkommt.

Die Entwurfsverfasser stellen hier darauf ab, dass durch Übertragung der Ermittlungsbefugnis in tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Fällen eine Entlastung der Staatsanwaltschaften erreicht werden soll. Dem ist entgegenzuhalten, dass in der Mehrzahl der Fälle mindestens rechtlich schwierige Abgrenzungen durchzuführen sind, die selbst dem fachkundigen Sozialgericht, das die sozialversicherungsrechtliche Vorfrage zu klären hat, alles andere als leichtfallen. Die von der Zollverwaltung eingeholten Stellungnahmen der Deutschen Rentenversicherung, welche die Beurteilungsgrundlage für die objektive Tatseite bilden, sind in einer beachtlichen Anzahl von Fällen angreifbar und gerichtlich zu korrigieren.

²⁸ Regierungsentwurf, zu Art. 1 Nr. 11b, zu Absatz 4, Seite 60.

²⁹ Dazu Klötzer-Assion in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2016, 5. Kapitel, Seite 85 ff.

Da sich aber nur tatsächlich oder rechtlich einfach gelagerte Sachverhalte nach § 266a StGB für das selbständige Ermittlungsverfahren nach §§ 14a - 14c SchwarzArbG-E eignen, stellt sich die Frage nach dem praktischen Anwendungsbereich.

Tatsächlich sind Strafverfahren, die wegen des Vorwurfs des § 266a StGB geführt werden, bei den gebildeten Schwerpunktstaatsanwaltschaften richtig verortet, weil gerade dort die entsprechende Kompetenz vorliegt.

Die Praxis der Strafverteidigung lehrt überdies, dass es die vermeintlich einfach gelagerten Fälle sind, in denen der Beschuldigte ohne adäquaten Rechtsrat außerstande ist, die tatsächlichen Verhältnisse korrekt darzustellen und einer differenzierten rechtlichen Bewertung zugänglich zu machen. Bedenke man nur die von der Zollverwaltung im Vorfeld solcher Ermittlungsverfahren - nämlich im Prüfungsverfahren - verwendeten Fragebögen zur Statusermittlung, welche zu einer (man könnte meinen zielgerichteten) Verkürzung auf Sachverhaltsebene durch Ankreuzen und vorformulierte, standardisierte Kriterienabfrage führen und in Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts nach § 266a StGB münden.

Rezensionen

Rechtsanwalt Dr. Richard Hennecke, Essen/Münster

Laura Christiane Nienaber, Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliance-basierter unternehmensinterner Ermittlungen

Diss., 1. Auflage 2019, Nomos Verlagsgesellschaft, 535 S., 139,00 EUR.

I. Einleitung

Kaum ein Thema hat die Gemüter im Wirtschaftsstrafrecht im vergangenen Jahr so erhitzt wie die lang ersehnte „Jones-Day“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹ zur Durchsuchung von Kanzleiräumen und der Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Ermittlungen. Die Hoffnung nach bundeseinheitlichen Standards erfüllte die Entscheidung jedoch nicht.² Eine gesetzliche Regelung lässt zudem weiterhin auf sich warten. Umso wichtiger ist daher der Beitrag, den die Autorin mit ihrer Dissertation zur dringend notwendigen, dogmatischen Durchdringung der Materie leistet. Das Werk, erschienen in der renommierten Reihe „Schriften zu Compliance“ des Nomos Verlages, beschränkt sich dabei nicht auf die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus internen Ermittlungen. Sicherlich hätte man allein diesem Thema eine Dissertation widmen können. Die Autorin wählt stattdessen einen ganzheitlichen Ansatz: Die Untersuchung stellt sowohl den tatsächlichen als auch den rechtlichen Rahmen interner Ermittlungen dar und befasst sich zudem mit der in der Praxis besonders relevanten Frage der Verwend- und Verwertbarkeit von Untersuchungsergebnissen und der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und Wahrung der Verteidigungsrechte des betroffenen Mitarbeiters im Strafverfahren. Dem Ansatz entsprechend gleicht das Werk mit einem Umfang von 535 Seiten auch eher einer Habilitationsschrift als einer Dissertation.

II. Zum Inhalt

Gegenstand und Schwerpunkt (vgl. S. 33) – und damit das selbstgesteckte Ziel der Autorin – liegen in der Analyse von Umfang und Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen. Die Autorin macht dabei gleich zu Beginn deutlich, welche Fragen sie hierbei als wesentlich ansieht (S. 34). Diese Fragen dürften jedem mit internen Ermittlungen befassten Praktiker nur allzu geläufig sein: Sind unternehmensinterne Ermittlungen zulässig und besteht gar

¹ BVerfG, Beschlüsse vom 27.06.2018 - 2 BvR 1287/17 und 2 BvR 1583/17

² Vgl. *Momsen*, NJW 2018, 2362.

eine rechtliche Verpflichtung hierzu? Welche rechtlichen Grenzen gibt es? Existiert eine arbeitsrechtliche Aussagepflicht der Mitarbeiter? Müssen Mitarbeiter belehrt und Gespräche protokolliert werden? Steht den internen Ermittlern ein Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren zu? Liegt ein Beschlagnahmeverbot hinsichtlich der Aufzeichnungen und Unterlagen der unternehmensinternen Ermittlungen vor? Besteht ein Beweisverwertungsverbot für selbstbelastende Äußerungen? Und zuletzt: Wie lässt sich das Spannungsverhältnis zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und Nemo-tenetur-Grundsatz / Fair-trial-Prinzip auflösen?

Die Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Das *erste Kapitel* (S. 37 ff.) befasst sich mit dem Begriff, der Bedeutung und der Systematisierung unternehmensinterner Ermittlungen. Die Autorin stellt zu Beginn des Abschnittes die Genesis des Begriffs und die wachsende Bedeutung von Compliance dar. Zur Bestimmung von Umfang und Grenzen interner Ermittlungen ist nach Ansicht der Autorin zunächst eine Definition der unternehmensinternen Ermittlungen erforderlich. Zu diesem Zwecke werden zunächst die Ziele unternehmensinterner Ermittlungen beleuchtet und von den Zielen und Zwecken strafrechtlicher Ermittlungen abgegrenzt. Die Autorin weist dabei auf das Fehlen einheitlicher Rahmenbedingungen hin und zeigt am Begriff der Korruption auf, dass Bereits bei der Definition der aufzudeckenden Sachverhalte Schwierigkeiten entstehen. Überzeugend stellt die Autorin (S. 62 ff.) den Vorteil von externen gegenüber internen Ermittlern dar. Den Sinn und Zweck von unternehmensinternen Ermittlungen erläutert die Autorin (S. 69 ff.) anhand verschiedener nationaler und internationaler Haftungsregime und begründet ihn mit der Abwendung von Rechtsfolgen für das Unternehmen und dessen Organen sowie der bußgeldmindernden Wirkung von Compliance-Maßnahmen vor dem Hintergrund der jüngeren BGH Rechtsprechung.³ Die aus Sicht der Praxis sehr relevante und schwierige Frage des notwendigen *Umfangs* interner Ermittlungen stellt die Autorin umfassend (S. 92 ff.) dar. Nach ihrer Ansicht gilt: je begründeter der Verdacht von Rechtsverletzungen, je schwerer das Delikt wiegt und je größer die finanziellen Schäden für das Unternehmen sowie die Haftungsgefahr der Pflichtenträger und der Reputationsverlust und je höher die Wahrscheinlichkeit einer Kooperation, desto umfangreicher sollte die unternehmensinterne Ermittlung ausfallen. Die Autorin stellt dabei die gängigen Ermittlungsmaßnahmen und die damit einhergehenden Risiken dar. Ein besonderer Schwerpunkt liegt hierbei auf Mitarbeiterinterviews (S. 98 ff.) als Schlüsselfaktor der Untersuchung. Überzeugend arbeitet die Autorin die dogmatische Herleitung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht des Arbeitnehmers heraus. Eine Beschränkung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht lehnt die Autorin unter umfassender Darstellung der Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung aufgrund einer Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und denen des Unternehmens und seiner Organe ab (S. 108 ff.). In der Folge wird auch die Delegation des arbeitsrechtlichen Auskunftsanspruchs an externe Ermittler und im Falle der AG ein originäres Befragungsrecht des Aufsichtsrates und dessen Recht zur Beauftragung von Ermittlern bejaht. Streitbar ist sicherlich die Annahme der Fortwirkung der Auskunftspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (S. 115), wobei die Autorin letztlich auf eine Interessensabwägung im Einzelfall abstellt. Als „Minus“ zum Auskunftsanspruch bejaht die Autorin eine Pflicht zur Teilnahme an Interviews. Ein Anspruch auf den Beistand eines Betriebsratsmitglieds wird außerhalb des Anwendungsbereichs des § 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG verneint. Die Autorin stellt zudem mögliche arbeitsrechtliche Konsequenzen als Folge der Verletzung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht dar und diskutiert die Vor- und Nachteile von Amnestieprogrammen (S. 121 ff.). Überzeugend weist die Autorin dabei darauf hin, dass die Nichtgeltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht dazu führen darf, die zero-tolerance-policy eines Unternehmens zu unterwandern und den Eindruck entstehen zu lassen, dass Fehlverhalten toleriert wird (S. 125 f.). Das erste Kapitel endet mit einer Diskussion der Abgrenzung von privaten und staatlichen Ermittlungen, wobei die Autorin auf die Problematik der Umgehung strafprozessualer Beschuldigtenrechte durch Einschaltung interner Ermittler hinweist, wenn einzelne Untersuchungsmaßnahmen den Ermittlungsbehörden zuzurechnen sind. Das bloße Ausnutzen der Ermittlungsergebnisse ist nach Ansicht der Verfasserin hierfür nicht ausreichend (S. 134 ff.).

Das *zweite Kapitel* befasst sich mit den Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen. Zu Beginn des Kapitels diskutiert die Autorin die Frage der Zulässigkeit unternehmensinterner Ermittlungen, die sie unter Darstellung der verfassungsrechtlichen und strafprozessualen

³ BGH, Urteil vom 09.05.2017 – I StR 265/16

Vorgaben – entsprechend der herrschenden Meinung – ebenso bejaht wie eine *Rechtspflicht* zur Durchführung interner Ermittlungen. Das Herzstück des Kapitels (S. 173 ff.) betrifft die Frage der Rechtmäßigkeit einzelner Ermittlungsmaßnahmen. Hervorzuheben ist hierbei die Darstellung der in der Praxis besonders relevanten datenschutzrechtlichen Vorgaben, welche die Autorin bereits im Lichte der Neuerungen von DSGVO, BDSG und TKG darstellt, dabei aber auch die frühere Rechtslage berücksichtigt. Nach der allgemeinen Darstellung strafrechtlicher, standesrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Grenzen beleuchtet die Autorin in der Folge die Rechtmäßigkeit einzelner Ermittlungsmaßnahmen, wobei gleich zu Beginn auf die Zulässigkeit der Auswertung von E-Mails eingegangen wird. Die Zulässigkeit eines E-Mail-Screenings wird ausführlich diskutiert, wobei die Autorin im Ergebnis der gängigen Abgrenzung zwischen dienstlichen und privaten E-Mails und gestatteter bzw. nicht-gestatteter Privatnutzung folgt. Eine Inhaltskontrolle bei erlaubter Privatnutzung lehnt die Autorin ab (S. 221). Ein entsprechendes Ergebnis soll auch beim Screening von Internetverkehrsdaten, der Sichtung physischer und elektronischer Dokumente und der Kontrolle des Postverkehrs gelten. Eine verdeckte Telefonüberwachung lehnt die Autorin grundsätzlich ab, wohingegen eine verdeckte Videoüberwachung vor dem Hintergrund der jüngeren BAG Rechtsprechung bei Vorliegen eines Anfangsverdachts in Bezug auf Straftaten oder sich als gravierend darstellende Pflichtverletzungen als ultima ratio zulässig sein soll, sofern das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen im Einzelfall nicht entgegensteht (S. 259). Neben der Durchsuchung und Inaugenscheinnahme des Arbeitsplatzes zeigt die Autorin noch die Strafbarkeitsrisiken bei der Durchführung von Mitarbeiterinterviews auf. Das Kapitel schließt mit der Diskussion der Zulässigkeit von Amnestieprogrammen und der häufig relevanten Frage der Übernahme von Verteidigerkosten und Geldstrafen. Allenfalls an dieser Stelle wird sich mancher Leser noch mehr Tiefe wünschen, da diese Fragen in der Praxis je nach Rechtsform des Unternehmens mitunter Schwierigkeiten bereiten, worauf die Autorin allerdings zutreffend hinweist.

Im *dritten* Kapitel untersucht die Autorin, inwieweit eine Verwendung der Erkenntnisse unternehmensinterner Ermittlungen erfolgen kann. Diese Frage wird im Wesentlichen in Bezug auf Strafverfolgungsbehörden diskutiert. Dabei erörtert die Autorin zunächst die Frage, inwieweit den an der internen Ermittlung beteiligten Personen ein Schweigerecht im Strafverfahren zusteht (S. 288 ff.). Die Autorin diskutiert hier vor allem ein Schweigerecht beteiligter Syndikusrechtsanwälte, dass im Ergebnis vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 StPO durch eine Gleichstellung von Syndikusrechtsanwälten und externen Rechtsanwälten bejaht wird. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwendung von Interviewprotokollen im Ermittlungsverfahren wird ebenfalls bejaht. Die Einführung in das Hauptverfahren wird hingegen unter Verweis auf das Beweiserhebungsverbot des § 250 StPO und das Richterprivileg des § 254 StPO verneint. Die besonders relevante Frage der Beschlagnahmefähigkeit von Interviewprotokollen, die sich im Besitz von Berufsheimlichkeitsinhabern befinden, entscheidet die Autorin durch eine extensive Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 2018 hält die Autorin dabei für „schwer verständlich“ (S. 316). Zurecht weist sie darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant vernachlässigt und diese Entscheidung in der Konsequenz dem gesetzgeberischen Ziel einer Honorierung von freiwilliger Aufklärungsarbeit zuwiderläuft. In der Folge bejaht die Autorin ein Beschlagnahmeverbot von entgegen § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO beschlagnahmten Unterlagen. Sofern sich Interviewprotokolle im Gewahrsam einer mandatierten Rechtsanwaltskanzlei befinden, sollen diese dem Beschlagnahmeschutz des § 160a StPO unterliegen.

Das *vierte* Kapitel befasst sich schließlich mit dem Spannungsverhältnis zwischen der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht betroffener Mitarbeiter und der Selbstbelastungsfreiheit gegenüber staatlichen Institutionen. Als Grundlage zur Beantwortung dieser Frage erfolgt zunächst eine umfassende Darstellung der Systematik der Beweisverwertungsverbote sowie des nemo-tenetur-Grundsatzes und des Fair-Trial-Prinzips als zentrale verfassungsrechtliche Grundsätze. Die Autorin löst das Spannungsverhältnis im Wege einer praktischen Konkordanz. Eine Einschränkung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht lehnt sie ab (S. 401 ff.). Das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers trete gegenüber den Interessen des Arbeitgebers zurück. Ein Schutz der Interessen des Arbeitnehmers hingegen könne nicht über eine entsprechende Anwendung etwa des § 136a StPO oder des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erreicht werden. Die Autorin nimmt jedoch aufgrund des Fair-Trial-Prinzips ein Beweisverwertungsverbot für Aussagen an, die aufgrund der arbeitsrechtlichen Auskunfts-

pflcht des Mitarbeiters im Rahmen einer unternehmensinternen Ermittlung zustande gekommen sind (S. 439). Die Autorin geht allerdings noch weiter und bejaht zudem eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes (S. 445 f.). Ein hypothetischer Ersatzeingriff als Möglichkeit zur Verwertung der Aussage des Mitarbeiters wird abgelehnt. Zudem soll für Unterlagen, die der Arbeitnehmer aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht herausgeben muss, ein Beweisverwendungsverbot bestehen. Im Ergebnis lehnt die Autorin damit die Möglichkeit einer strafprozessualen Verwertung der Aussage, die ein Mitarbeiter im Rahmen einer internen Ermittlung getätigt hat, umfassend ab. Die Autorin weist allerdings darauf hin, dass die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht des Mitarbeiters einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden sollte. De lege ferenda schlägt sie daher eine Regelung nach dem Vorbild des § 97 InsO vor.

III. Fazit

Die Arbeit gibt eine umfassende Übersicht zum Lagebild und zu sämtlichen Facetten unternehmensinterner Ermittlungen. Sie ist sowohl aus Praxis- als auch aus wissenschaftlicher Sicht interessant. Die gängigen Rechtsansichten werden vollständig dargestellt und die verschiedenen Problemfelder sowohl in rechtlicher als auch in praktischer Hinsicht aufgezeigt. Dem ganzheitlichen Ansatz, den die Autorin mit ihrer Arbeit verfolgt hat, wird das Werk voll und ganz gerecht. Dem geneigten Leser kann die Arbeit uneingeschränkt empfohlen werden.