

03.2024

13. Jahrgang | Sept 2024

Journal der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung e.V.



WiJ

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V. – WisteV

Redaktion:

Dr. Laura Borgel
Dr. Mayeul Hiéramente
Dr. Arne Klaas
Hannah Milena Piel
Kathie Schröder

Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann
Friedrich Frank
Dr. Ulrich Leimenstoll
Prof. Dr. Nora Markwalder
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 www.wistev.de

Aus dem Inhalt

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Dr. Carolin Raspé, München,
und Rechtsanwalt Dr. Roland M. Stein, Berlin

**Strafrechtliche Risiken bei der Sanktions-
Compliance Teil 1** 97

Rechtsanwältin Sigrid Mehring-Zier, Frankfurt a.M.

**Wirtschaftsvölkerstrafrecht in der europäischen
Praxis – und Deutschland?** 104

Rechtsanwalt Jakob Lehnert, Darmstadt

Digitale Akteneinsicht in der Untersuchungshaft 113

EINFÜHRUNGSBEITRÄGE UND CHECKLISTEN

Rechtsanwalt Tim Wybitul, Frankfurt a.M., Dr. Markus Wünschelbaum,
Hamburg, und Rechtsanwalt Dr. Arne Klaas, Berlin

**Checkliste für E-Mail-Auswertungen
bei internen Ermittlungen** 121

Rechtsanwalt Marc Neuhaus
und Rechtsanwalt Dr. Simon Ulc, beide Düsseldorf / Essen

**Checkliste: Übernahme von Kosten für Verteidiger
und Zeugenbeistände – eine Praxisübersicht** 125

INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Christoph Tute, Frankfurt a.M.

**Strafschärfungsverbot als Bestandteil
des Spezialitätsgrundsatzes** 145

AUFsätze UND KURZBEITRäge

Rechtsanwältin Dr. Carolin Raspé, München,
und Rechtsanwalt Dr. Roland M. Stein, Berlin

Strafrechtliche Risiken bei der Sanktions- Compliance Teil 1 97

Rechtsanwältin Sigrid Mehring-Zier, Frankfurt a.M.

Wirtschaftsvölkerstrafrecht in der europäischen Praxis – und Deutschland? 104

Rechtsanwalt Jakob Lehnert, Darmstadt

Digitale Akteneinsicht in der Untersuchungshaft 113

EINFÜHRUNGSBEITRäge UND CHECKLISTEN

Rechtsanwalt Tim Wybitul, Frankfurt a.M., Dr. Markus Wünschelbaum,
Hamburg, und Rechtsanwalt Dr. Arne Klaas, Berlin

WiJ-Interview:

E-Mail-Auswertung bei internen Ermittlungen 117

Rechtsanwalt Tim Wybitul, Frankfurt a.M., Dr. Markus Wünschelbaum,
Hamburg, und Rechtsanwalt Dr. Arne Klaas, Berlin

Checkliste für E-Mail-Auswertungen bei internen Ermittlungen 121

Rechtsanwältin Eva Racky, Frankfurt a.M.

Checkliste: Die Besetzungsprüfung 122

Rechtsanwalt Marc Neuhaus
und Rechtsanwalt Dr. Simon Ulc, beide Düsseldorf / Essen

Checkliste: Übernahme von Kosten für Verteidiger und Zeugenbeistände – eine Praxisübersicht 125

Stud. iur. Sara Müller, Osnabrück

Geschäftsherrenhaftung und mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in unternehmerischen Organisationsstrukturen 136

INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Christoph Tute, Frankfurt a.M.

Strafschärfungsverbot als Bestandteil des Spezialitätsgrundsatzes 145

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M.

Zur Kumulation von Unternehmensgelbbußen 153

Rechtsanwalt Dr. David Ulrich, Düsseldorf

Die Versicherungsrechtliche Auskunftspflicht bei Strafrechtsschutzversicherungen 155

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert.

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 158

REZENSIONEN

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

Svenja Jutta Luise Karl: Die Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen 163

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln
Vertreten durch Dr. Laura Borgel,
Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis,
Hannah Milena Piel, Dr. Ricarda Schelzke,
Dr. Sohre Tschakert, Dr. Christoph Tute
Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion:

Dr. Laura Borgel, Dr. Mayeul Hiéramente,
Dr. Arne Klaas, Hannah Milena Piel, Kathie Schröder
Kontakt: redaktion@wi-j.de

Verantwortliche Schriftleitung:

Hannah Milena Piel, Kontakt: redaktion@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann, Friedrich Frank,
Dr. Ulrich Leimenstoll, Prof. Dr. Nora Markwalder,
Dr. André-M. Szesny, LL.M., Raimund Weyand

Grafik / Layout:

Anja Sauerland, www.paper-love.com

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/die Autorin 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 www.wistev.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Dr. Carolin Raspé, München, und
Rechtsanwalt Dr. Roland M. Stein, Berlin

Strafrechtliche Risiken bei der Sanktions-Compliance* Teil 1

Im Zuge des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine hat die EU massive und mittlerweile in ihrem Umfang beispielsweise Sanktionen gegen Russland erlassen, die seitdem stetig erweitert werden. Die Sanktionen richten sich primär gegen Russlands wirtschaftliche Basis und seine Beschaffungsmaßnahmen für kriegswichtige Güter.

Durch weitreichende Verbote sowie flankierende Maßnahmen und damit einhergehende Sorgfaltspflichten müssen EU-Unternehmen ein sehr komplexes Terrain an Vorgaben navigieren, bei dem oft nicht eindeutig ist, wie Sanktions-Compliance sichergestellt werden kann. Trotz einiger Unsicherheiten bestehen für Unternehmen in Deutschland erhebliche straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Risiken, da viele Sanktionsverstöße straf- und bußgeldbewehrt sind. Dazu kommen noch potenziell empfindliche verwaltungsrechtliche Sanktionen sowie nicht zu unterschätzende Reputationsschäden.

Dieser Beitrag greift einige der zentralen Fragen der Sanktions-Compliance auf, beleuchtet dabei strafrechtliche Risiken sowie Schwierigkeiten und geht auf aktuelle Entwicklungen ein.

I. Rechtsrahmen der EU-Sanktionen

1. Die Sanktionen im Überblick

Zentraler Bestandteil der restriktiven Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands gegen die Ukraine sind die regelmäßig aktualisierten und erweiterten Verordnungen (EU) Nr. 269/2014¹ (**Finanzsanktions-VO**) und (EU) Nr. 833/2014 (**Russland-VO**).² Im weiteren Zusammenhang des Konflikts treten weitere Rechtsakte hinzu, wie bspw. die Belarus-Sanktionsverordnung,³ oder aber auch Sanktionen gegen den Iran und Nordkorea aufgrund ihrer Unterstützung der militärischen Aggression gegen die Ukraine.

Die Finanzsanktions-VO legt die Sanktionen gegen einzelne natürliche und juristische Personen fest, die im weiten Sinne Russlands Aktivitäten in der Ukraine, oder aber auch Russland bei der Sanktionsumgehung unterstützen. Der Rechtsakt bildet insbesondere die Grundlage für das Einfrieren von russischen Vermögenswerten und die in Verbindung mit diesen Vermögenswerten stehenden Meldepflichten.

Dagegen bildet die Russland-VO die Grundlage für die weitreichenden Handelsembargos und die zahlreichen weite-

ren Einschränkungen der wirtschaftlichen Beziehungen mit Russland sowie den Ausgangspunkt der damit einhergehenden Sorgfaltspflichten für Unternehmen.

Der Anwendungsbereich der Sanktionen wird dabei grundsätzlich durch die jeweiligen Rechtsakte selbst festgelegt. Art. 13 der Russland-VO sieht vor, dass die Verordnung im Gebiet der Union sowie für nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründete oder eingetragene juristische Personen innerhalb und außerhalb des Unionsgebiets gilt.⁴ Sie gilt zudem für juristische Personen in Bezug auf Geschäfte, die ganz oder teilweise in der Union getätigt werden.⁵ Es bedarf also einer Verbindung (Nexus) zur Union; der Verordnung soll grundsätzlich keine extraterritoriale Wirkung zukommen. Dieser Grundsatz beginnt aber angesichts der anhaltenden Umgehung der Sanktionen zunehmend zu bröckeln. In Folge der Sanktionserweiterungen vor allem durch neue Sorgfaltspflichten für Unternehmen kann sogar von einem Paradigmenwechsel gesprochen werden, der sich vor allem durch eine faktisch extraterritoriale Wirkung der Sanktionen manifestiert (siehe dazu. IV. 2. a)).

2. Die aktuell relevantesten Verbote

Die Wirtschaftssanktionen sehen eine Vielzahl weitgreifender Verbote und Beschränkungen vor, mit denen letztendlich die Fähigkeit Russlands zur Kriegsführung eingeschränkt werden soll. Ein zentraler Bestandteil der restriktiven Maßnahmen sind dabei die zahlreichen Ein- und Ausfuhrverbote der Russland-VO. Durch diese soll Russland der Zugang zu kritischen Technologien versperrt sowie die wirtschaftliche Basis des Landes geschwächt werden.

Die Einfuhrverbote betreffen einige Schlüsselsektoren und Einnahmequellen der russischen Wirtschaft, allen voran Rohstoff- und Halberzeugnisseexporte: So ist es bspw. verboten, gewisse Eisen- und Stahlerzeugnisse russischen Ursprungs oder aus Russland heraus unmittelbar oder mittelbar in die EU einzuführen, zu kaufen oder zu befördern.⁶ Ähnlich be-

* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag der Autoren anlässlich der wisteV-wistra Neujahrstagung am 19. Januar 2024. Aktuelle Entwicklungen wurden bis August 2024 aufgenommen. Der Autor Stein ist Partner bei der Kanzlei BLOMSTEIN, Berlin. Die Autorin Raspé ist Partnerin bei der Kanzlei YPOG, München. Die Autoren bedanken sich herzlich bei Raphael Beermann, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei BLOMSTEIN, für die wertvolle Mitarbeit bei der Erstellung des Beitrages.

¹ Verordnung (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17. März 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen.

² Verordnung (EU) Nr. 833/2014 des Rates vom 31. Juli 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren.

³ Verordnung (EG) Nr. 765/2006 des Rates vom 18. Mai 2006 über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Belarus und der Beteiligung von Belarus an der Aggression Russlands gegen die Ukraine.

⁴ Art. 13 lit. a), d) Russland-VO.

⁵ Art. 13 lit. e) Russland-VO.

⁶ Art. 3g Abs. 1 lit. a) Russland-VO.

troffen sind Rohöl und Erdölzeugnisse⁷ sowie Düngemittel.⁸ Gleichzeitig sollen die Ausfuhrverbote Russland von dem Zugang zu eben jenen Gütern abschneiden, die es nicht oder nur in begrenztem Maße selbst produzieren kann, worunter häufig auch kriegswichtige Güter fallen. So ist es zum Beispiel verboten, Güter und Technologien mit doppeltem

Verwendungszweck (sogenannte **Dual-Use-Güter**) unmittelbar oder mittelbar an natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen in Russland oder zur Verwendung in Russland zu verkaufen, zu liefern, zu verbringen oder auszuführen.⁹ Darüber hinaus ist aber bspw. auch die Ausfuhr bestimmter Luxusgüter nach Russland verboten.¹⁰

Verbotene Handlungen - VO (EU) 833/2014

Zentrale Verbote

	Ausfuhrverbote Verkauf, Lieferung, Verbringung oder Ausfuhr von bspw.: Waffen, Dual-Use-Güter, Güter für Seeschifffahrt, Güter für Luft- und Raumfahrt, Luxusgüter
	Einfuhrverbote Kauf, Einfuhr, Verbringung oder Transport von bspw.: Eisen/Stahl, Dünger, Rohöl/Erdöl, Kohleerzeugnisse, Holz/Holzwaren, Kreuzfahrtschiffe, Kaviar

Flankierende Verbote

	Technische Hilfe Reparaturen, Entwicklung, Herstellung, Montage, Erprobung, Wartung oder andere technische Dienstleistungen durch Anleitung, Beratung, Ausbildung oÄ
	Vermittlungsdienste Aushandlung oder Veranlassung des Kaufs/Verkaufs/Lieferung von Gütern und Technologien oder Finanzdienstleistungen
	Bereitstellung von Finanzmitteln und Finanzhilfen (Verpflichtung zur) Auszahlung von Zuschüssen, Darlehen, Garantien, Bürgschaften, Anleihen, Akkreditiven, Lieferanten-/Bestellerkrediten etc.

Abbildung 1: Eine Auswahl der relevanten Verbote der Russland-VO.

Flankiert werden diese Ein- und Ausfuhrverbote im Regelfall durch weitgreifende Bereitstellungsverbote, die mit den jeweiligen gelisteten Gütern in Verbindung stehende (Finanz-) Dienstleistungen untersagen. So ist es typischerweise auch verboten, technische Hilfe (technische Dienstleistungen wie Reparaturen oder Montage) sowie Vermittlungsdienste (Aushandlung oder Veranlassung des Kaufs bzw. Verkaufs oder der Lieferung) im Zusammenhang mit den betroffenen Gütern und Technologien zu erbringen.¹¹ Genauso ist in der Regel auch die Bereitstellung von Finanzmitteln und Finanzhilfen verboten.¹² Diese flankierenden Maßnahmen tragen dazu bei, die Effektivität der zentralen Einfuhr- und Ausfuhrverbote zu stärken, indem die für die jeweiligen Transaktionen und Güter oft essentiellen Dienstleistungen ebenfalls untersagt werden.

Jedoch fehlt den Verboten der Russland-Sanktionen aufgrund ihrer großen Reichweite oft die nötige Konturschärfe, sodass die Grenzen zu ebenfalls verbotenen Sanktionsumgehungshandlungen häufig fließend verlaufen – was unter anderem auch im Hinblick auf eine mögliche Strafbewehrung solcher Handlungen problematisch sein kann (siehe dazu IV. 1. b)).

Darüber hinaus sieht die Russland-VO zahlreiche weitere Verbote und Beschränkungen vor (siehe Abbildung 2).

⁷ Art. 3m Abs. 1 Russland-VO.

⁸ Art. 3i Abs. 1 i.V.m. Anhang XXI Russland-VO.

⁹ Art. 2 Abs. 1 Russland-VO.

¹⁰ Art. 3h Abs. 1 Russland-VO.

¹¹ Bspw. Art. 2 Abs. 2 Russland-VO.

¹² Bspw. Art. 2 Abs. 2 Russland-VO.



Abbildung 2: Eine Auswahl weiterer Verbote und Beschränkungen durch die Russland-Sanktionen.

Dagegen verlangt die Finanzsanktions-VO primär von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten Gelder und andere wirtschaftliche Ressourcen sanktionierter Individuen und juristischer Personen einzufrieren.¹³ Zugleich statuiert sie weitreichende Bereitstellungsverbote in Bezug auf diese sanktionierten Personen, damit diese keinen Zugriff auf neue wirtschaftliche Ressourcen bekommen.¹⁴ Zusätzlich sieht die Verordnung zahlreiche Ausnahmeregelungen vor.¹⁵ Schließlich werden umfangreiche Meldepflichten hinsichtlich der Existenz und der Bewegung eingefrorener bzw. einzufrierender wirtschaftlicher Ressourcen vorgesehen.¹⁶

II. Folgen bei Sanktionsverstößen

Verstöße gegen die beschriebenen Vorschriften können empfindliche Sanktionen nach sich ziehen. Diese sind in Deutschland derzeit im AWG geregelt.

1. Die Grundstraftatbestände nach dem AWG

Die §§ 17 bis 19 AWG enthalten Straf- und Bußgeldvorschriften für Verstöße gegen Exportbeschränkungen. Sinn und Zweck der Regelungen ist die Absicherung von außenwirtschaftsrechtlichen Verboten und Genehmigungsvorbehalten. Die §§ 17 und 18 AWG enthalten Strafvorschriften, während § 19 AWG die zentrale Vorschrift für Ordnungswidrigkeiten darstellt. Bei den §§ 17 bis 19 AWG handelt es sich um sogenann-

te Blanketttatbestände. Das heißt, die Vorschriften enthalten lediglich die Rechtsfolgen, während sich der eigentliche Tatbestand – also das als Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu ahnende Verhalten – aus dem Exportkontrollrecht, hier überwiegend aus den genannten EU-Verordnungen, ergibt. Diese Ausfüllungsvorschriften müssen bei der Auslegung herangezogen werden. Durch die Blanketttechnik kann schnell und flexibel im Verordnungsweg auf unvorhersehbar eintretende außenwirtschaftliche Erfordernisse reagiert werden.

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

- § 17 AWG regelt vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen Waffenembargos auf Grundlage von UN- oder GASP-Beschlüssen. Die Vorschrift enthält einen Strafrahmen für vorsätzliche Verstöße von einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren; im minder schweren Fall eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren. Bei leichtfertigen Verstößen sieht das Gesetz einen Strafrahmen von einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor.

¹³ Art. 2 Abs. 1 Finanzsanktions-VO.

¹⁴ Art. 2 Abs. 2 Finanzsanktions-VO.

¹⁵ Bspw. können gem. Art. 6 d) Finanzsanktions-VO die zuständigen Behörden die Freigabe gefrorener wirtschaftlicher Ressourcen genehmigen, wenn dies zur Abwendung schwerer Schäden für die Umwelt, Sicherheit oder menschliche Gesundheit erforderlich ist.

¹⁶ Art. 8 Finanzsanktions-VO.

- § 18 AWG bezieht sich auf vorsätzliche Verstöße gegen sonstiges europäisches oder nationales Außenwirtschaftsrecht. Die Vorschrift selbst differenziert zwischen Vergehen und Verbrechen: Die Grundtatbestände nach Abs. 1 bis 5b sind Vergehen. Der Strafraum variiert von Geldstrafen zu Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren. Die Qualifikationstatbestände nach Abs. 7 bis 8 enthalten eine Hochstufung zum Verbrechen. Es ist eine Freiheitsstrafe nicht unter einem bzw. nicht unter zwei Jahren vorgesehen.
- § 19 AWG hat die fahrlässige Begehung von Taten nach § 18 AWG oder weniger gewichtigen Vorsatztaten zum Gegenstand. In bestimmten – schwerwiegenderen – Fällen erfolgt eine Ahndung mit einer Geldbuße von bis zu fünfhunderttausend Euro. In den übrigen Fällen ist eine Ahndung mit einer Geldbuße von bis zu dreißigtausend Euro vorgesehen.

2. Ausblick auf ein EU-harmonisiertes Strafrecht bei Sanktionsverstößen

Bislang gab es zwar bereits eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Sanktionsverstöße im nationalen Recht zu sanktionieren, aber keine Harmonisierung der entsprechenden Vorschriften. Dies führte zu erheblichen Unterschieden bei der Einstufung und Sanktionierung von Verstößen zwischen den Mitgliedstaaten.

Um diesen Missstand zu beheben wurden Verstöße gegen Sanktionen in die Liste der „EU-Straftatbestände“ aufgenommen und eine entsprechende Richtlinie¹⁷ erarbeitet. Im Dezember 2022 unterbreitete die EU-Kommission den Vorschlag einer Richtlinie zur Harmonisierung von strafrechtlichen Sanktionen für den Verstoß gegen EU-Sanktionen. Ein Jahr später einigten sich Rat und Europäisches Parlament auf politischer Ebene, woraufhin im Frühjahr 2024 die formelle Annahme durch das Europäische Parlament und den Rat erfolgte. Die Richtlinie trat am 20. Mai 2024 in Kraft. Die Mitgliedstaaten haben bis zum 20. Mai 2025 Zeit, um die Bestimmungen der überarbeiteten Richtlinie in ihre nationalen Rechtsvorschriften umzusetzen.

Die EU-Richtlinie enthält unter anderem die folgenden Regelungen:

- Sie definiert zu bestrafende Verstöße gegen EU-Sanktionen detailliert (u.a. Strafbarkeit bestimmter Formen der Sanktionsumgehung)¹⁸;
 - Sie definiert bestimmte vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen, die als Straftaten eingestuft werden¹⁹;
 - Sie setzt Mindestvorgaben an die Strafbarkeit von natürlichen Personen²⁰: Die Höchststrafe muss ein Freiheitsentzug sein. Bei bestimmten Taten muss das Höchstmaß eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren sein.
- Zudem sollen juristische Personen sanktioniert werden, wenn die Straftat zu ihren Gunsten von einer Person begangen wurde, die eine Führungsposition in der Organisation innehat.²¹
 - Personen, die Verstöße gegen EU-Sanktionen melden, sollen nach den Vorgaben der Hinweisgeberschutz-Richtlinie geschützt werden.²²

III. Strafrechtliche Schwierigkeiten im Sanktionskontext

Aus strafrechtlicher Sicht stellen sich immer wieder Fragen hinsichtlich der Auslegung der strafbewehrten Sanktionsvorschriften. Auf einige dieser wiederkehrenden Probleme soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

1. Tätereigenschaft

Die Tätereigenschaft ist im Sanktionsstrafrecht nicht immer leicht zu greifen. Der § 18 AWG sieht verschiedene Tathandlungen vor, eine bedeutende Tathandlung stellt dabei das Ausführen von Waren entgegen spezifischer Sanktionsvorschriften dar. Gerade im Unternehmenskontext, wenn viele Personen an einem Ausfuhrvorgang mitwirken, kann es schwierig sein festzustellen, wer Ausführer und damit tatrichterlicher Täter im konkreten Fall ist.

a) Ausführereigenschaft

„Ausführen“ beschreibt den tatsächlichen Vorgang des Verbringens von Waren in ein anderes Wirtschaftsgebiet. „Ausführer“ i.S.d. AWG können sowohl natürliche Personen als auch Unternehmen sein. Der Begriff ist in § 2 Abs. 2 AWG legaldefiniert als „jede natürliche oder juristische Person oder

¹⁷ Richtlinie (EU) 2024/1226 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. April 2024 zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Union und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/1673.

¹⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und Ausnahmen in Art. 3 Abs. 4, 5, Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe: Art. 4 Abs. 1, Versuchsstrafbarkeit: Art. 4 Abs. 2 Richtlinie (EU) Nr. 2024/1226.

¹⁹ Art. 3 Abs. 1 lit. e), Abs. 3 Richtlinie (EU) Nr. 2024/1226.

²⁰ Art. 5 Richtlinie (EU) Nr. 2024/1226.

²¹ Zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen vgl. Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, zu den Sanktionen vgl. Art. 7 Richtlinie (EU) Nr. 2024/1226. Die Formulierung in Art. 6 entspricht der Standardformulierung für Regelungen zur Unternehmensstrafbarkeit in EU-Richtlinien. Sie findet sich nahezu wortgleich z. B. in den folgenden Richtlinien: Richtlinie (EU) 2014/57/EU vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie); Richtlinie (EU) 2017/1371 vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug; Richtlinie (EU) 2018/1673 vom 23. Oktober 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche.

²² Art. 14 Richtlinie (EU) Nr. 2024/1226.

²³ Bei der Ausfuhr von Software oder Technologien kommt es für die „Ausführer“-Eigenschaft auf das Bestimmen über die Übertragung einschließlich der Bereitstellung derselben auf elektronischem Weg an.

rechtsfähige Personengesellschaft, die zum Zeitpunkt der Ausfuhr Vertragspartner des Empfängers in einem Drittland ist und über die Lieferung von Waren aus dem Inland in ein Drittland bestimmt.²³

Strafrechtlich gesehen führt also aus, wer den Ausfuhrprozess beherrscht oder (mit) steuert. Das kann, muss (und wird bei ausführenden Unternehmen regelmäßig) aber nicht die Person sein, die die Waren bei rein tatsächlicher Betrachtung selbst über die Grenze transportiert.²⁴ Die allgemein bekannten Regelungen zu Täterschaft und Teilnahme finden dabei grundsätzlich Anwendung. Es kommen mithin auch mittelbare Täterschaft, Unterlassungsstrafbarkeit und Beihilfe in Betracht. Somit genügt eine mittelbare Beherrschung der Ausfuhr, die in einer aktiven Steuerung oder der unterlassenen Abwendung einer rechtswidrigen Ausfuhr liegen kann.²⁵

b) Sonderdelikt und strafrechtliche Vertreterhaftung

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Ausführereigenschaft die Strafnormen zu Sonderdelikten macht. Sonderdelikte sind Straftatbestände, deren Verbotsnormen sich nur an einen bestimmten Personenkreis richten. Die Zugehörigkeit zu diesem Personenkreis stellt ein besonderes persönliches Merkmal dar. Wer diesem Kreis nicht angehört, kommt als Täter eines Sonderdelikts nicht in Betracht.²⁶ Können die Straftatbestände von jedermann begangen werden, handelt es sich um Allgemeindelikte. Erkennbar sind diese v.a. am Wortlaut „wer“ sowie daran, dass in den Vorschriften, auf die verwiesen wird, besondere persönliche Merkmale nicht enthalten sind.²⁷

Unter den Strafvorschriften des AWG finden sich sowohl Allgemein-, als auch Sonderdelikte. Sonderdelikte des AWG sind u. a. solche, die nur von Deutschen oder Inländern i.S.d. § 2 Abs. 15 AWG begangen werden können. Sie sind auch bei den Catch-All-Klauseln zu finden. Das sind Klauseln, die die Genehmigungspflichtigkeit eines Handelns im Außenwirtschaftsverkehr von der Kenntnis (oder Unterrichtung) von einem bestimmten Bestimmungszweck und/oder Bestimmungsland abhängig machen.²⁸

Betreffend das Ausführen von Waren, Software oder Technologien gilt, dass die tatbestandliche Voraussetzung „Ausfuhr“ kein besonderes persönliches Merkmal ist; wird hingegen auf den „Ausführer“ abgestellt, liegt ein besonderes persönliches Merkmal und damit ein Sonderdelikt vor.²⁹ In letzterem Fall gilt im Grundsatz: Täter dieser Sonderdelikte kann nur der Ausführer, nach o.g. Legaldefinition folglich nur derjenige sein, der als Vertragspartner eines in einem Drittstaat ansässigen Empfängers über die Lieferung der Waren bestimmt. Alle übrigen Beteiligten können sich höchstens als Teilnehmer an der Haupttat des Ausführers strafbar machen.

Probleme können sich im Bereich des Außenwirtschaftsrechts indes dadurch ergeben, dass Ausführer i.S.d. AWG (also die Vertragspartner) regelmäßig Unternehmen sein werden, was zur Folge hat, dass das besondere persönliche Merkmal nur bei einer juristischen Person, nicht aber den handelnden Personen vorliegt. Die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortung zu einem Unternehmensvertreter erfolgt dann über § 14 StGB, der die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung normiert.³⁰

Als Täter eines Verstoßes gegen die Sonderdelikte des AWG nach § 14 Abs. 1 StGB kommen gesetzliche, nach Abs. 2 gewillkürte Vertreter der juristischen Person oder Personengesellschaft in Betracht. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB betrifft juristische Personen und erfasst vertretungsberechtigte Organe (Alt. 1) – gemeint sind allein Ein-Personen-Organe³¹ – und sämtliche Mitglieder von Kollegialorganen (Alt. 2). Welches Organ konkret vertretungsberechtigt ist, ergibt sich aus den für die jeweilige juristische Person geltenden Rechtsvorschriften.³²

Über § 14 Abs. 2 AWG werden neben Organvertretern auch Vertreter erfasst, die die (Teil-)Leitung eines Betriebes (Nr. 1) oder Pflichten des Betriebsinhabers (Nr. 2) wahrnehmen und dazu durch den Betriebsleiter oder einen sonstigen Befugten beauftragt wurden. Weitere Voraussetzung für die Zurechnung des Handelns dieser Vertreter zum Betrieb ist, dass das Tätigwerden gerade aufgrund dieses Auftrages erfolgt. Leitung i.S.d. Nr. 1 bedeutet die eigenverantwortliche und selbstständige Geschäftsführung nach innen und außen.³³ Unter Nr. 2 fallen insbesondere Personen, denen Aufsichtspflichten übertragen wurden, aber auch betriebsfremde Dritte wie Rechtsanwälte oder Steuerberater, soweit sie eigenverantwortlich handeln, d. h. ihnen eine gewisse Entscheidungsfreiheit zusteht.³⁴

²⁴ BGH, Beschluss vom 28. März 2007 – 5 StR 225/06, Rn. 14 f., beck-online = NJW 2007, 1893 (1984 f.); LG Kiel, Urteil von 3. April 2019 – 3 KLS 3/18, Rn. 88, beck-online = BeckRS 2019, 56571; BeckOK AußenWirtschaftsR/Simon/R. Frau, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 2 Rn. 6a.

²⁵ BGH, Urteil vom 20. August 1992 – StR 229/92 = NJW 1992, 3112; Wabnitz/Janovsky/Hoffmann, WirtschaftsStrafR-HdB, 5. Aufl. 2020, Kap. 24 Rn. 42; Hocke/Sachs/Pelz/Pelz, AWG, 2. Aufl. 2020, vor §§ 17 ff. Rn. 40 ff.

²⁶ Grütznert/Jakob, Compliance von A-Z, Sonderdelikt MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2023, AWG vor § 17 Rn. 57.

²⁷ BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 17 Rn. 38.

²⁸ BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 17 Rn. 39 f.; MüKoStGB/Wagner, AWG vor § 17 Rn. 58, 60.

²⁹ BGH, Beschluss vom 23. April 2010 – AK 2/10 = BGHSt 55, 94 Rn. 13 = NJW 2010, 2370; BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 17 Rn. 39 f.; a.A.: MüKoStGB/Joecks/Scheinfeld, 4. Aufl. 2020, StGB § 25 Rn. 53; Graf/Jäger/Wittig/Cornelius, 3. Aufl. 2024, AWG vor §§ 17 ff. Rn. 62.

³⁰ BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 17 Rn. 41; MüKoStGB/Wagner, AWG vor § 17 Rn. 57; Wolffgang/Simonsen/Rogmann/Morweiser, AWG, 43. EL März 2015, vor §§ 17, 18, Rn. 23.

³¹ MüKoStGB/Radtke, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 79.

³² Dies ist etwa bei rechtsfähigen Vereinen und Aktiengesellschaften der Vorstand (§ 26 BGB, § 76 AktG), für die GmbH nach § 35 GmbHG der Geschäftsführer. Taugliche Täter eines Verstoßes durch eine rechtsfähige Personengesellschaft können nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 AWG vertretungsberechtigte Gesellschafter sein, so bspw. sämtliche Gesellschafter einer OHG (§ 125 HGB, ggf. modifiziert durch den Gesellschaftervertrag) oder die Komplementäre einer KG (§§ 161, 170 HGB). (MüKoStGB/Radtke, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 87). Über § 14 Abs. 1 Nr. 3 AWG wird die Strafbarkeit von Außenwirtschaftsverstoßen auf weitere gesetzliche Vertreter erstreckt, was bezogen auf Unternehmen insbes. der Insolvenzverwalter nach §§ 56 ff. InsO sein kann.

³³ MüKoStGB/Radtke, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 95; Schönke/Schröder/Perron/Eisele, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 31; BGH, Urteil vom 04.07.1989 – VI ZR 23/89 = NJW-RR 1989, 1185/1186.

³⁴ MüKoStGB/Radtke, 4. Aufl. 2020, StGB § 14 Rn. 100; SSW/Bosch, § 14 Rn. 17.

2. Vorsatz

Steht fest, wer als „Ausführer“ tauglicher Täter ist, stellt sich regelmäßig die Frage, ob diese Person auch den notwendigen Vorsatz hatte.

a) Wissen als strafrechtliches Vorsatzelement

Fahrlässige Verstöße gegen § 17 AWG sind nicht strafbar (mit Ausnahme der Leichtfertigkeit bei § 17 Abs. 5 AWG) und nicht bußgeldbewehrt. Fahrlässige Verstöße gegen § 18 AWG sind nicht strafbar, aber nach § 19 AWG bußgeldbewehrt. Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit erfolgt grundsätzlich nach den von der Rechtsprechung im allgemeinen Strafrecht aufgestellten Kriterien. Somit reicht auch *dolus eventualis* aus, um Vorsatz zu bejahen.³⁵

Ein Vorsatzproblem kann sich ergeben, wenn positives Wissen bzw. fehlendes Nichtwissen Voraussetzung einer fachrechtlichen Norm ist, welche die Blankettnorm ausfüllt (so beispielsweise in der Anti-Folter-VO (EU 2019/125) und der Dual-Use-VO (EU 2021/821)). So setzt etwa Art. 13 der Anti-Folter-VO voraus, dass der Person, die für die Durchfuhr von in Anhang III der Verordnung gelisteten Gütern verantwortlich ist, bekannt ist, dass die Güter im Bestimmungsland für Folter oder andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlungen oder Strafen eingesetzt werden.³⁶

Auch Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Lit. b) i) der Dual-Use-VO knüpft eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr nicht gelisteter Güter an das Wissen des Ausführers über die (End-) Verwendung im Bestimmungsland. Fallen Ausführer und (Mit-)Täter auseinander, stellt sich die Frage, ob für die Strafbarkeit nach § 18 AWG dann ebenfalls *dolus directus* 2. Grades – also positive Kenntnis der Endverwendung – in der Person des Täters notwendig ist oder *dolus eventualis* ausreicht. Dies ist, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur noch weitgehend unbehandelt.³⁷

b) Irrtümer

Irrt der Täter im Zusammenhang mit den Straftatbeständen des §§ 17, 18 AWG, sind grds. die allgemeinen Bestimmungen anzuwenden: ein Irrtum über tatsächliche Umstände ist nach § 16 Abs. 1 StGB als Tatbestandsirrtum zu behandeln. Kennt der Täter alle tatsächlichen Umstände, irrt aber über deren Einordnung als rechtswidrig, liegt ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) vor.³⁸ Problematisch ist dies im Außenwirtschaftsrecht vor allem wegen der Ausgestaltung der Strafnormen als Blanketttatbestände. Für die rechtliche Bewertung des Irrtums ist in mehrerlei Hinsicht zu differenzieren:

Unstreitig handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum, wenn der Irrtum etwa die Beschaffenheit auszuführender Güter oder deren Bestimmungsland – mithin tatsächliche Umstände – betrifft.³⁹ Ein Tatbestandsirrtum liegt auch dann vor, wenn sich die Fehlvorstellung auf normative Tatbestandsmerkmale bezieht, die in den Blankettnormen der §§ 17, 18 AWG selbst enthalten sind,⁴⁰ so etwa die Begriffe „Bande“ oder „gewerbsmäßig“ in § 18 Abs. 7 Nr. 2 AWG.

Über diese beiden Konstellationen hinaus ist danach zu unterscheiden, ob sich die Fehlvorstellung auf die in § 18 AWG

zahlreich vorkommenden Genehmigungspflichten oder die Ausfüllungsnorm bezieht.⁴¹

aa) Irrtum über Genehmigungspflichten

Betrifft die Fehlvorstellung das Vorliegen einer Genehmigungspflicht, unterscheidet die herrschende Meinung zwischen zwei Verbotsarten. Präventive Verbote mit Genehmigungsvorbehalt sind solche, bei denen das verbotene Verhalten grundsätzlich von der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst und sozialadäquat ist. Die Pflicht, eine Genehmigung einzuholen, dient allein der Kontrolle potenziell auftretender Gefahren. Die Notwendigkeit der Genehmigung soll in diesem Fall Tatbestandsmerkmal sein, sodass bei Unkenntnis von der Genehmigungspflicht ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB die Folge ist. Ein präventives Verbot ist z.B. in Art. 3 Abs. 1 der Dual-Use-VO vorgesehen.⁴² Danach dürfen die in Anhang I der VO gelisteten Güter nur mit Genehmigung ausgeführt werden. Diese Güter, bspw. Bedienungseinrichtungen für Kernreaktoren, sind nicht ausschließlich für militärische Nutzung konstruiert, können aber auch im militärischen Zusammenhang verwendet werden (daher „dual use“, dt. „doppelter Verwendungszweck“). Sie können sowohl zum – nach derzeitigem gesellschaftlichem Verständnis als sozialadäquat einzustufenden – Herstellung von Atomkraft, als auch zur Herstellung von Atomwaffen genutzt werden.

Präventive Verbote, die sich explizit gegen Russland richten, sind in der bereits genannten Russland-VO enthalten. Bspw. macht dessen Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit der Anlage II den Verkauf, die Lieferung und Ausfuhr bestimmter Materialien für die Ölindustrie, wie Rohre für Öl- und Gasfernlieferungen

³⁵ Graf/Jäger/Wittig/Cornelius, 3. Aufl. 2024, AWG, § 17 Rn. 40; MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2023, AWG § 17 Rn. 75

³⁶ Siehe zu Strafbarkeitslücken durch Unbestimmtheit der Blankettnormen insbesondere in Bezug auf die Anti-Folter-VO: Stein/Louca, AW-Prax 11/2019, 450.

³⁷ Einzig dazu: MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2023, AWG, vor § 17 Rn. 69, der, ohne seine Position zu begründen, in dieser Konstellation für die Bejahung einer Strafbarkeit nach §§ 17, 18 AWG *dolus directus* 2. Grades voraussetzt. Angesichts der strafrechtlichen Relevanz, ist dieser Meinung zuzustimmen.

³⁸ MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2020, AWG, vor § 17 Rn. 70.

³⁹ BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 17 Rn. 30; MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2020, AWG vor § 17 Rn. 70; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Junck/Kirch-Heim, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, Kap. 3 Rn. 99 Dorsch/Stein/Louca, Zollrecht, 224. EL April 2024, AWG, vor §§ 17 ff. Rn. 16.

⁴⁰ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 30. Aufl. 2019, StGB § 15 Rn. 103; a.A.: NK-StGB/Neumann, 6. Aufl. 2023, StGB § 17 Rn. 95a, der nicht zwischen normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettnormen unterscheidet.

⁴¹ Sich mit diesem Punkt sowie vertieft mit Irrtums- und irrtumsnahen Konstellationen im Außenwirtschaftsrecht auseinandersetzend: Louca/Gründer, WiJ 02/2024, 66.

⁴² So auch MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2023, AWG, vor § 17 Rn. 43, der allerdings § 18 Abs. 2 bis 5 AWG in Bezug nimmt und damit auch den § 18 Abs. 4 AWG mit dem Verweis auf die Anti-Folter-VO einschließt, von der hier im weiteren Verlauf vertreten wird, dass es sich um ein repressives Verbot handelt; Wolfgang/Simonsen/Rogmann/Morweiser, AWG, 43. EL März 2015, vor §§ 17, 18 Rn. 134; Bieneck/Pathé, AußenwirtschaftsR-HdB, 1. Aufl. 1998, § 5 Rn. 2a.

rungen genehmigungspflichtig. Auch der Handel mit diesen Gütern ist nicht aus sich heraus problematisch, sondern wird es erst aufgrund der politischen Entscheidung, die genannten Güter in das Embargo aufzunehmen.

Dem gegenüber stehen repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die verbotene Handlung grundsätzlich als problematisch einzustufen ist. Nur im Einzelfall kann bei Überwiegen entgegenstehender Interessen eine Befreiung von dem Verbot erteilt werden, die rechtfertigend wirkt. Die Notwendigkeit einer Befreiung ist nach der herrschenden Meinung in der Literatur kein Tatbestandsmerkmal; die Unkenntnis darüber ist als Verbotsirrtum zu qualifizieren.⁴³ Ein solches repressives Verbot findet sich etwa in Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 der Anti-Folter-VO jeweils i.V.m. der dazugehörigen Anlage II. Diese verbieten die Ein- und Ausfuhr von Geräten zur Folter und unmenschlicher Behandlung, etwa von Fallbeilen, Daumenschrauben etc. Der Handel mit derartigen Geräten ist schon wegen derer nahezu ausschließlichen Einsatzmöglichkeit zur Tötung oder Folterung von Menschen als gesellschaftlich unerwünscht einzustufen.⁴⁴ Von den Verboten kann indes nach den jeweiligen Abs. 2 eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden, wenn sichergestellt ist, dass die Güter aufgrund ihrer historischen Bedeutung ausschließlich zur Ausstellung in öffentlichen Museen Verwendung finden. In diesem Falle überwiegt das Interesse an Aufklärung und Bildung der Bevölkerung das bei gesicherter Nutzung in Museen geringe Risiko der Verwendung gegen Menschen.

Die Unterscheidung ergibt sich aus der hinter § 17 StGB stehenden Annahme, dass eine Person, der alle tatsächlichen Umstände ihres Handelns bekannt sind, bei derartigen Verhaltensweisen von sich aus in der Lage ist, die Rechtmäßigkeit eben jenes Verhaltens zu hinterfragen. Denn repressive Verbote zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie unabhängig von dem Genehmigungserfordernis bereits einen strafwürdigen Unrechtsgehalt aufweisen. Allein, weil das Verhalten als unerwünscht eingeordnet wird, kann einer Person abverlangt werden, dass sie das korrespondierende – wenn auch nicht rechtliche, so doch jedenfalls sozial-ethische – Verbot erkennt. Anders liegt der Fall bei präventiven Verboten, die ohne die Voraussetzung, dass gegen die Pflicht zur Einholung einer Genehmigung verstoßen wurde, keinen oder allenfalls einen schwachen, wegen des ultima-ratio-Prinzips für eine strafrechtliche Sanktionierung nicht ausreichenden Unrechtsgehalt aufweisen würden. Ist ein Verhalten – etwa die Ausfuhr von Waren in Drittstaaten – jedoch grundsätzlich sozial gebilligt und allein aufgrund politischer Entscheidungen mit einem Genehmigungsvorbehalt versehen und ohne das Vorliegen der entsprechenden Genehmigung verboten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Verbot erkannt wird. Es ist daher konsequent, in solchen Fällen einen den Vorsatz ausschließenden Irrtum anzunehmen.⁴⁵ Soweit man von bestimmten Personengruppen, die beispielsweise regelmäßig mit Warenexporten zu tun haben, erwarten kann, sich über entsprechende Verbote zu informieren, bleibt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit unberührt (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB).⁴⁶ Freilich kann die Grenzziehung zwischen sozialadäquaten und sozialschädlichen Exporten gerade im außenwirtschaftlichen Kontext und bei wechselnder politischer Stimmungslage in der Sache schwierig sein.

bb) Irrtum über Ausfüllungsnorm

Bezieht sich der Irrtum auf die Ausfüllungsnorm, auf die in §§ 17, 18 AWG verwiesen wird, ist umstritten, ob es sich um einen Tatbestands- oder einen Verbotsirrtum handelt. Nach der Rechtsprechung des BGH noch zur Vorgängernorm § 34 AWG a.F. sind solche Irrtümer immer als Verbotsirrtümer zu klassifizieren.⁴⁷

In der Literatur wird weitgehend vertreten, dass die Ausfüllungsnormen jedenfalls teilweise auch Teil des Tatbestandes der Blankettnorm sind. Strittig ist diesbezüglich, ob nur der Regelungsgehalt der Ausfüllungsnormen zum Tatbestand gehört oder darüber hinaus auch deren Existenz und Reichweite.⁴⁸ Nur soweit man die Ausfüllungsnorm in den Tatbestand des Blankettgesetzes einbezieht, ist bei Fehlvorstellungen ein Vorsatzausschluss über § 16 Abs. 1 StGB möglich.

Vorzugswürdig ist die Ansicht, die allein den Inhalt der ausfüllenden Norm als Bestandteil des Tatbestandes und damit vom Vorsatz erfasst ansieht, was in der Funktionsweise der Blanketttechnik begründet liegt. Die Blankett- und die Ausfüllungsnorm sind zusammen zu lesen, sie bilden einen einheitlichen Gesamtatbestand. Daraus ergibt sich, dass sich der Vorsatz auf alle in der ausfüllenden Norm enthaltenen Voraussetzungen erstrecken muss. Fehlt der Vorsatz, weil der Täter sich über eine solche Voraussetzung keine oder falsche Vorstellungen macht, ist dies ein typischer Fall des § 16 Abs. 1 StGB. Die reine Existenz und Reichweite der Ausfüllungsnorm ist hingegen keine in ihrem Tatbestand enthaltene Voraussetzung, die in die Blankettnorm hineinzulesen wäre. Auf sie bezogen muss kein Vorsatz vorliegen. Weiß der Täter nicht um die Existenz der Ausfüllungsnorm, ist dies (abgesehen von der Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums) ebenso zu beurteilen, als wüsste er nicht um die Existenz eines Tö-

⁴³ zum Ganzen: BGH, Urteil vom 22.07.1993 – 4 StR 322/93 = NStZ 1993, 594 (595); Rengier, ZStW 101 (1989), 874 (874 f., 884); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, 30. Aufl. 2019, vor §§ 32 ff. Rn. 61 ff.; Erbs/Kohlhaas/Diemer, 250. EL Dezember 2024, AWG § 17 Rn. 42; Mehle, 1. Aufl. 2022, AWG, vor § 17 Rn. 27; MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2020, AWG vor § 17 Rn. 43, 70; NK-StGB/Neumann, 6. Aufl. 2023, StGB § 17 Rn. 95; Dorsch/Stein/Louca, Zollrecht, 224. EL, April 2024, AWG, vor §§ 17 ff. Rn. 16; Wolffgang/Simonsen/Rogmann/Morweiser, AWG, 43. EL März 2015, vor §§ 17, 18, Rn. 154 ff.; die Differenzierung als willkürlich ablehnend: Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, 30. Aufl. 2019, § 17 Rn. 12a.

⁴⁴ Vgl. zu Kriegswaffen: BGH, Urteil vom 22.07.1993 – 4 StR 322/93 = NStZ 1993, 594 (595) m. abl. Anm. Puppe; Rengier, ZStW 101 (1989), 874 (880).

⁴⁵ Vgl. Rengier, ZStW 101 (1989), 874, 878 f., der am Bsp. des Betreibens kerntechnischer Anlagen ebf. auf die gesellschaftliche Wertung abstellt.

⁴⁶ Erbs/Kohlhaas/Diemer, 25. EL Dez. 2023, AWG vor § 17 Rn. 5; MüKoStGB/Wagner, 4. Aufl. 2020, AWG vor § 17 Rn. 70; Wolffgang/Simonsen/Rogmann/Morweiser, AWG, 43. EL März 2015, vor §§ 17, 18 Rn. 157; BVerfG, Beschluss vom 21.07.1992 – 2 BvR 858/92 = NJW 1993, 1909/1910; BVerfG, Beschluss vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90 = NJW 1992, 2624.

⁴⁷ BGH, Beschluss vom 15.11.2012 – 3 StR 295/12, Rn. 3, juris = NZWiSt 2013, 113 m.w.N.

⁴⁸ M. zahlreichen Nachw. zu beiden Ansichten: Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 30. Aufl. 2019, StGB § 15 Rn. 99; für eine einfallbezogene Lösung plädierend: Dorsch/Stein/Louca, Zollrecht, 224. EL, April 2024, AWG, vor §§ 17 ff. Rn. 17.

tungsverbotes. Es fehlt dann am Unrechtsbewusstsein, was einen Verbotsirrtum nach § 17 StGB begründet.⁴⁹

c) Wissenszurechnung

Die dargelegten Probleme können bereits bei einer handelnden (Leitungs-)Person zahlreiche Fragen hervorrufen. Gerade bei Sanktionsverstößen in Unternehmenskonstellationen, bei denen zahlreiche Personen oder Abteilungen an einem Ausfuhrvorgang beteiligt sind, kann nicht zuletzt die Wissenszurechnung im Unternehmen schwierig sein, um in der Person des Ausführers die notwendigen Vorsatzelemente zu vereinen. Dies kann der Fall sein, wenn das Wissen verschiedener Unternehmenszugehöriger (bspw. des Kundenmitarbeiters und des Ausfuhrverantwortlichen) auseinanderfällt.

Soweit ersichtlich ist das Problem der auseinanderfallenden Vorstellungen und Kenntnisgrade in Literatur und Rechtsprechung bisher nicht aufgearbeitet worden. Die Lösung hat sich jedenfalls an der allgemeinen strafrechtlichen Dogmatik zur Wissenszurechnung zu orientieren.

Die zuvor dargestellten Rechtsfragen entfalten für Verstöße gegen außenwirtschaftliche Sanktionen gegen Russland jedenfalls in komplexen Sonderkonstellationen weiterhin Relevanz. Derzeit wird man insbesondere Irrtümer über die Existenz (Verbotsirrtum) und den Inhalt (Tatbestandsirrtum) von außenwirtschaftlichen Sanktionen gegen Russland, die als Ausfüllungsnorm zu den Blanketttatbeständen des AWG fungieren, streng zu beurteilen haben, weil über die Medien hinlänglich bekannt gemacht wurde, dass die Europäische Union eine Reihe von Maßnahmen gegen Russland, russi-

sche Staatsangehörige und Unternehmen beschlossen hat, die längst nicht mehr nur Waren und Güter betreffen, die für militärische Zwecke verwendet werden können, sondern weit darüber hinaus gehen. Vor allem Personen, die im Außenhandel aktiv sind, ist seit Bekanntwerden der ersten verschärften Sanktionen gegen Russland ein besonderes Maß an Sorgfalt abzuverlangen. Nichtsdestotrotz gibt es aufgrund der enormen Reichweite der Sanktionen weiterhin Grenzbereiche (z.B. betreffend Dienstleistungen oder Softwarelieferung), die für die Anwender erhebliche Schwierigkeiten hervorrufen und damit Raum für Vorsatzfragen lassen.

Weiterhin von Bedeutung sind die dargestellten Fragen zudem für Sachverhalte, die sich bereits vor Beginn des Russland-Ukraine-Krieges aber nach dem Erlass des Waffenembargos nach der Krim-Annexion im Sommer 2014 ereignet haben sowie gleichermaßen für Verstöße gegen Sanktionen zulasten anderer Staaten.

Der Beitrag wird in der vierten Ausgabe der WiJ (WiJ 4-2024) fortgesetzt. Teil 2 des Beitrags beschäftigt sich mit dem Problem der Umgehung von Sanktionen.

⁴⁹ ebs.: BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed. 1.2.2024, AWG § 17 Rn. 32; Graf/Jäger/Wittig/Cornelius, AWG vor § 17 Rn. 98, 100; MüKoStGB/Wagner, AWG vor § 17 Rn. 70; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 30. Aufl. 2019, StGB § 15 Rn. 101; a.A.: NK-StGB/Puppe, StGB, 3. Lfg. 31.12.1995, § 16 Rn. 82 ff.

Rechtsanwältin Sigrid Mehling-Zier, Frankfurt a.M.

Wirtschaftsvölkerstrafrecht in der europäischen Praxis – und Deutschland?

A. Einleitung

1. Die Sanktionen im Überblick

Ukraine, der Nahe Osten, Jemen – die Konfliktherde der Welt sind in den letzten Jahren um einiges näher an Europa herangerückt. Im Bereich des Strafrechts hat man das vor allem daran gemerkt, dass die Anzahl der Ermittlungsverfahren der Generalbundesanwaltschaft sich erhöht hat,¹ dass der Internationale Strafgerichtshof („IStGH“) Strafbefehle gegen Befehlshaber der Hamas und israelische Befehlshaber erlassen hat² und dass Kriegsverbrechen generell wieder in aller Munde sind. Daneben wurde Deutschland vor dem Internationalen Gerichtshof („IGH“) Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit wegen Lieferung von Waffen in eine Konfliktregion vorgeworfen.³ Das Völkerstrafrecht findet international also wieder eine große Bühne.

Darüber hinaus haben im europäischen Ausland in den letzten Jahren Verfahren auf sich aufmerksam gemacht, in denen eine Nische des Völkerstrafrechts wiederbelebt wurde: das Wirtschaftsvölkerstrafrecht.⁴ Der Begriff Wirtschaftsvölkerstrafrecht soll im Folgenden nicht für ein neues, zu kodifizierende Rechtsgebiet benutzt werden, sondern für das Gebiet des bestehenden Völkerstrafrechts, das sich Verbrechen

¹ Zeit Online (23.11.2023). Fast doppelt so viele Ermittlungen zu islamistischem Terrorismus. <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-11/kriminalitaet-terrorismus-generalbundesanwalt-verfahren-mehr-islamistisch>.

² Pressestatement des Hauptanklägers des IStGH vom 20.05.2024, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>

³ Nicaragua warf Deutschland vor, es habe durch die politische, finanzielle und militärische Unterstützung Israels gegen seine Pflichten aus der Genozid-Konvention, dem Kriegsvölkerrecht und gegen allgemeine zwingende Normen des Völkerrechts verstoßen, insbesondere durch die Lieferung von zwei Drohnen, militärische Ausrüstung, medizinischem Material und die Behandlung von verletzten Israeli in deutschen Krankenhäusern, IGH, Klage v. 01.03.2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-app-01-00-en.pdf>; IGH, Beschl. v. 30.04.2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240430-pre-01-00-en.pdf>.

⁴ Zum Begriff Wirtschaftsvölkerstrafrecht, siehe Epik Wistra 2024, 3.

innerhalb der unternehmerischen grenzüberschreitenden Tätigkeit widmet.⁵ In Frankreich und Schweden werden momentan Unternehmen und Manager für völkerstrafrechtliche Verbrechen in Konfliktregionen verfolgt, zu denen Verantwortliche im Namen der Unternehmen Beihilfe geleistet haben sollen. Für deutsche Unternehmen, die Waffen und Rüstungsgüter herstellen und exportieren, oder Unternehmen, die in (potentiellen) Konfliktregionen produzieren, stellt sich die Frage, ob es auch hier völkerstrafrechtliche Risiken für das Unternehmen selbst und/oder die Unternehmer in ihrer betrieblichen Tätigkeit bestehen (können).⁶

In Deutschland können juristische Personen nicht strafrechtlich belangt werden, da Deutschland kein originäres Verbandsstrafrecht kennt. Denkbar sind aber Konstellationen einer Bebußung nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz, wie sie aus dem „klassischen Wirtschaftsstrafrecht“ bekannt sind. Ferner können Führungspersonen von Unternehmen strafrechtlich verfolgt und belangt werden – und den dahinterstehenden Unternehmen die Verhängung der Einziehung von Gewinnen drohen.

Verwundern dürfte das nicht – schon in den Nürnberger Verfahren der US-Militärgerichte auf der Grundlage des Alliierten Kontrollratsgesetzes Nr. 10 vom 20. Dezember 1945⁷ lag ein Fokus der Verfahren auf den Verflechtungen zwischen Wirtschaft und NS-Regime. Man denke an die Verfahren, die die Unternehmen Flick⁸, IG Farben⁹ und Krupp¹⁰ betrafen. Die aktive Nutzung des Völkerstrafrechts – in Deutschland seit 2002 kodifiziert im Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) – zur Ahndung wirtschaftlicher Beteiligung an ebendiesen Verbrechen führt aber einen Dornröschenschlaf. Der Aufsatz soll einen kurzen Blick über den Tellerrand ins europäische Ausland gewähren, aber auch den Blick auf unser Strafrecht lenken: droht uns ähnliches?

B. Strafverfolgung von Unternehmen und Unternehmern für Völkerstraftaten im europäischen Ausland

Sowohl in Schweden als auch in Frankreich werden wegen wirtschaftlichen Völkerstraftaten Ermittlungen gegen Unternehmen und ihre Führungspersonen geführt, die großes Aufsehen weltweit erregt haben. In beiden Ländern stehen die Führungspersonen, in Frankreich auch die dahinterstehenden Unternehmen, in den Ermittlungen im Mittelpunkt – in Schweden stehen sie bereits vor Gericht.

Hier soll eine kurze Übersicht über die beiden Verfahren gegeben werden, um zu sehen, was – soweit ersichtlich – die Voraussetzungen für derartige Verfahren sind und ob diese Voraussetzungen auch in Deutschland vorliegen würden. Die Anklageschriften sind beide nicht öffentlich verfügbar und liegen der Verfasserin nicht vor. Die folgenden Informationen stammen aus öffentlich verfügbaren Quellen.

1. Lafarge

In Frankreich wird gegen einen Zementhersteller, ein Tochterunternehmen, sowie acht (ehemalige) Führungspersonen ermittelt wegen Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Auch eine diesbezügliche Anklage wurde inzwischen zugelassen.

Dabei handelt es sich um den französisch-schweizer weltweit tätigen Zementhersteller Lafarge Holcim (bis Juli 2015 nur Lafarge, hier „Lafarge“) mit Hauptsitz in Paris. Im November 2016 stellten Nichtregierungsorganisationen sowie ehemalige Mitarbeiter eine Anzeige gegen Lafarge Holcim, Lafarge Cement Syria und zwei ehemalige Geschäftsführer ein wegen u.a. Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Inzwischen wurde die Anklage vor dem Pariser Cour d'Appel (Berufungsgericht) zugelassen.

a) Sachverhalt

Lafarge Holcim kaufte im Jahr 2008 eine Fabrik in Jalabiya im Nordosten Syriens nahe der Grenze zum Irak. Das syrische Tochterunternehmen Lafarge Cement Syria startete dort die Zementherstellung in 2010.

Nordsyrien fiel bereits im Frühjahr 2012 in die Hände des Islamischen Staats („IS“). Es ist allgemein auch in der deutschen Rechtsprechung anerkannt, dass der IS in Syrien und dem Irak für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit verantwortlich war.¹¹ Mitglieder des IS beginnen in dem Gebiet systematische Verbrechen, wie Tötungen, die Vertreibung ethnischer und religiöser Gruppen wie etwa den Jesiden, wobei es regelmäßig auch zu sexueller Gewalt und sexuellen Übergriffen kam.

Trotz dieses Umstands wurde die Fabrik, im Gegensatz zu umliegenden Fabriken, nicht geschlossen. Alle nicht-syrischen Mitarbeiter wurden durch die Muttergesellschaft Lafarge im Jahr 2012 abgezogen und ausgeflogen. Die inländischen Mitarbeiter führten den Betrieb fort.

⁵ Zu der Diskussion um die Normierung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts de lege ferenda, siehe Wittig, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 241 ff.

⁶ Zu den Risiken und Präventionsmaßnahmen, siehe Kirsch NZWiSt Jahr 2012, 212.

⁷ Nach dem ersten Verfahren der Alliierten vor dem International Military Tribunal („IMT“) gegen 21 Angeklagte folgten Verfahren der Siegermächte, so auch die Verfahren der USA in Nürnberg gegen jeweils unterschiedliche Angeklagte. Dazu siehe z.B. Priemel, NMT, 2013. Die Urteile können hier abgerufen werden: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/archiv-voelkerstrafrecht/>.

⁸ US Military Tribunal Nuremberg, Urte. v. 22.12.1947, Verfahren gegen Flick et al., <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Flick-Case%20Judgment.pdf>.

⁹ US Military Tribunal Nuremberg, Urte. v. 30.07.1948, Verfahren gegen Carl Krauch et al., <http://werle.rewi.hu-berlin.de/IGFarbenCase.pdf>.

¹⁰ US Military Tribunal Nuremberg, Urte. v. 31.07.1948, Verfahren gegen Krupp et al., <http://werle.rewi.hu-berlin.de/KRUPP-Case%20Judgment.pdf>.

¹¹ Beispielhaft sei verwiesen auf das Urteil im Verfahren gegen Abdelkarim E., OLG Frankfurt, Urte. v. 08.11.2016 – (StE 4/16 – 4 – 3/16).

Ab Juni 2013 kontrollierte der IS das nur 90 km entfernte Rakka und im März 2014 fiel das 65 km entfernte Manjib in die Hände der IS. In Manjib wohnten die meisten Mitarbeiter von Lafarge Cement Syria. Anfang September 2014 wurde die Fabrik geräumt und der Betrieb eingestellt, bevor die Fabrik am 19. September 2014 durch IS-Kämpfer gestürmt wurde. Die verbliebenen Mitarbeiter konnten fliehen.¹²

Lafarge wird vorgeworfen, das Unternehmen habe ab August 2013 Rohstoffe für die Zementproduktion vom IS gekauft und Gebühren an den IS und die Al-Nusrah Front dafür gezahlt, dass Mitarbeiter und Lastwagen des Unternehmens Straßensperren passieren durften. Außerdem habe Lafarge und das Tochterunternehmen Zwischenpersonen für den Kontakt mit IS und Al-Nusrah gezahlt. Insgesamt soll Lafarge ca. 13 Millionen Euro an bewaffnete Gruppen gegeben haben. Dabei sollen die Kontakte zu den islamistischen Organisationen aktiv verborgen worden sein.

b) Verfahren

Im November 2016 haben nun das deutsche European Center for Constitutional and Human Rights („ECCHR“) und die französische Nichtregierungsorganisation Sherpa, sowie elf ehemalige syrische Mitarbeiter den französischen Mutterkonzern, den syrischen Tochterkonzern und verschiedene Führungspersonen in Frankreich angezeigt.¹³

Am 31. März 2017 wurden acht Geschäftsführer französischer und norwegischer Nationalität angeklagt. Am 28. Juni 2018 folgte eine Anklage gegen das Unternehmen Lafarge und seine Tochtergesellschaft Lafarge Cement Syria. Zwischenzeitlich wurde Lafarge in den USA im Oktober 2022 nach Anklage des Justizministeriums wegen der Verschwörung zur Bereitstellung von materieller Unterstützung an ausländische terroristische Organisationen zur Zahlung eines Bußgeldes in Höhe von 778 Mio. USD verurteilt.¹⁴

Inzwischen hat der Cour de Cassation im Januar 2024 bestätigt,¹⁵ dass die Anklage wegen Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegen die Unternehmen zuzulassen ist.¹⁶

c) Rechtlicher Rahmen

Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind strafbar nach Art. 202-1 der Code Pénal. Laut Cour de Cassation in seinem Beschluss vom 7. September 2021 über die Beschwerde gegen die Eröffnung der Anklage gegen die Unternehmen seien Verbrechen gegen die Menschlichkeit die schwersten Verbrechen. Konkret stellt das Gericht fest, dass „die wesentliche Zahlung eines Betrags von mehreren Millionen Dollar an eine Organisation, deren Zweck nur krimineller Natur ist, [ausreicht], um die Mittäterschaft durch Hilfe und Unterstützung zu charakterisieren.“¹⁷ Dabei komme es nicht darauf an, ob der Gehilfe einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehe.

Aus dem Beschluss geht zudem hervor, dass das Gericht es für den subjektiven Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit im Sinne des Artikel 121-7 Code Pénal für ausreichend erachtet, wenn der Gehilfe

„Kenntnis davon hat, dass die Haupttäter ein solches Verbrechen gegen die Menschlichkeit begehen oder begehen werden, und dass er durch seine Hilfe oder Unterstützung

die Vorbereitung oder den Vollzug dieses Verbrechens erleichtert.“¹⁸

Seit 2015 gilt in Frankreich gemäß Artikel 121-2 der Code Pénal, dass auch juristische Personen strafrechtlich verantwortlich sein können, wenn die strafbare Handlung einer (dem Unternehmen zuzuordnenden) Individualperson der juristischen Person zuzurechnen ist.¹⁹ Gemäß Art. 121-3 Code Pénal schließt die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer natürlichen Person explizit nicht aus. Über die Zurechnung an das Unternehmen hat der Cour de Cassation bislang noch keine Aussage gemacht.

2. Lundin

Seit September 2023 stehen zwei ehemalige Vorstandsmitglieder des schwedischen Konzerns Lundin Oil AB (früher IPC, später Lundin Petroleum, später Lundin Energy, nunmehr Orrön Energy, hier „Lundin“) in Stockholm vor Gericht. Ihnen wird die Beihilfe zu Kriegsverbrechen im Sudan im Zeitraum zwischen 1999 und 2003 vorgeworfen.

¹² Sachverhalt basiert auf den Informationen des U.S. Departments of Public Affairs, <https://www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations> und Informationen der involvierten Nichtregierungsorganisationen: <https://www.ecchr.eu/fall/franzoesisch-schweizer-konzern-verdacht-der-beihilfe-zu-schwersten-verbrechen-in-syrien/>; <https://www.asso-sherpa.org/lafarge-in-syria-french-supreme-court-issues-decisive-ruling-on-charges-faced-by-the-multinational>.

¹³ <https://www.asso-sherpa.org/french-company-lafarge-sued-for-financing-isis-and-complicity-in-war-crimes-and-crimes-against-humanity-in-syria-2>.

¹⁴ U.S. Departments of Public Affairs. (18.10.2022). Lafarge Pleads Guilty to Conspiring to Provide Material Support to Foreign Terrorist Organizations. <https://www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations>.

¹⁵ Nachdem der Pariser Cour d'Appel die Anklage gegen die Unternehmen mit Beschluss vom 7. November 2019 zuerst zuließ, wurde die Entscheidung vom Court de Cassation aufgehoben mit Beschluss vom 7. September 2021. Der Cour d'Appel entschied sich abermals für die Zulassung der Anklage wegen Beihilfe zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

¹⁶ Der Vorwurf der Gefährdung der ehemaligen syrischen Mitarbeiter wurde abgelehnt. Cour de Cassation, Beschl. v. 16.01.2024, <https://www.courdecassation.fr/decision/65a629db448a370008a-71fa6>. Siehe dazu LTO (24.05.2022) Flock, War Lafarge an IS-Verbrechen beteiligt?

¹⁷ Cour de Cassation, Beschl. v. 07.09.2021, Rn. 81.

¹⁸ Cour de Cassation, Beschl. v. 07.09.2021 (n° 19-87.367, n° 19-87.376, n° 19-87.662), Rn. 67. https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2021-09-07_1987367.

¹⁹ Artikel 121-2 der Code Pénal lautet wie folgt (eigene Übersetzung): (1) Juristische Personen, mit Ausnahme des Staates, sind nach Maßgabe der Artikel 121-4 bis 121-7 für Straftaten, die zu ihren Gunsten von ihren Organen oder Vertretern begangen werden, strafrechtlich verantwortlich. [...] (3) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen schließt vorbehaltlich der Bestimmungen von Artikel 121-3 Absatz 4 die strafrechtliche Verantwortlichkeit natürlicher Personen als Täter oder Gehilfen bei denselben Handlungen nicht aus.

a) Sachverhalt

Am 21. April 1996 wurde das Khartoum Peace Agreement (KPA) geschlossen, das einen Frieden im Sudan vorsah zwischen der Regierung des Sudan und verschiedenen bewaffneten Gruppen in Südsudan. Zu dem Zeitpunkt war der Staat Südsudan noch nicht gegründet. Erst 2011 entstand der unabhängige Staat Südsudan.

Eine Tochtergesellschaft der Lundin namens Sudan Ltd. hat im August 1996 ein Memorandum of Understanding mit der Regierung des Sudan geschlossen, wonach sie im Süden des Landes habe Öl fördern dürfen in der Region, die sich Block 5A nennt. Das finale Abkommen wurde am 6. Februar 1997 geschlossen.²⁰

Ab 1997 habe Lundin dort erst Aufklärungsarbeiten und ab 1999 erste explorative Bohrungen durchgeführt, aber letztendlich nie kommerziell Öl gefördert.²¹ Lundin habe die sudanesishe Regierung darum gebeten, Block 5A abzusichern.²² Des Weiteren habe Lundin eine „All-Weather-Road“ angelegt, die erhöht war, damit sie in der Regenzeit nicht geflutet wurde und wodurch das Gebiet auch zu allen Zeiten zu erreichen war.

Im Jahr 2003 habe Lundin Oil die Förderung im Sudan eingestellt und seine Anteile am 23. Juni 2003 an das australische Unternehmen Petronas verkauft.²³

b) Verfahren/Vorwürfe

Der Vorstandsvorsitzende, Ian Lundin, und der Geschäftsführer (CEO), der schweizerische Staatsbürger Alexandre Schneider, stehen nun wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen vor Gericht. Sie hätten gewusst bzw. es billigend in Kauf genommen, dass in dem von Lundin bearbeiteten Gebiet durch das sudanesishe Militär Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen wurden,²⁴ insbesondere dass die Zivilbevölkerung in fünf einzelnen Offensiven vertrieben, entführt und misshandelt worden sei und das sudanesishe Militär eine Taktik der verbrannten Erde eingesetzt habe. Auch habe Lundin die Infrastruktur geschaffen, wodurch die Verbrechen ausgeführt werden konnten, unter anderem die All-Weather-Road.²⁵

Gegen das Unternehmen Lundin hat die Staatsanwaltschaft die Einziehung in Höhe von 2.4 Mia. SEK gefordert.²⁶

Die Hauptverhandlung wurde am 5. September 2023 eröffnet. Geplant sind laut Medienberichten 220 Verhandlungstage.

c) Rechtsrahmen

Gegen den schweizerischen Staatsbürger Schneider basiert das Verfahren auf dem Weltrechtsprinzip, das wie auch in Deutschland im schwedischen Strafgesetzbuch verankert ist.²⁷ Der schwedische oberste Gerichtshof hat die Zuständigkeit der schwedischen Gerichtsbarkeit bestätigt. Es gebe genügend Anknüpfungspunkte zu Schweden, somit sei das Bezirksgericht Stockholm zuständig.²⁸

Kriegsverbrechen sind in Schweden strafbar gemäß §§ 4, 5 des Lag om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser (Gesetzes über die Bestrafung von Völker-

mord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (2014:406)).²⁹

Die Staatsanwaltschaft hat in der Eröffnung bereits dargelegt, wie sie die Verantwortung der beiden Personen herleitet, nämlich über eine „Leiter der Mittäterschaft“. Lundin und Schneider hätten unabhängig oder gemeinsam gewusst oder billigend in Kauf genommen, dass ein Risiko bestand, dass Kriegsverbrechen begangen wurden und somit sei ihnen bewusst gewesen, dass ihr Handeln zu Kriegsverbrechen führen könnte.³⁰

3. Zwischenfazit

Jahrelang gab es wenig (bekannte) Verfahren, in denen die wirtschaftlichen Verwicklungen von Unternehmen in Völkerstraftaten, eine Rolle spielten. Die Realität hat nun den wissenschaftlichen Diskurs eingeholt: Das Wirtschaftsvölkerstrafrecht ist nun (wieder) Praxis. Sowohl das Verfahren gegen Lafarge und ihre Verantwortlichen, als auch das Verfahren gegen die Verantwortlichen der Lundin betreffen Vor-

²⁰ RPC Solicitors und 9 Bedford Row (2021). A Report on the Lundin Case, S. 46.
<https://static1.squarespace.com/static/5fbd5cf92c4e073f05c88282/t/655394b51d155f64850103c5/1699976394141/210506-A+Report+on+the+Lundin+Case-FINAL-2.pdf>.

²¹ RPC Solicitors und 9 Bedford Row (2021). A Report on the Lundin case – Executive Summary. Online verfügbar:
<https://www.lundinsudanlegalcase.com/wp-content/uploads/2021/05/A-Report-on-the-Lundin-Case-Executive-Summary.pdf>.

²² Civil Rights Defenders. (05.09.2023). Indicted with complicity in grave war crimes – today the trial in the Lundin Oil case begins in Sweden.
<https://crd.org/2023/09/05/indicted-with-complicity-in-grave-war-crimes-today-the-trial-in-the-lundin-oil-case-begins-in-sweden/>.

²³ RPC Solicitors und 9 Bedford Row (2021). A Report on the Lundin Case, S. 46.

²⁴ Business & Human Rights Resource Centre. (11.11.2021). Sweden: In historic indictment, public prosecutor charges Lundin Energy executives with complicity in Sudan war crimes. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/swedens-public-prosecutor-charges-lundin-energy-executives-with-complicity-in-sudan-war-crimes/>.

²⁵ UnpaidDebt. (27.11.2023). The Prosecutor's Case. Bericht der NGO.
<https://unpaiddebt.org/the-case-for-the-prosecution/>.

²⁶ Reuters. (11.11.2021). Sweden charges Lundin Energy executives with complicity in Sudan war crimes. <https://www.reuters.com/world/africa/sweden-charges-lundin-energy-executives-complicity-sudan-war-crimes-2021-11-11/>.

²⁷ Kapitel 2, § 3 Nr. 6 schwedisches Strafgesetzbuch (brottsbalken). (Schwedische Version mit engl. Übersetzung:
<https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>.

²⁸ Högsta Domstolen Sveriges Domstolar. (11.10.2022). Svensk domstol är behörig att pröva mål om folkrättsbrott i Sudan.
<https://www.domstol.se/nyheter/2022/11/svensk-domstol-ar-behorig-att-prova-mal-om-folkrattsbrott-i-sudan/>.

²⁹ Swedish Code of Statutes. (11.06.2014). Act on criminal responsibility for genocide, crimes against humanity and war crimes.
https://www.government.se/contentassets/6e0e65c994124235a39387e2dcf5ad48/2014_406-act-on-criminal-responsibility-for-genocide-crimes-against-humanity-and-war-crimes-.pdf.

³⁰ Business and Human Rights Compliance. (06.09.2023). Lundin Trial: Case updates by GRC's correspondent in Sweden.
<https://businesshumanrightscompliance.co.uk/lundin-trial-case-updates-by-grcs-correspondent-in-sweden>.

würfe wegen internationaler Verbrechen in einem anderen Teil der Welt, in dem die Unternehmen mittels Tochtergesellschaften tätig waren. In beiden Fällen wurde die Produktion trotz interner Unruhen in einer instabilen Region fortgesetzt und mit lokalen Partnern kooperiert. Den Verantwortlichen in Europa wird in beiden Verfahren Beihilfe zu Völkerstraftaten, die Dritte begangen haben, vorgeworfen aufgrund der Kooperation mit Partnern in Kenntnis der strafbaren Handlungen ebendieser.

In beiden Verfahren haben sich die Gerichte auch für zuständig erklärt. Im Ludin Verfahren sah das Oberste Gericht ausreichend Anknüpfungspunkte für die Zuständigkeit Schwedens für das Verfahren gegen den ehemaligen Geschäftsführer, einen Schweizer Staatsbürger, der sich in der Schweiz aufhielt, über die Nationalität des Angeklagten und seinen Aufenthaltsort hinausgehend. Somit wurde die Anklage in beiden Verfahren zugelassen wegen Taten, die im Ausland begangen wurden, deren Opfer keine nationalen Staatsbürger sind und gegen Angeklagte, die teilweise nicht einmal die eigene Nationalität haben.

Internationale Verbrechen sind in beiden Rechtsordnungen strafbar. Im französischen Recht ist das Völkerstrafrecht in die Code Pénal integriert, in Schweden wurde im Jahr 2014 ein eigenes Gesetz verabschiedet, ähnlich wie in Deutschland.

Was aber in beiden Ländern unverkennbar zu der zielführenden Verfolgung beigetragen hat, ist offensichtlich ein politischer Wille. Die Behörden waren bereit internationale Verbrechen, die nicht im eigenen Land begangen wurden, aktiv zu verfolgen, auf Anzeigen von Nichtregierungsorganisationen hin Ermittlungen gegen Verantwortliche inländischer Unternehmen aufzunehmen und sogar anzuklagen. Ob solche Verfahren auch in Deutschland zu erwarten sind, soll im Folgenden betrachtet werden.

C. Strafverfolgung von Unternehmen und Verantwortlichen in Unternehmen für Völkerstraftaten in Deutschland

In Deutschland bietet das Wirtschaftsstrafrecht zusammen mit dem Völkerstrafrecht einen Rahmen, in dem Leitungspersonen von Unternehmen für Taten in Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen verfolgt werden können. Dies dürfte ein Risiko für Unternehmen sein, die in Konfliktregionen tätig sind, aber auch vor allem für deutsche Unternehmen, die Waffen oder Rüstungsgüter herstellen und in Konfliktregionen liefern.

Das ECCHR hat bereits im Dezember 2019 gemeinsam mit anderen Nichtregierungsorganisationen eine Strafanzeige wegen der Beihilfe zu Kriegsverbrechen im Jemen gegen verschiedene europäische Waffenhersteller beim IStGH eingereicht, darunter ein deutsches Unternehmen.³¹

Daneben haben Nichtregierungsorganisationen in Namen von Antragstellern aus dem Gazastreifen, u.a. auch das ECCHR, Eilanträge auf Untersagung von Ausfuhrgenehmigungen für

Waffenlieferungen an Israel beantragt.³² Das Berliner Verwaltungsgericht hat die Anträge jedoch unlängst alle als unzulässig zurückgewiesen mit der Begründung, Deutschland habe schon Anfang des Jahres 2024 aufgehört, Exporte von Kriegswaffen an Israel zu genehmigen und eine zukünftige Entscheidung der Bundesregierung über Waffenlieferungen an Israel stehe nicht an.³³ Die Entscheidung wurde am 9. August 2024 vom Obergerwaltungsgericht Berlin-Brandenburg in einem Fall bereits bestätigt.³⁴

Trotzdem sind diese Entwicklungen relevant, zumal Deutschland im Jahr 2023 Einzelgenehmigungen für die Ausfuhr von Rüstungsgütern im Wert von 12,2 Milliarden Euro erteilt.³⁵ Wenn ein deutscher Industriezweig somit einem Verfolgungsrisiko ausgesetzt ist, so ist es dieser.

Die Verfahrensvoraussetzungen bzw. die „Rahmenbedingungen“ für solche Verfahren im europäischen Ausland wurden eingangs bereits dargestellt. Diese Voraussetzungen sollen nun im Hinblick Deutschland geprüft werden. Wie würden Sachverhalte, wie die oben geschilderten Sachverhalten in Sachen Lundin und Lafarge in Deutschland strafrechtlich bewertet werden?

1. Zuständigkeit der deutschen Justiz

Die Zuständigkeit der deutschen Justiz dürfte in einem solchen Verfahren gegeben sein. Straftaten im Ausland können allgemein nach § 7 StGB verfolgt werden. Nach § 1 VStGB gilt in Deutschland darüber hinaus das sog. Weltrechtsprinzip. Danach können internationale Verbrechen nach §§ 6 bis 12 VStGB in Deutschland verfolgt werden, auch wenn

³¹ ECCHR. Bombenangriffe made in Europe - IStGH muss Verantwortung europäischer Akteure für Kriegsverbrechen im Jemen untersuchen. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/>.

³² Das ECCHR hat am 11. April 2024 beim Verwaltungsgericht Berlin eine Klage gegen die Bundesregierung eingereicht wegen erteilter Exportgenehmigungen für Waffenlieferungen an Israel und einen Antrag auf Eilrechtsschutz gestellt, dass die Ausfuhrgenehmigung zu stoppen seien, weil Deutschland durch die Lieferung von Waffen nach Israel gegen seine Verpflichtungen nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz verstoßen habe und die Waffen zur Tötung, Vertreibung und Zerstörung von Zivilisten und ziviler Infrastruktur in Gaza sowie zur Kontrolle und Einschränkung der Einfuhr und der Verteilung humanitärer Hilfe eingesetzt würden. Informationen online verfügbar, <https://www.ecchr.eu/pressemitteilung/ecchr-und-palaestinensische-menschenrechtsorganisationen-klagen-gegen-deutsche-waffenexporte-nach-israel/> und <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/waffen-export-lieferung-krieg-gaza-israel-bundesregierung-waffenexport-igh-berlin/>

³³ Beschlüsse der 4. Kammer des VG Berlin vom 10.06.2024 (VG 4 L 44/24, VG 4 L 119/24 und VG 4 L 148/24), siehe Pressemitteilung vom 11.06.2024, Waffen an Israel: Kein vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz (Nr. 16/2024) – Berlin.de

³⁴ Beschluss des OVG vom 08.08.2024 – OVG 1 S 46/24 – siehe Pressemitteilung vom 08.08.2024, OVG bestätigt: Kein Eilrechtsschutz gegen künftige Genehmigungen für Waffenlieferung an Israel – 30/24 – Berlin.de

³⁵ Tagesschau. (04.01.2024). Deutsche Rüstungsexporte auf Höchststand. <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/bundesregierung-ruestungsexporte-100.html>.

diese keinen direkten Bezug zu Deutschland aufweisen. Das heißt, weder Täter, noch Opfer, noch Tatort müssen sich in Deutschland befinden; auch müssen die beteiligten natürlichen Personen nicht die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen. Hier gilt jedoch die Einschränkung des § 153 f StPO, wonach Ermittlungen eingestellt werden können, wenn kein Anknüpfungspunkt zu Deutschland besteht und der IstGH oder ein anderer Staat seine Zuständigkeit ausübt.

Sollte es ein deutsches Unternehmen betreffen, das in einem Konflikt in einem anderen Land tätig war, dürfte es einen Anknüpfungspunkt zu Deutschland geben, wie es in Schweden der Oberste Gerichtshof im Lundin Verfahren auch in Bezug auf den Schweizer Staatsbürger feststellte.

2. Anknüpfungstat

Völkerstrafrechtliche Verbrechen werden in Deutschland aktiv verfolgt. Grundlage der Verfolgungen ist neben dem StGB das VStGB. Das VStGB ist am 30. Juni 2002 in Kraft getreten fast zeitgleich mit dem Rom Statut des IstGH, das am 1. Juli 2002 nach Ratifikation durch 60 Staaten in Kraft trat. In praktischer Hinsicht hat es jedoch vom Zeitpunkt des Inkrafttretens bis zur ersten Anklage auf Grundlage des VStGB im Jahr 2011 fast zehn Jahre gedauert.³⁶

Straftaten nach dem VStGB sind Völkermord (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB), Kriegsverbrechen (§ 8 – 12 VStGB) und das Verbrechen der Aggression (§ 13 VStGB). Diese Tatbestände sind stark an das Rom Statut angelehnt, wurden allerdings nicht eins-zu-eins ins deutsche Recht übernommen. So kennt das VStGB beispielsweise keine Trennung zwischen Kriegsverbrechen in internationalen und nicht-internationalen Konflikten, wie es das Rom Statut kennt. Manche Straftatbestände wurden zudem erweitert oder abgeändert, wie zum Beispiel § 8 Abs. 1 Nr. 8 VStGB, der medizinische Kriegsverbrechen in das deutsche Strafrecht einführt.³⁷

Die im VStGB normierten Verbrechen verlangen allesamt vorsätzliches Handeln, in manchen Fällen sogar in bestimmter Absicht, wie der genozidalen Absicht im Sinne des § 6 Abs. 1 VStGB. Eine Fahrlässigkeit reicht hierfür nicht aus.

Bislang wurden gegen mehr als 50 Personen Gerichtsverfahren geführt für Verbrechen in Afghanistan, Gambia, Irak, Ruanda, Sri Lanka und Syrien³⁸ wegen Gräueltaten in verschiedenen Konflikten der Welt, vom Völkermord in Ruanda im Jahr 1994,³⁹ über Tötungen im internen Konflikt in Sri Lanka ab 2008,⁴⁰ bis hin zu Taten für die IS in Irak und Syrien in den 2010ern.⁴¹ Grundlage waren teilweise die Tatbestände des StGB und ab 2011 die Tatbestände des VStGB. Ermittelt wurde darüberhinausgehend wegen Vorwürfen gegen Mitglieder des russischen Militärs und – zeitweise – sogar gegen Donald Rumsfeld.⁴² Die Anklagen trafen Verbrechen, die vor Ort – nicht in Deutschland – begangen wurden, für die die Täter in Deutschland zur Rechenschaft gezogen wurden.⁴³

Ein Verfahren dürfte jedoch zumindest nachdenklich stimmen. Auf eine Anzeige hin hatte die Generalbundesanwaltschaft im Oktober 2011 Ermittlungen gegen die Geschäftsführer des Unternehmens Heckler&Koch aufgenommen

wegen dem Vorwurf, das Unternehmen habe entgegen eines Waffenembargo Waffen an das von Gaddafi regierte Libyen geliefert. Im Juli 2014 stellte die Generalbundesanwaltschaft die Ermittlungen aus tatsächlichen Gründen nach § 170 Abs. 2 StPO ein.⁴⁴ Weitere Ermittlungen wegen völkerstrafrechtlicher Sachverhalte gegen Verantwortliche deutscher Unternehmen sind bisher nicht bekannt.

3. Zurechnung an die Unternehmer

Möglicher Vorwurf gegenüber Leitungspersonen in einem Unternehmen dürfte, wie in den Verfahren Lundin und Lafarge, die Beihilfe zu Völkerstraftaten sein. Sollte eine Förderungshandlung nicht vorgenommen worden oder nicht nachweisbar sein, so könnte eine Unterlassensstrafbarkeit in der Form der Aufsichtspflichtverletzung oder der Geschäftsherrenhaftung denkbar sein.

a) Beihilfe zu Straftaten

Grundsätzlich könnten Verantwortliche innerhalb eines Unternehmens, wie in den Verfahren Lafarge und Lundin, für Beihilfe zu Völkerstraftaten belangt werden. Als Straftat käme die Beihilfe nach § 27 StGB zu einer Straftat nach §§ 6-13 VStGB in Betracht. Gemäß § 2 VStGB findet das allgemeine Strafrecht, also auch die Vorschriften zu der Beteiligung, Anwendung. Ob strafbewährte Handlungen seitens Leitungspersonen in Deutschland vorliegen (und beweisbar sind), dürfte sich dann zeigen.

Der Knackpunkt in einem Strafverfahren wegen Beihilfe zu Völkerstraftaten wird perspektivisch der (bedingte) Vorsatz sein: Dürfte der Gehilfe davon ausgehen, dass sein Beitrag die Begehung einer Haupttat förderte? Wie in Verfahren im

³⁶ Die erste Anklage wurde im Jahr 2011 gegen einen ruandischen Staatsbürger erhoben siehe, GBA. https://www.generalbundesanwalt.de/DE/Unsere_Aufgaben/Völkerstrafrecht/Völkerstrafrecht-node.html.

³⁷ Einerseits wurde der Straftatsbestand im Gegensatz zu den Genfer Konventionen erweitert und sind alle medizinischen Behandlungen ohne die Zustimmung des Behandelten strafbar. Andererseits wurde der Verweis auf die medizinische Ethik nicht mitaufgenommen, für Details siehe Mehring First Do No Harm: Medical Ethics in International Humanitarian Law, 2014.

³⁸ Eine übersichtliche Datenbank hat das International Nuremberg Principles Academy erstellt: <https://vstgb-datenbank.de/strafrechtsdb>.

³⁹ Bspw. das Verfahren gegen Onesphore R., OLG Frankfurt, Ur. v. 18.02.2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10).

⁴⁰ Bspw. das Verfahren gegen Sivatheeban B., OLG Düsseldorf, Ur. v. 08.11.2019 (7 StS 2/19).

⁴¹ Bspw. das Verfahren gegen Abdelkarim E., OLG Frankfurt, Urteil v. 08.11.2016 (StE 4/16 – 4 – 3/16); Verfahren gegen Jennifer W., OLG München, Ur. v. 25.10.2021 (8 St 9/18).

⁴² Siehe Beschwerdebeschluss des OLG Stuttgart v. 13.09.2005 (5 Ws 109/05). Pressemitteilung des OLG Stuttgart, <https://oberlandesgericht-stuttgart.justiz-bw.de/pb/Lde/8976234/?LISTPAGE=8976155>.

⁴³ Eine Ausnahme ist z.B. im Urteil des OLG Stuttgart gegen Dr. Ignace M., dem vorgeworfen wurde, er habe von Deutschland aus Kriegsverbrechen in DR Kongo unterstützt. Die Verurteilung wurde vom BGH aufgehoben. BGH Ur. v. 20.12.2018 (3 StR 236/17).

⁴⁴ FAU. Case Information Sheet. https://vstgb-datenbank.de/media/pdfs/CIS_Mustervorlage_HecklerundKoch_AR_deutsch_KB.pdf.

Wirtschaftsstrafrecht, dürfte auch hier die Frage im Raum stehen, ob die wirtschaftliche Betätigung, auch wenn sie in einem Konfliktgebiet ausgeübt wurde, nicht eine „berufsneutrale Handlung“ darstellt. Dies dürfte dann zu verneinen sein, wenn durch die Tätigkeit erkennbar tatgeneigte Täter unterstützt wurden.⁴⁵ Aus der Ferne dürfte man meinen, die Tatgeneigtheit von, zum Beispiel, IS-Kämpfern dürfte erkennbar gewesen sein, aber der Gehilfenvorsatz muss beim Gehilfen in Deutschland auch vorliegen. Auch der Unternehmer in Deutschland müsste um die Begehung der Völkerstraftat gewusst haben müssen und sie zumindest billigend in Kauf genommen haben.

b) Unterlassen von Maßnahmen

Eine vorsätzliche Unterstützungshandlung mit dem notwendigen Vorsatz dürfte in vielen Fällen schwierig darzulegen sein, weshalb in internationalen Konstellationen eher ein strafrechtlich relevantes Unterlassen in Betracht kommt.

Innerhalb des VStGB wurde die Vorgesetztenhaftung, wie auch im Art. 28 des Rom Statuts, in § 4 Abs. 1 VStGB aufgenommen. Ein ziviler Vorgesetzter handelt auch dann strafbar, wenn er einen Untergebenen nicht daran hindert, strafbare Handlungen zu begehen. Dies ist ein dem Völkerstrafrecht spezifischer Unterlassenstatbestand, der nur greift, wenn eine Straftat nach dem VStGB begangen wurde. In dem Fall findet § 13 Abs. 2 StGB keine Anwendung. Voraussetzung ist, dass der Vorgesetzte gem. § 4 Abs. 2 S. 2 VStGB tatsächliche Führungsgewalt und effektive Kontrolle ausübt.⁴⁶ Dafür muss der Vorgesetzte das Verhalten der Untergebenen faktisch bestimmen können und Straftaten wirksam unterbinden können. Dies dürfte in Fällen wie Lafarge und Lundin, in denen Dritte handelten, nicht der Fall gewesen sein, da sie über diejenigen, die die Völkerstraftaten begingen, keine wirksame Kontrolle ausübten.

Für Unternehmer in Deutschland wäre darüber hinaus noch an eine verschärfte Haftung der Geschäftsherren zu denken.⁴⁷ Diese Form der Unterlassensstrafbarkeit setzt aber voraus, dass der Geschäftsherr eine Garantenstellung innehatte und dass ein Zusammenhang zwischen der vorgeworfenen Straftat und der betrieblichen Tätigkeit besteht.⁴⁸

Eine Herrschaftsstellung, aus der eine Weisungsbefugnis hervorgeht, ist bei Muttergesellschaften über Tochtergesellschaften dann gegeben, wenn innerhalb des Konzerns in Abhängigkeitsverhältnis besteht, das sich auch auf der Leitungsebene widerspiegelt.⁴⁹ In den oben skizzierten Verfahren waren die Geschäftsführer der Muttergesellschaften soweit ersichtlich in die Entscheidungen der Tochtergesellschaft einbezogen. Zum Beispiel soll es im Fall von Lafarge, wie es im US-Verfahren festgestellt wurde, Anweisungen der Muttergesellschaft an Mitarbeiter gegeben haben, wie die Kooperation mit den IS-Kämpfern abzulaufen habe.

Alternativ könnte an eine Garantenstellung aus Überwachungsstellung gedacht werden für die Tochterunternehmen als Gefahrenquelle, insbesondere wenn dieses Tochterunternehmen wirtschaftlich in einer sog. weak-governance-zone tätig wird.⁵⁰ In welchen Gebieten ein Tochterunternehmen tätig wird, dürfte Unternehmern im Zeitalter der Social Media bewusst sein – auch für in Europa sitzende Geschäftsführer.

So waren die Straftaten des IS in Syrien und Irak eindrücklich weltweit zu verfolgen. Aus solchen Umständen dürfte es sich in bestimmten Fällen durchaus eine Pflicht für das Mutterunternehmen ergeben, die Geschäftsausübung der Tochter in diesem Raum zu überwachen.

Auch hier muss es sich aber um eine betriebsbezogene Straftat handeln – dies wäre in den jeweiligen Sachverhalten auslegungsbedürftig. Laut Rechtsprechung des BGH ist eine Tat dann betriebsbezogen, wenn sie „einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist“.⁵¹ Dazu unten mehr unter 4..

c) Aufsichtspflichtverletzung

Daneben stellt die Aufsichtspflichtverletzung für Verantwortliche innerhalb eines Unternehmens ein Risiko dar.

Hierfür bietet § 14 Abs. 2 VStGB einen eigenen Straftatbestand. Strafbare ist die Verletzung der Aufsichtspflicht seitens eines zivilen Vorgesetzten hinsichtlich seiner Untergebenen. Dafür muss hinsichtlich der Erkennbarkeit des Bevorstehens der Tat des Untergebenen grobe Fahrlässigkeit vorgelegen haben.⁵² Hier gilt das oben unter 3. b) gesagte, dass der zivile Vorgesetzte effektive Kontrolle über den Untergebenen ausüben muss.

Daneben sind Aufsichtspersonen nach § 130 OWiG verpflichtet zur Verhinderung von betriebsbezogenen Straftaten durch nachgeordnete Mitarbeiter. Dabei gilt das Zurechnungsprinzip, wonach Verhalten der Untergebenen den Vorgesetzten zugerechnet wird. So kann dann auch das Unternehmen sanktioniert werden, sofern die Aufsichtspflichtverletzung der Leitungsperson dem Unternehmen nach § 30 OWiG zugerechnet werden kann.⁵³ Gemäß § 5 OWiG sind auch im Ausland begangene Ordnungswidrigkeiten verfolgbar.

Die Aufsichtspflicht könnte in den hier oben als Beispiele genannten Fällen darin bestanden haben, zu kontrollieren, dass eben nicht mit Konfliktparteien verhandelt wird oder eine wirtschaftliche Zusammenarbeit stattfindet. Daneben hätten die Mitarbeiter vor Ort in der Arbeit in einer Konfliktsituation instruiert werden müssen und auf die Wahr-

⁴⁵ BGH, Urt. v. 22.01.2014 (5StR 468/12, Rn. 26).

⁴⁶ Gericke/Moldenhauer NSTZ-RR 2021, 38, 38.

⁴⁷ Siehe auch Kirsch NZWiSt, 212; Wittig, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 248 ff.; allg. dazu Wessing/Dann in: Volk/Beukelmann, Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 4 Compliance, Rn. 50-60.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 20.10.2011 (4 StR 71/11); CCZ 2012, 157, Rn. 13; NSTZ 2018, 648.

⁴⁹ Wessing/Dann, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen 3. Auflage 2020, § 4 Compliance Rn. 52.

⁵⁰ Wittig, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 249.

⁵¹ CCZ 2012, 157 (158).

⁵² Kirsch NZWiSt 2014, 212, 215.

⁵³ BeckOK OWiG/Meyberg OWiG § 30 Rn. 12, 13; Zerbes, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 214.

nehmung der Neutralität und sonstiger Pflichten kontrolliert werden müssen. Bei der Arbeit in Konfliktregionen kann hier durchaus von einer „gesteigerten Aufsichtspflicht“⁵⁴ ausgegangen werden. Die Verantwortlichen hätten somit die Untergebenen besser kontrollieren müssen, ob diese sich in der Konfliktregion richtig verhalten.

Für den Vorwurf der Aufsichtspflichtverletzung müsste eine nachgeordnete Mitarbeiterin die Pflichtverletzung begangen haben. In den Verfahren Lafarge und Lundin waren es jeweils unbekannt Dritte, die die Völkerstraftaten begingen. Ihr Verhalten kann den Verantwortlichen der Unternehmen nicht zugerechnet werden, da die Pflichtverletzung im Sinne des § 130 Abs. 1 OWiG durch eine in einem Subordinationsverhältnis stehende Person begangen worden sein muss. Dies setzt als Konsequenz voraus, „dass Personen, die dem Direktions- und Weisungsrecht des Betriebsinhabers nicht unterliegen, als unmittelbar Handelnde auszuscheiden haben“.⁵⁵

4. Zurechnung an das Unternehmen

Grundsätzlich kennt das deutsche Recht keine strafrechtliche Haftung von Unternehmen. Eine diesbezügliche Neuerung des Strafgesetzbuchs durch das „Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ (sog. Verbandssanktionengesetz)⁵⁶ wurde, nachdem die Bundesregierung es im Oktober 2020 in den Bundestag eingebracht hatte, bekanntermaßen nicht angenommen. Auch das Verbandssanktionengesetz hätte jedoch keine Strafverfolgung für durch Unternehmen begangene internationale Verbrechen ermöglicht.

Einerseits droht den betroffenen Unternehmen die Einziehung nach §§ 73 ff StGB im Rahmen der Vermögensabschöpfung.⁵⁷ Hat das Unternehmen durch die Straftat einer natürlichen Person etwas erlangt, kann über das Erlangte die Einziehung angeordnet werden.⁵⁸ Für Unternehmen bedeutet dies die unangenehme Beteiligung an dem Ermittlungsverfahren als Nebenbeteiligte, ggf. die Anwesenheit in einer Hauptverhandlung und letztendlich eine kostspielige Sanktion, denn eingezogen wird bekannterweise weiterhin nach dem Bruttoprinzip.⁵⁹ Diese Folge dürfte somit, obwohl sie keinen Strafcharakter haben soll, dem Unternehmen teuer zu stehen kommen.

Alternativ droht den Unternehmen die Verbandsgeldbuße. Nach § 30 Abs. 1 OWiG können Unternehmen dafür zur Verantwortung gezogen werden, dass natürliche Personen, die in einem Vertretungs- oder Leistungsverhältnis zum Unternehmen stehen, eine schuldhaft und verfolgbar Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben. Es muss kein Vermögensbezug bestehen.⁶⁰ Die Voraussetzung an die Anknüpfungstat gem. § 30 Abs. 1 OWiG ist jedoch, dass durch diese entweder Pflichten des Unternehmens verletzt wurden (Alt. 1) oder das Unternehmen muss durch die Tat tatsächlich bereichert oder die Bereicherung beabsichtigt wurde (Alt. 2).

Betriebsbezogen bedeutet, dass die Anknüpfungstat „im Zusammenhang mit der Betriebs- oder Unternehmensführung erfolgt sein muss“.⁶¹ Grundsätzlich „liegt eine betriebsbezogene Tat vor, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die sich aus objektiver Sicht als – wenn auch deliktische – Wahrnehmung von Aufgaben und Interessen des Betriebes darstellen,

wobei nicht erforderlich ist, dass die JP/PV von der Tat des Mitarbeiters wirtschaftlich profitiert oder profitieren soll“.⁶²

Angeblich kauften die Verantwortlichen der Lafarge vom IS und zahlten Weggelder, um die Produktion weiterführen zu können. Die Verantwortlichen der Lundin erbaten sich angeblich Hilfe vom Militär bei der Sicherung ihres Ölfeldes. In beiden Fällen wird den Verantwortlichen vorgeworfen, die Handlungen erfolgten in Ausführung betriebsbezogener Pflichten, nämlich der Fortführung der Produktion. In beiden Fällen könnte somit eine wirtschaftliche Betätigung der Verantwortlichen und eine betriebsbezogene Tat vorgelegen haben.

Darüber hinaus müsste die Tat gem. § 30 OWiG auch schuldhaft begangen worden und auch verfolgbar sein. Aufgrund der Konstellation von Auslandstaten, die oftmals in militärischen oder organisierten Gruppierungen stattfinden, sei auf einige Spezialprobleme hingewiesen. § 3 VStGB normiert einen speziellen Schuldausschlussgrund:⁶³ ein Haupttäter handelt nicht schuldhaft, wenn er auf Befehl handelte, sofern der Täter nicht erkennt, dass der Befehl oder die Anordnung rechtswidrig ist und deren Rechtswidrigkeit auch nicht offensichtlich ist. Verfolgbar sind die Taten dann nicht, wenn der Täter Immunität genießt. Dies spielt grundsätzlich bei ausländischen Haupttätern eine Rolle. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 28. Januar 2021 festgestellt, dass der nationalen Strafverfolgung von Kriegsverbrechen keine allgemeine funktionelle Immunität *ratione materiae* von nachrangigen Hoheitsträgern entgegensteht.⁶⁴ Niedrige Militäranghörige genießen somit in Deutschland keine Immunität. Anders dürfte der BGH die Immunität aufgrund der Stellung (*ratione personae*) sehen, somit von höheren Militärs und Regierungschefs.

5. Fazit

In Deutschland besteht somit für Unternehmen ein finanzielles Risiko durch völkerstrafrechtliche Straftaten, aber es droht keine Verurteilung. Mehr Risiko dürfte aber für Verantwortliche innerhalb der Unternehmen bestehen für Taten, die als Förderung oder Erleichterung von Völkerstraftaten tatgeheimer Täter gewertet werden können oder für mangelnde Aufsichtsmaßnahmen über Untergebene.

⁵⁴ KK-OWiG/Rogall OWiG § 130 Rn. 42.

⁵⁵ KK-OWiG/Rogall OWiG § 130 Rn. 108.

⁵⁶ Für den Entwurf, siehe <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-st%C3%A4rkung-der-integrit%C3%A4t-in-der-wirtschaft/265689>.

⁵⁷ Graf/Jäger/Wittig/Scheier StGB § 73b Rn. 4.

⁵⁸ Zu den Voraussetzungen, siehe BeckOK StGB/Heuchemer StGB § 73 Rn. 15.

⁵⁹ Zum Bruttoprinzip siehe KK-OWiG/Mitsch OWiG § 29a Rn. 24, Joecks/Meißner, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage 2020 Rn. 54.

⁶⁰ BeckOK OWiG/Meyberg OWiG § 30 Rn. 64.

⁶¹ BT-Drucks. 16/3656, S. 14.

⁶² KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 93.

⁶³ Fischer, StGB, Vor § 32, Rn. 16.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 28.01.2021 (3 StR 564/19).

Bei der wirtschaftlichen Betätigung in Regionen, in denen ein bewaffneter Konflikt ausgetragen wird und auch in sog. Weak-governance-zones dürfte ein Unternehmen deswegen wohl daran tun, Compliance-Maßnahmen zu treffen.⁶⁵ Zu denken ist hier an die Schulung von Mitarbeitern und Leitungspersonen, u.a. zu völkerstrafrechtlichen Risiken, an die Einrichtung eines Kontrollgremiums, an die sorgfältige Prüfung von Kunden und Kontakten und die Dokumentation ebendieser Maßnahmen.⁶⁶ Dabei sollten die Verantwortlichen sich zu allen Zeiten darüber bewusst sein, was die aktuelle Situation vor Ort ist und in welchen politischen Dimensionen das Unternehmen agiert. Im Zweifel tut ein Unternehmen im Falle einer Eskalation besser daran, den Betrieb oder Lieferungen (vorübergehend) einzustellen, als mit allen Mitteln weiter zu produzieren

D. Ausblick

Die Verfahren gegen Verantwortliche der Unternehmen Lundin und Lafarge machen deutlich, dass das Wirtschaftsvölkerstrafrecht wieder zum Leben erweckt wurde. Die strafrechtliche Verfolgung von internationalen Verbrechen trifft somit nicht mehr nur die Täter, die die Gräueltaten aktiv begangen haben, sondern inzwischen auch Führungspersonen in europäischen Unternehmen, denen wegen ihrer Kenntnis der Taten oder anderen Gegebenheiten Beihilfe vorgeworfen wird. Dies verwundert nicht in der heutigen Zeit, in der Unternehmen immer globaler agieren und eine wirtschaftliche Betätigung in einem Kriegs- oder Konfliktgebiet oft schwer zu vermeiden ist, da immer mehr Konflikte das Weltgeschehen beherrschen.

Öffentlich bekannt sind derzeit in Deutschland keine Ermittlungen wegen Völkerstraftaten, in denen ein Unternehmen und dessen wirtschaftliche Tätigkeiten in einer Konfliktregion im Mittelpunkt stehen. Denkbar ist es jedoch allemal, zumal wie oben beschrieben erste öffentlich-rechtliche Verfahren angebahnt wurden, in denen Vorwürfe wegen Völkerstraftaten weine Rolle spielten. In den Niederlanden wurde der Klage einer Nichtregierungsorganisation gegen den niederländischen Staat stattgegeben, er möge die Lieferungen von Teilen für F-35 Kampfflugzeuge an Israel einstellen, weil ein „deutliches Risiko“ bestehe, dass Israel das humanitäre

Völkerrecht verletze und dass die von Niederlanden gelieferten Teile dazu beitragen würden.⁶⁷

Verwaltungsrechtliche Klagen mögen an sich keine strafrechtliche Relevanz haben, wäre da nicht parallel das Verfahren vor dem IGH gewesen, in dem Nicaragua Deutschland vorgehalten hat, es habe durch die politische, finanzielle und militärische Unterstützung Israels gegen seine Pflichten aus der Genozid-Konvention, dem Kriegsvölkerrecht und gegen allgemeine zwingende Normen des Völkerrechts verstoßen.⁶⁸ Derartige Verfahren zeugen von einem politischen Klima, das sich zunehmend ändern könnte. So gibt es immer mehr Konflikte, die sich nun nicht mehr in „fernen Ländern“ abspielen, sondern in der Ukraine und in Israel – also quasi vor der Haustür. Die Situation in der Ukraine hat bereits zu einem Strukturermittlungsverfahren der Generalbundesanwaltschaft geführt⁶⁹ – denkbar wäre ein solches auch für andere (bewaffnete) Konflikte. Dabei könnten durchaus auch deutsche bzw. in Deutschland tätige Unternehmen ins Visier der (nationalen, aber auch der ausländischen) Ermittler geraten. Es erscheint somit mehr denn je als eine Frage der Zeit, bis jemand die Rosenhecke überwinden wird und das Wirtschaftsvölkerstrafrecht in Deutschland aus seinem Dornröschenschlaf erwachen lässt.

⁶⁵ Auch international gibt es hierzu Handleitungen, zB Organization for Economic Co-operation and Development („OECD“), „OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones“ (Juni 2006) <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>; Office of the High Commissioner on Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

⁶⁶ Kirsch NZWiSt Jahr 2012, 212, 217.

⁶⁷ Rechtbank Den Haag, Urt. v. 15.12.2023, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2023:19744>; Gerechtshof Den Haag, Beschl. v. 12.02.2024, para. 5.36, 5.49, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2024:191>.

⁶⁸ Antrag Nicaragua, para 45.

⁶⁹ So war es Stand 2022: <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-905226>.

Rechtsanwalt Jakob Lehnerts, Darmstadt

Digitale Akteneinsicht in der Untersuchungshaft

A. Einleitung

Die Digitalisierung der Justiz schreitet immer weiter voran. Dies betrifft im zunehmenden Maße auch die Führung der Ermittlungsakten. Statt etliche Aktenordner zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft oder Verteidigung hin- und herschicken, reicht die Versendung eines Links oder Datenträgers. Ganz so einfach ist dies aber nicht, wenn die Akte Beschuldigten¹ in der Untersuchungshaft bereitgestellt werden soll.²

Was auf den ersten Blick ein Nischenproblem zu sein scheint, erweist sich in der Praxis als wiederkehrendes Problem und wird mit der zunehmenden Digitalisierung unweigerlich in den Vordergrund treten. Die Problematik tritt insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren hervor, in denen sich die Hauptakte schnell über eine Vielzahl an Aktenordnern erstreckt.³ Die Akte wird digitalisiert und aus Sicherheitsgründen wie dem Brandschutz oder aus schieren Platzgründen Beschuldigten keine Papierakte im Haftraum überlassen. Meist werden Beschuldigte dann zum Aktenstudium von der entsprechenden Justizverwaltung auf die Nutzung eines Computers in der Bibliothek oder in speziellen Computerräumen zu bestimmten Nutzungszeiten verwiesen.

Angesichts dieses nur (zeitlich) eingeschränkten Einsichtsrechts bzw. der sich daraus ergebenden praktischen Probleme (z.B. mehrere Nutzungsinteressenten, Kollision mit Arbeitsdiensten oder Sportangebot) stellen manche Vollzugsanstalten bzw. Gerichte den Beschuldigten ein digitales Lesegerät zur Verfügung (Laptop oder e-book Reader).⁴ Auch die BRAK hat sich zuletzt angesichts der voranschreitenden Digitalisierung hierfür ausgesprochen.⁵ Widererwartend kommen dem aber nicht alle Anstalten bzw. Gerichtsbezirke nach, sodass die Praxis hier unbefriedigender Weise bereits jetzt sehr unterschiedlich ist.⁶ Dieser Zustand ist angesichts der fortschreitenden Digitalisierung nicht haltbar und wird dem Beschuldigten sowie der besonderen Situation der Untersuchungshaft nicht gerecht.

B. Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage für die Entscheidung über die Nutzung eines elektronischen Lesegerätes findet sich in den entsprechenden Vollzugsgesetzen der Länder in den Vorschriften zur Ausstattung des Haftraumes.⁷ Da hier überwiegend der Vollzug der Untersuchungshaft betroffen ist, sind entsprechende Einschränkungen i.S.d. § 119 StPO der Bundesgesetzgebung entzogen, sofern nicht der Zweck der Untersuchungshaft im Vordergrund steht.⁸ Regelmäßig sind hiernach solche Gegenstände nicht zur Nutzung zugelassen, die die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährden. Diese Sicherheitsbelange sind sodann mit den Grundrechten Beschuldigter auf ein faires Verfahren und eine angemessene Verteidigung abzu-

wägen und die entsprechenden Einschränkungen auf das unvermeidliche Maß zu reduzieren.⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat sich nach Kenntnis des Autors inhaltlich noch nicht zu dieser Frage geäußert. Es hat aber bereits ablehnende Entscheidungen in Bezug auf die Gewährung eines Laptops in der Strafhaft getroffen.¹⁰ In dieser Situation gilt: Zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung der Strafgefangenen genügt für die Feststellung einer Gefährdung der Sicherheit und Ordnung der Anstalt grundsätzlich eine abstrakte Eignung des zu bescheidenen Gegenstandes.¹¹ Dies ist bei einem Computer bzw. Laptop regelmäßig der Fall, denn er ermöglicht grundsätzlich die Speicherung sicherheits- oder vollzugsgefährdender Inhalte oder gar den Austausch mit der Außenwelt.¹²

Dennoch hat die Justizvollzugsanstalt zu prüfen, ob sie der Gefahr nur mit einem nicht erwartbaren Kontrollaufwand begegnen kann oder besondere Gründe in der Person des Gefangenen die Nutzung gebieten.¹³ Die Einschränkungen sind Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Denn kann die Anstalt etwa durch technische Vorkehrungen wie Verplombungen o.ä. der Gefahr begegnen, hat sie dies vorzunehmen.¹⁴ Bzgl. des Kontrollaufwandes spricht das Bundesverfassungsgericht den Anstalten aber eine generalisierende Betrachtung zu,¹⁵ sodass angesichts der beschränkten per-

¹ selbsttredend gilt dies in jedem Stadium des Strafverfahrens.

² hierzu auch bereits im Lichte der Digitalisierung Lillie-Hutz, FD-StrafR 2018, 405566; Graßie/Hieramente in: Ory/Weth, jurisPK-ERV § 147 StPO Rn. 15ff.

³ beispielhaft sei hier der Wirecard-Prozess gegen den Geschäftsführer genannt, in dem die Ermittlungsakte laut Pressemitteilung v. 14.3.2022 der Staatsanwaltschaft über 700 Aktenordner umfasst.

⁴ so: OLG Rostock Beschl. v. 22.10.2015 – 20 Ws 276/15 = StV 2016, 168; Frankfurt a.M., Anordnung v. 24.01.2017 – 7810 Js 212451/15 = BeckRS 2017, 151068; OLG Hamm, Beschl. v. 10.6.1997 – 1 Ws 173/97 = NStZ 1997, 566; OLG Braunschweig v. 25.10.2020 – 1 Ws 47/20, juris Rn. 15; KG Berlin, Beschluss vom 23.12.2021 – 5 Ws 261/21 – 121 AR 224/21 = BeckRS 2021, 55974.

⁵ <https://www.brak-mitteilungen.de/flipbook/mitteilungen/2024/01/22/index.html>.

⁶ divergierende Entscheidungen: OLG Stuttgart Beschl. 12.8.2003, 1 Ws 195/03; KG Berlin, Beschl. v. 28.6.2002 – 1 AR 610/02-5 Ws 301/02 = BeckRS 2014, 9110; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.10.2020 – 3 Ws 662/20, ist nicht veröffentlicht.

⁷ bspw. § 16 UVollzG M-V; §§ 11, 12 HUVollzG; Art. 14 BayUVollzG; § 11 UVollzG NRW, § 16 Bln UVollzG.

⁸ hierzu Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt § 119 Rn. 2; König, NStZ 2019, 185.

⁹ OLG Rostock Beschl. v. 22.10.2015 – 20 Ws 276/15 = StV 2016, 168; OLG Hamm, Beschl. v. 10.6.1997 – 1 Ws 173/97 = NStZ 1997, 566; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 17.11.2017 – 5/24 KLs 7920 Js 208925/16 (10/17) = BeckRS 2017, 143949; LG Frankfurt a. M. Anordnung v. 6.1.2017 – 5/12 KLs /7810 Js 212451/15 (12/16) = BeckRS 2017, 151068; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 7.11.2023 – 13 Qs 56/23 = BeckRS 2023, 32337.

¹⁰ BVerfG, NStZ-RR 2019, 191 (192); NStZ 2003, 621; NStZ 1994, 453.

¹¹ a.a.O.

¹² a.a.O. sowie KG Beschl. v. 28.6.2002 – 1 AR 610/02-5 Ws 301/02 = BeckRS 2014, 9110.

¹³ a.a.O.

¹⁴ a.a.O.

¹⁵ BVerfG NStZ-RR 2019, 191.

sonellen Kapazitäten der Anstalten eine Gewährung in der Regel ausscheidet.

Ist nun aber über die Gestattung eines Laptops für Beschuldigte zu entscheiden, ist ein weiterer Aspekt in die Abwägung einzustellen: der grundgesetzliche Anspruch auf ein faires Verfahren und eine angemessene Verteidigung.

Vorab, dies geht natürlich nicht soweit im Sinne einer absoluten Waffengleichheit Beschuldigten bereits wegen der Ausstattung der Justiz mit Computern einen solchen zuzusprechen.¹⁶ Es erfordert aber eine Einzelfallbetrachtung. Je stärker eine angemessene Verteidigung durch einen beschränkten digitalen Aktenzugang tangiert wird, desto intensiver ist der Rechtfertigungsdruck. Hierbei wird nicht verkannt, dass verteidigten Beschuldigten zumindest nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich kein eigenes Akteneinsichtsrecht zusteht.¹⁷ Jedoch soll Beschuldigten jedenfalls dann ein eigenes Akteneinsichtsrecht zustehen, wenn ohne dieses die Effektivität der Verteidigung beeinträchtigt sein könnte, z.B. dann, wenn den Verteidigern angesichts des Aktenumfangs nicht genügend Zeit für die Unterrichtung der Beschuldigten über den Verfahrensgegenstand verbleibt und es zudem in besonderem Maße auf dessen Kenntnis zum prozessgegenständlichen Lebenssachverhalt ankomme.¹⁸ Gerade in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren ist dies regelmäßig der Fall,¹⁹ so dass diese vorliegend als Ausgangspunkt dienen sollen. Auch wenn darauf hinzuweisen ist, dass mit der zunehmenden Digitalisierung der Kommunikation und den einhergehenden Überwachungs- und Dokumentationsmöglichkeiten der Ermittlungsbehörden auch in anderen Verfahrensbereichen in Betracht kommt.²⁰

C. Einwände gegen eine Laptopnutzung

In der Regel liegt der Fokus bei ablehnenden Entscheidungen auf dem angeblich nicht von der Anstalt zu erwartenden Kontrollaufwand, nicht auf der abstrakten Gefahr des Gerätes selbst.²¹ Denn grundsätzlich wird anerkannt, dass es IT-Dienstleister gibt, die eine entsprechende Verplombung oder Versiegelung eines Computers vornehmen können, welche eine Manipulation zunächst ausschließen. Zudem – falls die erforderliche Sachkenntnis für entsprechende Umbaumaßnahmen nicht bei der Anstalt gegeben ist – hat sie eben einen Sachverständigen zu beauftragen bzw. heranzuziehen.²² Den schlichten Verweis auf fehlende Sachkenntnis der Anstaltsmitarbeiter zwecks Versiegelung des Gerätes – auch wenn dieses Argument auch noch anzutreffen ist – lässt das Bundesverfassungsgericht nicht genügen.²³

Bzgl. des Kontrollaufwandes führen viele Anstalten dann an, dass die erforderliche regelmäßige Kontrolle einen erheblichen zusätzlichen zeitlichen Aufwand erfordern würde.²⁴ Zudem wird auf der Ebene der Kontrolle angeführt, dass diese nicht durch Mitarbeiter der Anstalt möglich sei. Denn ihnen fehle eben die zur Kontrolle erforderliche Sachkenntnis.²⁵ Schließlich stelle man ja auch einen Computer zu Nutzung zur Verfügung, nur eben nicht zu jeder Uhrzeit bzw. im jeweiligen Haftraum.

Diese generalisierende – nicht selten gänzlich pauschal bleibende – Argumentation tritt in Spannung mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Zunächst soll auf die generellen Bedenken gegen ein Laptop eingegangen werden (zu I. und II.). Sodann wird das Recht der Beschuldigten auf eine angemessene Verteidigung durch Kenntnis der Ermittlungsergebnisse und Beweismittel eingegangen, welches bei den genannten ablehnenden Entscheidungen meist außer Betracht bleibt (zu III.).

I. abstrakte Gefährlichkeit des Laptops lässt sich technisch beheben

Steht die Gefahr einer Kommunikation mit der „Außenwelt“ im Raum, so lässt sich diese auf ein vertretbares Maß durch technische Sicherheitsmaßnahmen reduzieren. Die Verplombung bzw. Versiegelung der betreffenden Schnittstellen oder der Ausbau der Gleichen verhindert zunächst gänzlich die Kommunikation nach außen. Denn auch der versierteste IT-Experte ist nur so gut wie sein Werkzeug.

Eine Kommunikation mit der Außenwelt wäre nur zu befürchten, wenn Nutzer die vorgenommenen technischen Eingriffe beheben würden. So wird regelmäßig vorgetragen, man habe zu befürchten, dass weitere Elektronik in die Untersuchungshaft geschmuggelt werden könnte und sodann mit einer Manipulation bzw. Umbau des überlassenen Laptops zu rechnen sei. Dass dies vereinzelt auch vorkommt, ist nicht zu bestreiten.²⁶ Dieser Einwand vermag dennoch in zweierlei Hinsicht nicht zu überzeugen: Zunächst stellt sich die rein praktische Frage, warum die Nutzer nicht etwa das reingeschmuggelte Gerät (z.B. Smartphone) nutzen sollten. Es läge doch in diesem Falle viel näher dieses für den Außenkontakt zu benutzen, anstatt erst das Gerät hineinschmuggeln zu lassen und sodann den Laptop umzubauen. Gerade dieser wird doch bzw. sollte regelmäßig kontrolliert werden. Es spricht also Einiges dafür, dass es sich bei Manipulationen um Einzelfälle handelt.

Zudem besteht hier nur scheinbar eine Gefahr durch den Laptop selbst. Denn beim Reinschmuggeln etwaiger Gegenstände resultiert die die Sicherheit und Ordnung der Anstalt be-

¹⁶ BVerfG NStZ-RR 2019, 191 (192).

¹⁷ BGH Beschl. v. 1.9.2022 – 2 StR 45/20 = BeckRS 2020, 27383; zutreffende a.A.: Kämpfer/Travers in MÜKO § 147 StPO Rn. 52 m.w.N.

¹⁸ a.a.O.

¹⁹ so zu Umfungsverfahren: Wessing, BeckOK StPO § 147 Rn. 2; LG Frankfurt a. M. Anordnung v. 6.1.2017 – 5/12 KLs /7810 Js 212451/15 (12/16) = BeckRS 2017, 151068; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 7.11.2023 – 13 Qs 56/23 = BeckRS 2023, 32337.

²⁰ zuvorderst können hier die „Kryptohandyverfahren“ genannt werden, deren Akten bereits bei übersichtlichen Betäubungsmittelmengen durch umfangreiche Chatverläufe schnell etliche Aktenordner einnehmen.

²¹ so etwa: OLG Stuttgart Beschl. 12.8.2003, 1 Ws 195/03; KG Berlin, Beschl. v. 28.6.2002 – 1 AR 610/02-5 Ws 301/02 = BeckRS 2014, 9110.

²² OLG Rostock Beschl. v. 22.10.2015 – 20 Ws 276/15 = StV 2016, 168.

²³ BVerfG NStZ 2003, 621.

²⁴ BVerfG NStZ-RR 2019, 191;

²⁵ KG Berlin Beschl. v. 28.6.2002 – 1 AR 610/02-5 Ws 301/02 = BeckRS 2014, 9110; OLG Stuttgart Beschl. 12.8.2003, 1 Ws 195/03.

²⁶ vgl. z.B. KG Berlin, Beschluss vom 23.12.2021 – 5 Ws 261/21 – 121 AR 224/21 = BeckRS 2021, 55974.

einträchtigende Gefahr nicht aus dem bereits zur Verfügung gestellten Laptop, sondern eben aus dem reingeschmuggelten Gegenstand.²⁷ Die von dem reingeschmuggelten Gegenstand ausgehende Gefahr wird durch den Laptop allenfalls intensiviert. Entscheidend bleibt der reingeschmuggelte Gegenstand. Entsprechend äußerte sich bereits auch das OLG Rostock: „Soweit die Anstalt auf eine Gefährdung der Sicherheit durch die Verwendung von Zusatzgeräten, wie externen Speichern oder Netzwerkverbindungsapplikationen abhebt, ist den Vorgängen nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte derartige Geräte besitzen darf.“²⁸

Nicht von der Hand zu weisen ist die Gefahr, dass etwaige Daten auf den Laptop aufgespielt werden. Denn nimmt man den Ausbau etwaiger Sendungsfunktionen (WLAN oder Bluetooth) aus Sicherheitsgründen vor, bedarf es zwingend einer verbleibenden Schnittstelle, z.B. USB oder CD, um das Gerät für die sich aktualisierende Akteneinsicht nutzbar zu halten. Zunächst gilt auch hier, dass das Hereinschmuggeln eines etwaigen Datenträgers selbstredend nicht erlaubt ist. Darüber hinaus gibt es aber bereits entsprechende USB-Port-Schlösser, die nur mit dem entsprechenden Schlüssel physisch geöffnet werden können und ein Aufspielen verhindern. Jedenfalls ist aber auch hier ist eine Verplombung zur Handhabung der Gefahr nach Aufspielen der Daten ausreichend. Zwar ist anzuerkennen ist, dass die Verplombung nicht von vornherein die Gefahr des Aufspielens und Auslesens etwaiger Daten verhindert, sondern nur die nachträgliche Feststellung dieser ermöglicht.²⁹ Da die Verplombung mit raschem Blick bei Aufschluss des Hafttraumes aber kontrolliert werden kann, ist dies weniger eine Frage der abstrakten Gefährlichkeit als des Kontrollaufwandes. Aber auch dies vermag eine Versagung des Laptops nicht zu rechtfertigen, wie nun aufgezeigt wird.

II. Kontrollaufwand bzgl. technischer Sicherheitsvorkehrungen ist verkraftbar

Bleibt der Einwand eines unzumutbaren Kontrollaufwandes. Mag ein erhöhter Kontrollaufwand nicht von der Hand zu weisen sein, vermag auch dies nicht durchzugreifen. Zunächst wird es im Falle einer Verplombung oder Verschweißung der manipulierbaren Schnittstellen genügen diese mit raschem Blick und Griff zu kontrollieren. Eine Kontrolle des eigentlichen Datenstandes wäre nicht erforderlich, da die einzige Inputstelle des Gerätes eben verplombt wäre und nur die Anstalt selbst diese im Falle neuer aufzuspielender Daten lösen und erneut anzubringen hätte. Die Gefahr des Auslesens reingeschmuggelter Daten über wenige Tage hinweg wäre verkraftbar. Dies auch insbesondere vor dem Hintergrund, dass entsprechende Informationen auch über andere und im Aufwand vergleichbare Wege in die JVA geschmuggelt werden können, sodass eine Gefahrerhöhung mit der Gestattung eines Laptops wohl kaum einhergehen dürfte. Zudem bleibt hier eben der Verweis auf den Umstand, dass das Lösen der Verplombung und das Reinschmuggeln der Daten deutlich einfacher zu decouvrieren wäre als das Reinschmuggeln eines Smartphones.

Ferner obliegt der jeweiligen Anstalt im Falle eines geteilten Anstaltscomputers sowieso ein entsprechender Kontrollaufwand. Auch dieser ist zu kontrollieren, insbesondere da hier

eine Vielzahl von Inhaftierten Zugriff auf das gleiche Gerät haben. Der jeweiligen Anstalt ist hier zwar zuzusprechen, dass bei wenigen Anstaltscomputern im Vergleich zu einer Vielzahl an individuellen elektronischen Lesegeräten ein geringerer Kontrollaufwand besteht. Doch stellt dies voraussichtlich ein Argument mit Verfallsdatum dar. Wie bereits anfangs erwähnt, die Umstellung der Aktenführung auf eine elektronische Akte ist bereits beschlossene Sache, liegt in der Umsetzung (vgl. §§ 32ff. StPO) und soll bis zum 1.1.2026 abgeschlossen sein. Nach § 32f Abs. 1 S. 1 StPO ist die Einsicht in elektronische Akten grundsätzlich durch Bereitstellen des Inhalts der Akte zum Abruf oder durch Übermittlung des Inhalts der Akte auf einem sicheren Übermittlungsweg zu gewähren. Nur ausnahmsweise soll der Ausdruck der Akte erfolgen (§ 32f Abs. 1 S. 3 StPO). Die digitale Akteneinsicht entspricht hierbei auch in der Untersuchungshaft dem gesetzgeberischen Willen: „Untergesetzliche Vorschriften, die die Verwendung von Kommunikationstechnik durch Gefangene untersagen, dürfen nicht angewandt werden, sofern und soweit sie der Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts durch Gefangene entgegenstehen.“³⁰ Im Falle der konsequenten Umsetzung wird also Beschuldigten, denen ein eigenes Akteneinsichtsrecht zugesprochen wird, entweder eine Einsicht an einem elektronischen Lesegerät gewährt werden müssen oder die elektronische Akte erneut zu Papier gebracht werden. Da letzteres wohl kaum im Sinne der gewollten Digitalisierung ist, wird es auf eine zunehmende Einsicht auf einem elektronischen Lesegerät hinauslaufen. Hierbei kann prognostiziert werden, dass dies bei festgesetzten Einsichtszeiten nur mit einer Vielzahl an Geräten machbar sein wird. Gerade dies macht aber einen erhöhten Kontrollaufwand nötig.

III. Effektive Verteidigung gebietet individualisierte Einsicht über einen Laptop

Darüber hinaus ist in die Abwägung das Recht Beschuldigter auf ein faires Verfahren und die dafür erforderliche effektive Verteidigung einzustellen. Hierbei darf nicht aus dem Blick geraten, dass nicht die umfassende Gewährleistung dieses Rechts zu begründen ist, sondern im Gegenteil jegliche Einschränkung. Die Frage der Schuld ist zum Zeitpunkt der Untersuchungshaft noch unbeantwortet, sodass jegliche Beschränkungen auf das Unvermeidbare zu reduzieren sind und dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit in besonderem Maße Rechnung zu tragen ist.³¹

Offensichtlich wird der Eingriff in das Recht auf effektive Verteidigung im Falle einer umfassenden Datenlage. Angesichts der voranschreitenden Digitalisierung etwaiger Geschäftsvorgänge – man denke an etwaige Datenbanken, E-Mailpostfächer oder Transaktionsdaten – ist es gerade in Umfangsverfahren nahezu unmöglich sich einen umfassenden, verständnisvollen Überblick in Papierform zu verschaf-

²⁷ so auch OLG Hamm, Beschl. v. 10.6.1997 – 1 Ws 173/97 = NStZ 1997, 566 (568).

²⁸ OLG Rostock Beschl. v. 22.10.2015 – 20 Ws 276/15 = StV 2016, 168.

²⁹ so zutreffend OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.04.2013 – 3 Ws 87/13 zu einem USB-Anschluss an einem Fernsehgerät.

³⁰ BT Dr. 18/9416 S. 56.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 15.11.2022 – 2 BvR 1139/2 = NJW 2023, 286 (287); Beschl. v. 30.10.2014 – 2 BvR 1513/14 = NStZ-RR 2015, 79 (80).

fen. Zu denken ist hier auch an im Rahmen der Ermittlungen erstellte tabellarische Zusammenstellungen betriebswirtschaftlicher Daten, die im Grunde ohne Verknüpfung oder Filter- Sortier- oder Suchfunktionen kaum sinnvoll zu erschließen sind.³² Dies spiegelt sich auch in der Gesetzesbegründung zu den §§ 32ff. StPO wider: „Insbesondere in umfangreichen Strafverfahren hat sich die Menge der zu erhebenden Daten stetig erhöht. Eine Darstellung und Auswertung in Papierform gestaltet sich zunehmend schwieriger.“³³ Entsprechend werden Beschuldigte bei umfassender Datenlage ihr aufgrund der Sach- bzw. Tatnähe bestehendes Sonderwissen aber nur effektiv einbringen können, wenn sie den Akteninhalt effektiv sichten und auswerten können. Ohne einen Laptop mit den gängigen Textverarbeitungs- und Suchprogrammen wäre dies schwerlich möglich.

Wird Beschuldigten in der Untersuchungshaft nur ein stationärer, der Allgemeinheit zugänglicher Anstaltscomputer zur Verfügung gestellt, bleiben drei entscheidende Unterschiede zum eigenen Laptop: die begrenzten Nutzungsmöglichkeiten, -zeiten sowie fehlende Mobilität.

Es mag auf den ersten Blick wie eine Detailfrage wirken, doch gerade die Möglichkeit zum Anbringen individueller Kommentare und Vermerke kann für eine gewissenhafte Aufbereitung von erheblichem Vorteil sein.³⁴ Ebenso das farbliche Markieren etwaiger Passagen. Bei umfassenden Akten wird so nicht nur die Strukturierung, sondern auch das Rückfallen auf in der Vergangenheit festgestellte Auffälligkeiten in der Akte erheblich erleichtert. Hieran kann dann der effektive Austausch mit der Verteidigung anknüpfen. Gerade Letzteres wird aber vereitelt, wenn die Daten auf dem allgemeinen Anstaltscomputer verbleiben.

Auch wird die Akteneinsicht durch die festgesetzten Nutzungszeiten beschränkt. Bei einer Zunahme der Digitalisierung der Akte sind Nutzungskonflikte vorprogrammiert. Hinzu kommt, dass es angesichts der bereits dargelegten niedrigen Risikolage des Missbrauchs schwer zu verantworten ist, den Betroffenen überhaupt die Vorbereitung der eigenen Verteidigung zeitlich einzuschränken. Man stelle sich vor: der Beschuldigte befindet sich in der Untersuchungshaft und wartet darauf zu, dass im Rahmen einer Hauptverhandlung über die nächsten Jahre seines Lebens entschieden wird. Statt sich hierauf anhand der Akte vorbereiten zu können, erfolgt der Hinweis, dass der Computerraum heute besetzt sei. Dies wird der Sachlage in keiner Hinsicht gerecht.

Schließlich sei an dieser Stelle – was für die Gefahrenlage in der Anstalt aber von keinerlei Bedeutung ist – ergänzend noch auf einen weiteren praktischen Vorteil der Bereitstellung eines elektronischen Lesegerätes in der Untersuchungs-

haft hingewiesen: die Mobilität. In umfangreichen Verfahren wird auch in der Hauptverhandlung regelmäßig keine Papierakte herangezogen werden oder nicht in jedem Falle verfügbar sein. Dies jedenfalls zum Zeitpunkt der vollständigen Digitalisierung. Wollen die Angeklagten ihre eigene, kommentierte Akte zur Hand haben, muss diese herbeigeschafft werden. Selbstredend betrifft dies dann aber nur den ausgedruckten Teil. Stehen den Angeklagten aber eigene Geräte zur Verfügung, können sie nicht nur während der Hauptverhandlung selbst auf die übrigen Aktenbestandteile zugreifen, sondern die Verteidigung auch auf entsprechende Stellen effizient hinweisen. Gerade bei Zeugenvernehmungen können so hilfreiche Ergänzungen erreicht werden. Die Angeklagten können so auch einfach etwaige Bezugnahmen oder Vorhalte aus der Akte ohne Umstände selbst nachverfolgen, Anmerkungen betreffend die Hauptverhandlung direkt an dem Dokument anbringen oder die Verteidigung auf etwaige Auffälligkeiten in den Dokumenten aufmerksam machen und so den ungehinderten, effektiven Verlauf der Verhandlung bzw. des Verfahrens fördern.

D. Schlussbemerkung

Wie hier dargestellt, ist jedenfalls in umfangreichen strafrechtlichen Verfahren die Bereitstellung eines Laptops an Beschuldigte nicht nur dem Verfahren förderlich, sondern zu einer effektiven Verteidigung zwingend.³⁵ Die mit einem solchen Lesegerät einhergehenden Bedenken lassen sich einfach und leicht kontrollierbar durch technische Vorkehrungen beheben. Mit zunehmender Digitalisierung ist eine entsprechende Umsetzung kaum noch zu vermeiden, sodass bereits jetzt ein Einschwenken hin zu einer einheitlichen Praxis zu befürworten wäre.

³² Vgl. Growe/Gutfleisch, NSTZ 2020, 633 (635).

³³ BT Dr. 18/9416 S. 32.

³⁴ so auch Graßie/Hieramente in: Ory/Weth, jurisPK-ERV § 147 StPO Rn. 15ff.

³⁵ ebenso: a.a.O.; Lilie-Hutz, FD-StrafR 2018, 405566; weitestgehend auch Reichenbach, BeckOK NJVollzG § 142 Rn. 4; Reuter, SächsUHftVollzG § 16 Rn. 4; Hagen, BeckOK UVollzG Bln § 16 Rn. 18; Hettenbach, BeckOK SUVollzG § 16 Rn. 12; Schatz, BeckOK HmbUVollzG § 15 Rn. 21a; Kieserling, BeckOK HUVollzG § 11 Rn. 15; Meyer-Goßner/Schmitt, § 119 Rn. 29.

EINFÜHRUNGSBEITRÄGE UND CHECKLISTEN

WiJ-Interview

Rechtsanwalt Tim Wybitul, Frankfurt a.M.,
Dr. Markus Wünschelbaum, Hamburg, und
Rechtsanwalt Dr. Arne Klaas, Berlin

E-Mail-Auswertung bei internen Ermittlungen Alles im Fluss? Fernmeldegeheimnis, Rechtsgrundlagen, Betroffenenrechte

Die E-Mail an die eigenen Kinder, der schnelle Nachrichtencheck oder den Frisörtermin online vereinbaren: die private Nutzung des Internets am Arbeitsplatz und des dienstlichen E-Mail-Accounts ist in vielen Unternehmen gelebte Praxis. Und für die Durchführung von internen Untersuchungen durchaus folgenreich: die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden stellten sich lange Zeit auf den Standpunkt, dass die Erlaubnis zur Privatnutzung den Arbeitgeber an das Fernmeldegeheimnis aus § 88 TKG a.F. (nun: § 3 TDDDG) bindet. Dabei bedarf es keiner expliziten Erlaubnis im Arbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung. Bereits das Tolerieren der Privatnutzung soll nach einer teilweise vertretenen Ansicht als betriebliche Übung den Arbeitgeber auf das Fernmeldegeheimnis verpflichten können. Die Konsequenz: die Auswertung der auch privat genutzten E-Mail-Postfächer soll nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO und des BDSG fallen, sondern sich nach dem TDDDG richten. Danach wäre die Auswertung nicht oder nur unter sehr engen Grenzen möglich. Aber: ist das wirklich so?

Dr. Arne Klaas hat Tim Wybitul, RA bei Latham & Watkins LLP, und Dr. Markus Wünschelbaum, Referent beim Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit¹, zum Gespräch eingeladen.

AK: Wir beginnen unser heutiges Gespräch mit einer kleinen Revolution aus Nordrhein-Westfalen. Im aktuellen Tätigkeitsbericht kehrt die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit von der bisher einheitlich vertretenen Position² der Aufsichtsbehörden ab: Das Fernmeldegeheimnis gelte nicht für Arbeitgeber.³ Lass uns daher gleich mit Dir beginnen, lieber Markus. Wie ist die E-Mail-Auswertung durch Arbeitgeber mit § 3 TDDDG und § 206 StGB vereinbar? Ist das Fernmeldegeheimnis überhaupt auf Arbeitgeber anwendbar?

MW: In der Tat kommt etwas Bewegung in diesen ewigen Streit darum, ob Arbeitgeber zumindest teilweise Telekom-

munikationsdienste „geschäftsmäßig“ anbieten. Die LDI NRW hat diese These damit begründet, dass es Arbeitgebern bei der erlaubten oder geduldeten Privatnutzung am Rechtsbindungswillen fehle: Sie treten gegenüber ihren Beschäftigten nicht als geschäftsmäßige Telekommunikationsdienstleister auf und wollen nicht, dass die für diese Dienstleister geltenden Rechtsnormen auf sie angewendet werden.

Diese Wende aus NRW begrüße ich vor allem auch, weil sich ein Abschied vom Fernmeldegeheimnis für Arbeitgeber als deutsche Sonderlocke harmonisch in das Unionsrechtsregime einfügt: Wenn wir uns die betriebliche Kommunikation ansehen, sei es per E-Mail oder Instant-Messaging, haben wir es fast immer mit personenbezogenen Daten zu tun. Mitarbeiter tauschen sich unter ihren echten Namen über ihre Aufgaben und Kollegen aus. Für solche Daten gilt vorrangig die DSGVO.

Nun kommt aber das TDDDG ins Spiel, genauer gesagt § 3 Abs. 3 TDDDG. Der verbietet dem Arbeitgeber als Dienstanbieter quasi jede Kenntnisnahme von Kommunikationsinhalten, es sei denn, es ist technisch notwendig. Ein solches Datenverarbeitungsverbot steht aber im Konflikt mit der DSGVO – es schließt die Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f) DSGVO pauschal aus; solche Vorgaben hat der EuGH in der Vergangenheit bereits kassiert.

Der einzige Ausweg wären hier die Öffnungsklauseln aus Art. 88, 95 DSGVO. Doch die greifen nicht. Pauschale Datenverarbeitungsverbote sind von Art. 88 DSGVO nicht abgedeckt. Die Öffnungsklausel aus Art. 95 DSGVO für Regelungen der e-Privacy-RL kann man ebenfalls nicht fruchtbar machen; sie bezieht sich nur auf öffentlich zugängliche Dienste – dass betriebsinterne Kommunikation überhaupt vom Fernmeldegeheimnis erfasst sein könnte ist das Ergebnis einer überschießenden Umsetzung in Deutschland. Soweit reicht aber die Öffnungsklausel nicht. Was bedeutet das nun in der Praxis? Im Ergebnis muss man davon ausgehen, dass der Anwendungsvorrang der DSGVO gegenüber dem TDDDG-Fernmeldegeheimnis wirkt, wenn es um Arbeitgeber geht. Das heißt, der Zugriff auf Kommunikationsinhalte richtet sich nach den Regeln der DSGVO. Damit ist auch eine Strafbarkeit nach § 206 StGB ausgeschlossen – wenn eine Datenverarbeitung unional zulässig ist, gebietet der effet utile, dass dies nicht tatbestandsmäßig „unbefugt“ ist.

AK: Tim, wie bewertest du diese Entwicklung aus NRW?

¹ Der Beitrag wurde nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst und gibt ausschließlich persönliche Auffassungen des Autoren wieder.

² Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz („Orientierungshilfe“), abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/201601_oh_email_und_internetdienste.pdf (zuletzt abgerufen 17. August 2024).

³ LDI NRW, 29. Tätigkeitsbericht 2024, S. 76 f.

TW: Ebenso wie Markus sehe ich diese Positionierung aus Nordrhein-Westfalen positiv. Meines Erachtens haben die deutschen Datenschutzbehörden hier in der Vergangenheit ohnehin eine fragwürdige Rechtsposition bezogen, die sich auf eine Argumentation stützte, die ich rechtlich schwer nachvollziehbar fand. Insofern wäre eine gesamtheitliche Abkehr der Behörden von dieser Position begrüßenswert. Soweit sind wir mit dieser einzelnen Behördenmeinung aus Nordrhein-Westfalen natürlich noch nicht. Aber sie bietet Anlass, eine auch in Bezug auf die von Markus genannten europarechtlichen Positionen fragwürdige Rechtsauffassung auf den Prüfstand zu stellen.

Auch wenn dies eine positive Entwicklung ist, würde ich sie aber nicht als kleine Revolution bezeichnen. Wir reden hier über Behördenmeinungen, die erst einmal vor Gericht Bestand haben müssten. Und deutsche Gerichte standen der genannten Rechtsauffassung der Behörden nach meiner Wahrnehmung bereits in der Vergangenheit ganz überwiegend sehr kritisch gegenüber. Mir persönlich ist – mit Ausnahme des jedoch etwas anders gelagerten Falls des OLG Karlsruhe vor bald 20 Jahren⁴ – nicht ein einziger Fall bekannt, in dem ein Arbeitgeber oder seine Vertreter deswegen von der Staatsanwaltschaft angeklagt oder gar von einem Strafgericht wegen Verletzung des Fernmeldegeheimnisses verurteilt worden wären, weil sie auf betriebliche E-Mail-Kommunikation ihrer Mitarbeiter zugegriffen hätten. In diesem viel zitierten Beschluss des OLG Karlsruhe ging es um eine Universität, die Zugänge nicht nur für Beschäftigte, sondern auch für Studierende, Lehrbeauftragte, Externe und sonstige Dritte angeboten hatte.

Inhaltlich teile ich Markus Argumente. Zudem fallen mir noch einige weitere Argumente gegen die Einordnung des Arbeitgebers als Anbieter von Telekommunikationsdiensten gegenüber seinen Beschäftigten ein. Die habe ich aber schon so häufig in Veröffentlichungen aufgeschrieben, dass ich uns diese Wiederholung hier erspare.

AK: Hat dieses Verständnis Auswirkungen darauf, wer für die Aufsicht über die Auswertung von auch privat genutzten E-Mail-Postfächern zuständig ist?

MW: Grundsätzlich ist für die Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses nur eine Datenschutzaufsichtsbehörde zuständig – die BfDI. Das begründet sich mit dem eigentlichen Adressaten des Fernmeldegeheimnisses: große Telekommunikationsdienstleister die bundesweit einheitlich ihre Dienstleistungen anbieten. Wenn das Fernmeldegeheimnis für Arbeitgeber nicht gelten würde, fiel diese Zuständigkeit weg und die Landesdatenschutzaufsichtsbehörden würden im Rahmen ihrer DSGVO-Zuständigkeit tätig. Auch hieran lässt sich übrigens erkennen, dass der Arbeitgeber als Diensteanbieter ein Fremdkörper in der TK-Regulierung darstellt: Die Auswertung privat genutzter E-Mails findet innerhalb des Unternehmens statt und betrifft die Mitarbeiter vor Ort. Die Auswirkungen sind somit auf lokaler Ebene spürbar – sei es in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, das Betriebsklima oder

mögliche arbeitsrechtliche Konsequenzen. Warum sollte die Auswertung von E-Mails im Gegensatz zu den sonstigen Beschäftigten auf einem Dienstrechner auf einmal von einer anderen Behörde beaufsichtigt werden? Die Lösung ist für mich deshalb auch von der Governance-Struktur her sinnvoll: Die BfDI bleibt zuständig für die Aufsicht über die „echten“ geschäftsmäßigen Telekommunikationsanbieter, während die Landesbehörden – wie auch sonst – die Überwachung von Mitarbeitern mittels datenverarbeitender Systeme regulieren, auch bei der Auswertung privat genutzter E-Mail-Postfächer. Die bisherige Lösung droht, einheitliche Lebenssachverhalte auseinanderzureißen.

AK: Sind damit der Auswertung von E-Mail-Postfächern jetzt keine Grenzen mehr gesetzt? Was muss – auch nach einer Abkehr vom betrieblichen Fernmeldegeheimnis – beachtet werden?

TW: Nein. Man kann nicht davon sprechen, dass es jetzt hier keine Grenzen gäbe. Ganz im Gegenteil. Die DSGVO stellt eine ganze Reihe strenger Anforderungen an die Auswertung von E-Mail-Postfächern auf, etwa im Rahmen interner Untersuchungen, aber auch in anderen Zusammenhängen.

Zunächst einmal muss sich jede Durchsicht des E-Mail-Postfachs auf einen Erlaubnistatbestand stützen. Bei der Auswahl der in Frage kommenden Rechtsgrundlagen kommt es darauf an, welche Art von Fehlverhalten im Raum steht. Hier müssen wir differenzieren zwischen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten und bloß rechts- oder vertragswidrigem Verhalten. Daneben kommt es darauf an, welche Rolle der Postfachinhaber spielt: wird er verdächtigt oder ist er ein potentieller Zeuge?

Während bei Verdacht auf Straftaten § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG als spezielle Rechtsgrundlage in Frage kommt, müssen wir bei weniger schwerwiegenden Verstößen und bei potentiellen Zeugen auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b) oder f) DSGVO zurückgreifen. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG wurde durch den EuGH faktisch zur Makulatur erklärt.⁵ Hier die BAG-Rechtsprechung auf die unionale Ebene zu übertragen kann vorschnell sein – Stand jetzt fehlt uns im Beschäftigtenkontext hinreichend konkrete EuGH-Rechtsprechung, um die Grenzen von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b) DSGVO aufzuzeigen. Gleichzeitig ist es schwierig, im Vorfeld von Aufklärungsmaßnahmen zu erkennen, ob schlussendlich eine grobe Pflichtverletzung, eine Ordnungswidrigkeit oder eine Straftat nach § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG vorliegen wird.

Dabei muss immer auch im Blick behalten werden, ob sich besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO im Postfach befinden. In diesen Fällen kommen Verarbeitungen etwa auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 2 lit. f) DSGVO in Betracht.

⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.1.2005 – 1 Ws 152/04.

⁵ EuGH, NZA 2023, 487 (491 Rn. 81).

Gerade bei (auch) privat genutzten E-Mail-Postfächern sind mit Blick auf den Erforderlichkeitsgrundsatz entsprechende Vorkehrungen und Regelungen zu treffen, damit den Beschäftigten klar und transparent kommuniziert wird, mit welchen Verarbeitungen personenbezogener Daten ihrer betrieblichen Emails sie rechnen müssen. Bewährt hat sich in der Praxis bspw. das klare Verbot der privaten Nutzung betrieblicher Kommunikationssysteme. Hier sind entsprechende interne Nutzungsregeln und entsprechende Datenschutzhinweise nach Art. 13, 14 DSGVO wichtig. Letztere sollten auch darauf hinweisen, dass Unternehmen gehalten sind, Indizien für interne Regelverstöße aufzuklären. Viele unserer Mandanten verwenden entsprechende Datenschutzerklärung, die spezifisch die Themen Compliance- und Aufsichtsmaßnahmen, interne Ermittlungen und Hinweisgebersysteme abdecken. Das kann auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht sehr sinnvoll sein, weil Beschäftigte dann kaum argumentieren, dass sie mit zuvor kommunizierten Überwachungsmaßnahmen nicht rechnen mussten, wenn sie hierüber zuvor transparent informiert wurden. Und natürlich schließt eine solche allgemeine Datenschutzinformation eine konkrete, anlassbezogene Unterrichtung im Einzelfall nicht aus.

AK: Welche Maßnahmen empfiehlt ihr beide, wenn ein Unternehmen seinen Mitarbeitern die Privatnutzung – zumindest in einem angemessenen Rahmen – ermöglichen möchte?

MW: Auf jeden Fall darf die IT-Policy nicht nur für die Schublade geschrieben werden, sondern sollte/muss den Mitarbeitern als wirksame Richtlinie dienen. Deshalb sollte sie den Umfang der Privatnutzung genau definieren und durch griffige Beispiele anschaulich machen. Genauso präzise sollte beschrieben werden, welche Nutzungen diesen Rahmen überschreiten. Auf technischer Ebene können zudem ähnliche Lösungen wie in gemeinsamen Ordnerstrukturen implementiert werden, indem separate private Ordner zur Abtrennung solcher Nachrichten angelegt werden.

TW: Das stimmt.

AK: Apropos – das Eingrenzen des zu untersuchenden E-Mail-Datenbestands ist ja auch unter dem Grundsatz der Datenminimierung geboten. Markus, gibt es hier eine sinnvolle Richtschnur, an der sich Unternehmen orientieren können?

MW: Klar – zunächst einmal klingen Datenminimierung und das Ziel einer umfassenden Aufklärung wie ein Widerspruch. Aber hier kann Compliance-Management und Ermittlungseffizienz Hand in Hand gehen. Ein guter Ansatz ist eine Negativabgrenzung ex ante. Das bedeutet, das Unternehmen definiert im Vorfeld, welche Bereiche oder Arten von E-Mails für die Untersuchung nicht relevant sein werden. Gleichzeitig sollten wir klar zwischen „nice to know“ und „need to know“ unterscheiden. Nur die Informationen, die wirklich notwendig sind, um den fraglichen Sachverhalt aufzuklären, sollten in den Umfang der Auswertung fallen.

Hier kommt die Einbindung von Fachabteilungen ins Spiel. Statt alle E-Mails der gesamten Abteilung zu durchsuchen, können relevante Schlüsselpersonen, Zeiträume und Suchbegriffe die Auswertung von Anfang an eingrenzen.

Um dieses Dilemma in der Praxis zu lösen, sollte stufenweise vorgegangen werden: Man beginnt die Untersuchung auf Basis von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b) oder f) DSGVO mit einem eng begrenzten Umfang. Wenn die erste, eng begrenzte Untersuchung keine Erkenntnisse liefert, aber der ursprüngliche Verdacht weiterhin besteht, kann eine vorsichtige Ausweitung des Suchumfangs denkbar sein, etwa durch Einbeziehung eines größeren Zeitraums oder weiterer potenziell relevanter Personen. Wichtig ist, dass dieser Prozess transparent gestaltet wird und klare Abbruchkriterien definiert sind, um eine unangemessene Ausweitung der Untersuchung zu verhindern. Sollten sich im Laufe der Ermittlungen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Straftat ergeben, kann nicht trotzdem unter Berufung auf § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG weiter gemacht werden.

AK: Tim, ist das in der Praxis umsetzbar? Wie gehst du damit um, dass Sachverhalt und einschlägige Rechtsgrundlage zu Beginn der Ermittlung häufig schwer zu fassen sind?

TW: Man muss halt mit dem Sachverhalt arbeiten, den man hat. Diesen Sachverhalt muss man ordentlich analysieren und dokumentieren. Auf dieser Basis prüft man die in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen und entscheidet sich für die entsprechenden Maßnahmen und sonstigen Schritte. Wenn sich der Sachverhalt ändert – und das tut er sehr häufig im Rahmen laufender Untersuchungen – ändert sich oft auch die datenschutzrechtliche Bewertung. Daher ist eine interne Untersuchung in aller Regel ein sehr dynamischer Prozess, der vielen Veränderungen unterworfen ist. Datenschutzrechtlich ist das eine durchaus komplexe Aufgabe, bei der man viele Fehler machen kann. Solche Fehler lassen sich durch eine gründliche Planung und ein präzises rechtliches Vorgehen in der Praxis vermeiden.

AK: Tim, Du hast es gerade bereits angerissen: Transparenzpflichten. Grundsätzlich sind alle betroffenen Personen vor der Auswertung des E-Mail-Postfachs nach Art. 13, 14 DSGVO zu informieren. Das können mitunter ganz schön viele Stakeholder sein – man denke bspw. an ausufernde .cc-Adresszeilen mit einer Vielzahl an Externen. Tim, wie sieht ein gutes Informationskonzept aus? Und wie können sich Unternehmen bereits im Vorfeld gut aufstellen?

TW: Wie bereits angesprochen, sollten Unternehmen im Idealfall bereits im Vorfeld – und damit etwa bei der erstmaligen Erhebung – bereits entsprechende Zwecke antizipieren und darüber informieren. Damit vermeiden sie im Ernstfall auch das Risiko einer möglichen zweckändernden Verarbeitung, die ihrerseits wieder gesonderte Informationspflichten auslösen kann, Art. 13 Abs. 3 DSGVO und Art. 14 Abs. 4 DSGVO.

AK: Aus der Praxis wissen wir, dass nicht immer jeder mögliche Zweck antizipiert werden kann. Vor diesem Hintergrund besteht ein gewisses Bedürfnis auf abstraktere Zweckumschreibungen zuzugreifen. Die DSGVO fordert jedoch die Festlegung „eindeutiger“ Zwecke. Markus, ist Dir der Zugriff auf das E-Mail-Postfach zur „Gewährleistung der Unternehmensintegrität“ eindeutig genug? Und wenn nein: wie machen Unternehmen es besser?

MW: Die Formulierung „Gewährleistung der Unternehmensintegrität“ bei einem konkreten Zugriff auf ein E-Mail-Postfach finde ich zu uneindeutig. Die Formulierung unterscheidet sich kaum von allgemeinen Datenschutzhinweisen bzgl. Aufsichtsmaßnahmen, Compliance und Hinweisgebersystemen wie Tim sie dargestellt hat. Da kann man Unternehmen schon mehr abverlangen, ohne dass sie an Flexibilität einbüßen oder das Ermittlungsziel gefährden. Denkbar wäre etwa, dass eine Kategorie aus den allgemeinen Datenschutzhinweisen aufgegriffen und beispielhaft konkretisiert wird. So könnte man den Zugriff zur Aufdeckung von Compliance-Verstößen benennen und erklären, dass unter den Begriff der Compliance beispielsweise Datenschutzverletzungen oder Korruptionsvorwürfe fallen. Klar ist aber auch, dass selbst solche informatorischen Aussagen im Einzelfall eine Warnwirkung beinhalten können. Am Ende wird es auf eine ordentliche Dokumentation der Ermittlung ankommen, um die Entscheidungen über die Zwecke und den Umfang der Informationen nachvollziehbar darstellen zu können.

AK: Guter Punkt. Je nach Untersuchungsgegenstand und -situation kann einer vorherigen Information von betroffenen Personen eine unerwünschte Warnwirkung zukommen. Muss der Untersuchungsführer in jedem Fall informieren oder kommen ggf. auch Ausnahmetatbestände in Betracht?

TW: Ob in der jeweiligen Situation eine gesonderte Unterrichtung geboten ist, ist stets eine Frage des Einzelfalles. Allein schon aufgrund der unklaren Definition der Zwecke in der DSGVO und der Frage, ob eine der in der DSGVO oder im BDSG geregelten Ausnahmen von der Unterrichtungspflicht vorliegt. In jedem Fall ist darauf zu achten, ob die personenbezogenen Daten direkt bei der betroffenen Person oder aber bei Dritten erhoben wurden. Für beide Erhebungsmöglichkeiten kommen unterschiedliche Ausnahmetatbestände in Betracht. Drohen bspw. „Verdunklungsmaßnahmen“ durch Dritte kann eine Information gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 BDSG unterbleiben. Wie auch sonst bei datenschutzrechtlichen Vorgängen – und insbesondere bei internen Untersuchungen – muss man hier bei der datenschutzrechtlichen Bewertung präzise und gründlich arbeiten und dokumentieren. Denn gerade bei internen Untersuchungen gibt es ja eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass die vom Unternehmen ergriffenen Maßnahmen später einmal durch eine Behörde bzw. ein Gericht überprüft werden.

AK: Gehen wir mal einen Schritt weiter: Wie sollte man mit Betroffenenrechten während einer laufenden internen Er-

mittlung umgehen, insbesondere mit dem im betrieblichen Kontext beliebten Auskunftsrecht?

MW: Der EuGH hat in den letzten Jahren den Auskunftsanspruch kontinuierlich gestärkt und ausgeweitet. Das Grundprinzip dabei ist, dass alles von der Auskunft erfasst sein muss, was für die betroffene Person unerlässlich ist, um ihre Rechte wirksam ausüben zu können.

Besonders relevant für interne Ermittlungen ist hier der S-Pannki Fall. In diesem Fall hat der EuGH die Ausnahme vom Auskunftsrecht zum Schutz der Rechte Dritter sehr eng ausgelegt. Ein ehemaliger Bankmitarbeiter wollte wissen, welche Mitarbeiter auf sein Konto zugegriffen hatten, weil er unrechtmäßige Zugriffe vermutete. Der EuGH gab ihm Recht und argumentierte, dass diese Information unerlässlich sei, um zu beurteilen, ob die Zugriffe im Rahmen eines Berechtigungskonzepts rechtmäßig erfolgten.

Übertragen wir das auf interne Ermittlungen, bedeutet dies, dass wir nach Abschluss der Ermittlungen von sehr umfassenden Auskunftsrechten ausgehen müssen. Die betroffene Person hat ein Recht darauf zu erfahren, wer auf ihre Daten zugegriffen hat und warum, sofern das Ermittlungsergebnis dadurch nicht gefährdet wird.

Während laufender Ermittlungen sehe ich jedoch gute Argumente dafür, den Auskunftsanspruch insoweit einzuschränken, wie er sich auf aktuelle Ermittlungsgegenstände bezieht. Dies dient dem Schutz der Integrität der Untersuchung.

Ein weiterer interessanter Aspekt aus dem EuGH-Urteil ist, dass der Umfang des Auskunftsanspruchs durch die Begründung des Antragstellers erweitert oder präzisiert werden kann. Je konkreter die Anfrage und je detaillierter die Befürchtungen oder Zwecke dargelegt werden, desto tiefergehend kann die Auskunft ausfallen. Dies bedeutet zwar keine Konkretisierungspflicht für den Betroffenen, eröffnet aber die Möglichkeit für einen differenzierteren Dialog.

Gerade im betrieblichen Kontext ist das Risiko eines Auskunftsanspruchs bei einer denkbaren Änderung des Arbeitsverhältnisses absehbar. Wenn man dieses Risiko ernst nimmt, muss schon am Anfang der internen Ermittlung ein Prozess feststehen, der es erlaubt, die Erfüllung von etwaigen Auskunftsansprüchen zu ermöglichen, Zugriffe bei der E-Mail-Auswertung sorgfältig zu dokumentieren und abzuwägen, welche Informationen ohne Gefährdung der Untersuchung offengelegt werden können. Nach Abschluss der Ermittlungen sollte dann eine möglichst umfassende Auskunft erteilt werden.

AK: Wie verstehst Du die Rechtsprechung des EuGH dazu, Tim?

TW: Die Übertragung der Rechtsprechung des EuGH in die betriebliche Realität der Unternehmen ist oft eine erhebliche Herausforderung. Letztlich entscheidet der EuGH anhand

von Einzelfällen über die Auslegung europarechtlicher Normen. Zu mehr ist er nach Art. 267 AEUV in Vorlageverfahren auch gar nicht befugt. Daher werden die Entscheidungen des EuGH in solchen Verfahren häufig auch stark durch die entsprechenden Vorlagebeschlüsse der nationalen Gerichte geprägt. Dies führt häufig dazu, dass sich Wertungen und Aussagen des EuGH zu einem Sachverhalt nur schwer auf andere Sachverhalte übertragen lassen. Insgesamt würde ich mir gerade im Datenschutz häufig ein mehr an der Praxis orientiertes Vorgehen des höchsten europäischen Gerichts wünschen. Das wäre ja auch aus europarechtlicher Sicht im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten. Insofern würde ich mich sehr freuen, wenn der EuGH beim Auslegen der DSGVO und andere europarechtlicher Vorgaben einmal etwas mehr auf die Frage der tatsächlichen Umsetzbarkeit blicken würde. Wirklich optimistisch bin ich hier aber für die kommenden Jahre nicht.

Wo wir aber gerade bei dem Thema sind – ich glaube, dass es auch im Sinne des Datenschutzes viel zweckmäßiger wäre, wenn Datenschutzbehörden, nationale Gerichte und EuGH die DSGVO auf eine Art und Weise auslegen, dass Unternehmen und sonstige datenschutzrechtlich Verantwortliche dies in der Praxis auch gut umsetzen können. Wenn ein Unternehmen dann nicht bereit ist, die Anforderungen der DSGVO in einer solchen praxisorientierten Auslegung umzusetzen, sollte es auch mit einiger Wahrscheinlichkeit mit konkreten Sanktionen rechnen müssen. Derzeit habe ich häufig eher den Eindruck, dass aufgrund überzogener Auslegungen der unklaren Vorgaben der DSGVO oft schwer umsetzbare An-

forderungen aufgestellt werden, die aber in der Praxis kaum ein Unternehmen einmal umsetzt. Das führt dann zu einer wenig flächendeckenden Umsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben und zu einer eher zufallsbezogenen Ahndung von Einzelfällen.

Was die konkrete Auslegung der Vorgaben der DSGVO angeht, kann ich gerne einige Beispiele liefern. Beispielsweise wäre sehr zweckmäßig, Daten nur dann als personenbezogen zu bewerten (und sie damit den umfassenden Anforderungen der DSGVO zu unterstellen), wenn tatsächlich eine realistische Möglichkeit besteht, dass diese Daten einzelnen Person zugeordnet werden können. Diese Frage spielt gerade bei internen Untersuchungen in der Praxis häufig eine entscheidende Rolle. Aber auch für die Entwicklung und den Einsatz von künstlicher Intelligenz. Die Hamburger Behörde hat hierzu kürzlich eine sehr durchdachte und lesenswerte Stellungnahme veröffentlicht.

Ein anderes gutes Beispiel für eine überzogene Auslegung der DSGVO ist das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht. Hier wäre es meines Erachtens zweckmäßig, sich an den in Art. 15 Abs. 1 lit. a) bis lit. h) DSGVO genannten Vorgaben zu orientieren und nicht über die ansonsten recht schwammige Formulierung dieser Vorschrift ein all umfassendes Auskunftsrecht zu schaffen.

AK: Ganz herzlichen Dank Euch Beiden für das aufschlussreiche Gespräch.

WiJ-Checklisten

Rechtsanwalt Tim Wybitul, Frankfurt a.M.,
Dr. Markus Wünschelbaum, Hamburg, und
Rechtsanwalt Dr. Arne Klaas, Berlin

Checkliste für E-Mail-Auswertungen bei internen Ermittlungen

1. Ermittlungsumfang definieren

- Konkreten Verdacht dokumentieren
- Ermittlungsziel präzise formulieren
- Zeitraum und Inhalte der zu untersuchenden E-Mails festlegen
- Betroffene Personen/Abteilungen identifizieren und Rolle definieren

2. Rechtsgrundlagen prüfen

- Privatnutzung erlaubt oder geduldet? Gründe für (Un-)Beachtlichkeit des Fernmeldegeheimnisses dokumentieren (§ 3 TDDDG, § 206 StGB)
- Datenschutzrechtliche Rechtsgrundlagen identifizieren (§ 26 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BDSG, Art. 6, 9 DSGVO), Betriebsvereinbarungen, IT-Policies
- Unterscheidung zwischen Straftaten, OWis und Vertragsverletzungen beachten
- Prüfung der Notwendigkeit einer DSFA

3. Verarbeitungszwecke prüfen und ggf. festlegen

- Zu welchen Zwecken wurden die in den Postfächern gespeicherten pD erhoben?

- Zulässigkeit des Zwecks: „Eindeutig“ und „legitim“?
- E-Mail-Auswertung von diesem Zweck umfasst?
- Wenn nein: Zweckändernde Verarbeitung zulässig (Art. 6 Abs. 4 DSGVO oder § 24 BDSG)?

4. Technische und organisatorische Maßnahmen planen und implementieren

- Am Umfang orientierte Größe des Ermittlungsteams
- Rollen- und Berechtigungskonzepte innerhalb des Ermittlungsteams
- ggf. Verschlüsselung der Daten gewährleisten
- Löschrufen für die erhobenen Daten festlegen
- Prozess für den Umgang mit Betroffenenrechten definieren
- TOMs tatsächlich implementieren

5. Stakeholder einbeziehen

- Betriebsrat/Personalrat/Datenschutzbeauftragte einbinden (soweit vorhanden)
- Informationspflichten & Auskunftsrechte gegenüber betroffenen Mitarbeitern prüfen

6. Prozess für die E-Mail-Auswertung definieren

- Suchkriterien und -parameter festlegen
- Stufenweisen Ansatz von eng zu weit definieren; mit engen Suchrahmen beginnen, bei konkreten Hinweisen erweitern
- Jede Entscheidung/Erweiterung zum Ermittlungsumfang im Ermittlungsprozess dokumentieren
- Zeitpunkt, Umfang erteilter Informationen und dokumentieren; ggf. einschlägige eng zu verstehende Ausnahme wegen Verdunkelungsgefahr intensiv und dokumentieren

7. Nachbearbeitung

- Ergebnisse sichern und Prozess laufend evaluieren
- Betroffene nach Abschluss der Ermittlungen umfassend informieren
- Nicht benötigte Daten löschen; Prüfen der Einhaltung festgelegter Löschpflichten

WiJ-Checklisten

Rechtsanwältin Eva Racky, Frankfurt a.M.

Die Besetzungsprüfung

Die Besetzungsrüge hat weiterhin nichts von ihrer Bedeutung für die Hauptverhandlungspraxis, gerade in umfangreichen und komplexen Strafverfahren, verloren¹. Der Anspruch des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter ist ein wesentlicher Verfassungsgrundsatz (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). So sehr Verständnis dafür besteht, dass die Präsidien der Landgerichte in Zeiten knapper Ressourcen die Funktionsfähigkeit ihrer Spruchkörper aufrechterhalten müssen², so wenig dürfen sie andererseits den Anschein entstehen lassen, den „passenden“ Spruchkörper „zusammenzustellen“. Nur so

kann die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden³.

Die nachfolgende Checkliste soll eine Handreichung für Verteidiger:innen darstellen, einen raschen und praxisnahen Einstieg in die anspruchsvolle Besetzungsprüfung zu finden.

¹ Aus jüngster Zeit etwa: BGH, Beschluss v. 17.01.2023 – 2 StR 87/22 (Übertragung bereits anhängiger Verfahren); Beschluss v. 06.09.2022 – 1 StR 63/22 (schlafender Schöffe)

² Vgl. Anmerkung Tully zu BGH NStZ 217, 429, 430.

³ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 16.02.2005 – 2 BvR 581/03 (NJW 2005, 2689).

I. Formalia

Wochenfrist⁴ für die Erhebung der Besetzungsrüge ab Zustellung der Besetzungsmitteilung (§ 222b Abs. 1 S. 1 StPO)⁵

(rechtzeitiger) Antrag auf Einsichtnahme in die Besetzungsunterlagen beim Präsidium des Landgerichts

Handlungsempfehlung

- Ein Blick vorab in die online verfügbaren Geschäftsverteilungspläne (erste Vorprüfung, ob sich Hinweise auf eine Besetzungsproblematik ergeben könnten)
- Einsichtsgesuch an den Präsidenten des Landgerichts zu den relevanten Unterlagen (auch vorab möglich), und zwar:
 - Sämtliche Geschäftsverteilungspläne für die Jahre seit Eingang der Anklageschrift nebst evtl. Änderungsbeschlüssen
 - Sämtliche zugehörige Präsidiumsbeschlüsse einschließlich ihrer vollständigen Begründung und Änderungsbeschlüssen
 - Unterlagen über Verhinderungen und Vertreterbestellungen
 - Schöffnenlisten
 - Hilfsschöffnenlisten
 - Schöffnenwahllisten
 - Protokoll über die Schöffnenwahl
 - Etwaige Anträge und Verfügungen über die Streichung von Schöffnen und Hilfsschöffnen von der Schöffnenliste
 - Sofern die Bestimmung von Ergänzungs-/Vertretungsrichtern nach deren Dienst-/Lebensalter bestimmt wird: Mitteilung von Dienst-/Lebensalter der in Betracht kommenden Richter
 - Instruktion des Mandanten über evtl. Zustellung der Besetzungsmitteilung

Formvorschriften entsprechen denen einer revisionsrechtlichen Verfahrensrüge (§ 222b Abs. 1 S. 2 StPO, § 344 Abs. 2 S. 2 StPO)⁶

- Vollständige und aus sich heraus verständliche Darstellung der einschlägigen Regelungen des Geschäftsverteilungsplans, der Präsidiumsbeschlüsse etc.

- Bei Einsichtnahme bereits Kopien sämtlicher Unterlagen anfertigen

Konzentrationsgebot: sämtliche Einwände gegen die Besetzung sind zeitgleich anzubringen (§ 222b Abs. 1 S. 3 StPO)⁷

- Das Rügerecht steht dem Angeklagten und jedem der Verteidiger zu. Die Rüge des einen Beteiligten präkludiert die Rüge der anderen nicht

keine Rügepräklusion durch Verständigung⁸ oder wenn vor Ablauf der Wochenfrist bereits ein Urteil ergangen ist⁹

II. Berufsrichter

Maßstab: es muss aufgrund der generell-abstrakten Regelungen des Geschäftsverteilungsplans sowie des kammerinternen Geschäftsverteilungsplans die Zuständigkeit des Spruchkörpers und des einzelnen Richters im Vorhinein so eindeutig wie möglich feststehen.

Handlungsempfehlung zur Prüfung des Geschäftsverteilungsplans:

- Wurde der Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts und der kammerinterne Geschäftsverteilungsplan im Vorjahr wirksam gefasst?
- Wurde er schriftlich niedergelegt?
- Gab es seitdem Änderungen?
- Betreffen die Änderungen die Zuständigkeit für das Verfahren?

⁴ BGH, Beschluss v. 06.01.2021 – 5 StR 519/20 (NStZ-RR 2021, 81) bei nachträglicher Änderung der mitgeteilten Besetzung und defizitärer Mitteilung; vgl. auch Heuchemer, Praxisprobleme der Besetzungsrüge, § 222b StPO, im Wirtschaftsstrafverfahren, NZWiSt 2023, 87.

⁵ Zur Statthaftigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens und zur Frage, in welchen Fällen keine Rügepräklusion eintritt, vgl. BGH, Beschluss v. 02.02.2022 – 5 StR 152 3/21 (NJW 2022, 1470)

⁶ Vgl. dazu u.a. Müller/Schlothauer/Knauer/Kempf/Oesterle, Münchner Handbuch Strafverteidigung, § 6 Rn 69 ff; Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger/Hamm, Kap. 7. Besetzungsrüge; KK-Gericke, § 338 Rn 9 ff, 52 ff.

⁷ MK-StPO/Arnoldi, § 222b Rn 23f.

⁸ BGH, Beschluss v. 17.01.2023 – 2 StR 87/22.

⁹ Meyer-Goßner/Schmitt, § 222b Rn 23; vgl. auch OLG Köln, Beschluss v. 16.02.2024 – 2 Ws 58/24, 2 Ws 59/24, 2 Ws 60/24, 2 Ws 61/24 (BeckRS 2024, 3055) mit Anm. Beukelmann/Heim.

- Halten die Änderungsbeschlüsse den gesetzlichen Vorgaben stand?
 - Umverteilung bereits anhängiger Verfahren
 - Begründung von Hilfs-/Auffangstrafkammern?
- Wurden die Regelungen des allgemeinen und kammerinternen Geschäftsverteilungsplans eingehalten?
 - evtl. Sonderzuständigkeit einer Schwurgerichts-, Jugendschutz- oder Wirtschaftsstrafkammer?
 - entspricht die Besetzung der kammerinternen Regelung?
- Sonderfälle
 - Vertretungsfall / Heranziehung eines Ergänzungsrichters/-richterin: gibt es hierfür generell-abstrakte Regelungen und wurden diese eingehalten?
 - Handelt es sich um einen Fall der Zurückverweisung (§ 354 Abs. 2 S. 1 StPO) oder Eröffnung durch das OLG (§ 210 Abs. 3 StPO): existieren hierfür Regelungen im Geschäftsverteilungsplan?

III. Schöffen

Die Heranziehung der „richtigen“ Schöffen für das jeweilige Verfahren birgt regelmäßig Chancen, Fehler in der Besetzung zu finden.

Die Schöffen werden ebenfalls jährlich im Vorjahr gewählt (§§ 42 ff GVG)¹⁰. Die (Haupt-)Schöffen werden dabei den (ordentlichen) Sitzungstagen der jeweiligen Strafkammern (oder Schöffengerichte beim Amtsgericht) per Losverfahren

zugewiesen und in eine Liste aufgenommen. Die Hilfsschöffen werden in eine gesonderte Hilfsschöffenliste eingetragen.

Handlungsempfehlung zur Prüfung der Heranziehung der Schöffen

- Erfolgte die Wahl in öffentlicher Sitzung (Protokolle befinden sich idR bei den Schöffenunterlagen des LG, ggf. müssen die Unterlagen beim AG eingesehen werden)?
- Waren die ausgewählten Schöffen dem Sitzungstag, an dem der Prozess beginnt, zugelost?
- Beginnt die Hauptverhandlung nicht an einem ihrer ordentlichen Sitzungstage, so ist zu unterscheiden: wurde der ordentliche Sitzungstag nur verschoben, können die für diesen Tag bestimmten Schöffen herangezogen werden; findet der Beginn der Hauptverhandlung aber an einem zusätzlichen Sitzungstag statt, weil der ordentliche Sitzungstag bereits belegt ist, müssen die Hilfsschöffen von der Hilfsschöffenliste herangezogen werden.
- Sofern eine Hilfsstrafkammer gebildet wurde, sind grds. die Schöffen der (entlasteten) ordentlichen Strafkammer heranzuziehen, Hilfsschöffen nur, wenn die ordentliche Strafkammer am gleichen Tag eine Verhandlung beginnt.
- Eignung zum Schöffenamt?
- Willkürliche Entbindung eines Schöffen.
- Wegzug des Schöffen (§§ 77 Abs. 3, 54 GVG)?

¹⁰ Ausführlich zur Schöffenwahl: MK-StPO/Schuster, zu § 42 GVG; Metz, JA 2019, 861.

WiJ-Checklisten

Rechtsanwalt Marc Neuhaus und
Rechtsanwalt Dr. Simon Ulc, beide Düsseldorf / Essen

Übernahme von Kosten für Verteidiger und Zeugenbeistände – eine Praxisübersicht

I. Einleitung

Die Übernahme von Kosten für Verteidiger und Zeugenbeistände durch Unternehmen ist ein bereits viel beleuchtetes Themenfeld, zu der zahlreiche Literaturbeiträge und einige Urteile existieren. Aufgrund der Vielzahl an Beiträgen fällt der Umgang mit dem Thema in der Praxis jedoch oftmals schwer, da man sich im Dschungel von Aufsätzen und Urteilsanmerkungen schnell verliert. Dies gilt für Berufsanfänger sowie für erfahrene Strafverteidiger. Dieser Befund ist besonders deshalb problematisch, da das Thema von erheblicher Praxisrelevanz ist, insbesondere im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Umfangreiche und komplizierte Strafverfahren bieten oftmals keine andere Möglichkeit als eine Vergütung durch Unternehmen, wenn die Verteidigung des Beschuldigten lege artis erfolgen soll. Aufgrund der Länge und Komplexität vieler Verfahren, ist eine Vergütung allein nach den gesetzlichen Maßstäben für den Rechtsanwalt schlichtweg nicht wirtschaftlich.

Dass eine über die gesetzliche Vergütungsregelungen hinaus bestehende Vergütungsvereinbarung zulässig ist, ist unstreitig (vgl. nur § 3a RVG). Die Vergütung durch einen Dritten bringt jedoch besondere Probleme mit sich, die der Verteidiger kennen sollte, um die Vergütungsvereinbarung ordnungsgemäß umsetzen zu können und so straf- sowie berufsrechtliche Risiken zu vermeiden.

Dieser Beitrag soll daher in erster Linie dazu dienen, einen Überblick über die unterschiedlichen Fallgruppen zu verschaffen und dem Strafverteidiger als eine Art Checkliste in Tabellenform dienen. Hierbei sollen nicht alle Fragestellungen im Detail beantwortet, sondern überblicksartig aufgezeigt werden. Darüber hinaus wird auf entsprechende Quellen verwiesen, die sich vertiefend mit den jeweiligen Themen befassen.

Im Fokus des Beitrags stehen Fragen zu den strafrechtlichen Risiken der Dritten sowie des Strafverteidigers selbst. Des Weiteren geht es um die Frage, inwieweit der Beschuldigte gegebenenfalls einen Anspruch auf Zahlung der Verteidigerhonorare hat und welche steuerrechtlichen Aspekte hierbei zu berücksichtigen sind. Auch Themen wie die Übernahme der Kosten durch Rechtsschutzversicherungen sowie die Vergütung von Zeugenbeiständen werden beleuchtet.

II. Strafrechtliche Risiken des Dritten

Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit bei der Vergütung des Rechtsanwalts durch einen Dritten für diesen strafrechtliche Risiken bestehen:

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Strafvereitelung (§ 258 StGB)	Verteidiger ist Organ der Rechtspflege . Mandatierung ist Grundlage für ein faires Verfahren. Es besteht kein Risiko einer Strafbarkeit nach dieser Norm.	BGH, Urt. v. 07.11.1990 – 2 StR 439/90, NJW 1991, 990 ff.); Brockhaus, ZWH 2012, 169; Spatscheck/Ehnert, StraFo 2005, 265.
Untreue (§ 266 StGB)	Es besteht potenziell das Risiko einer Strafbarkeit für den Dritten. Ausnahme: • Arbeitnehmer (Betroffener) hat einen Anspruch auf Kostenübernahme (s. auch III.) • Unternehmen trifft sachgerechte und pflichtgemäße Ermessensentscheidung (s. auch IV.)	

III. Kostenübernahme bzw. -erstattung

Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Übernahme der Kosten durch seinen Arbeitgeber, stellt die Vergütung für den Arbeitgeber keine strafbare Untreue dar. Dies ergibt sich

schon aus dem Grundsatz der strafrechtlichen Akzessorität, wonach ein zivilrechtlich beziehungsweise gesellschaftsrechtlich zulässiges Verhalten eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit nicht begründen kann (vgl. nur Böttger, in: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Kapitel Rn. 38).

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Vertragliche Ansprüche	Ein vertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers, bspw. aus seinem Arbeitsvertrag, ist möglich, aber in der Praxis selten. Vorsicht (!): Im Einzelfall könnte vertragliche Regelung den Verdacht der Teilnahme wecken. Hierfür müssten aber entsprechende Anhaltspunkte für eine Beihilfehandlung vorliegen.	Scharf, in: MAH Strafverteidigung, § 43 Rn. 63.
Gesetzliche Ansprüche bei privatrechtlichem Arbeitgeber	Möglicher Anspruch aus § 670 BGB analog. Voraussetzung ist, dass der Tatvorwurf unmittelbar im Zusammenhang mit der ausgeübten Tätigkeit steht, schuldlos begangen wurde und der Arbeitnehmer für die Aufwendungen keine besondere Vergütung erhält.	BAG, Urt. v. 16.03.1995 – 8 AZR 260/94, NJW 1995, 2372; Brockhaus, ZWH 2012, 169.
Gesetzliche Ansprüche für Organmitglieder	Möglicher Anspruch aus §§ 675 Abs. 1, 670 BGB. Gegebenenfalls auch Anspruch auf Kostenvorschuss aus § 669 BGB. Voraussetzung ist, dass das Verhalten keine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft darstellt. In Personenhandelsgesellschaften kann ein Anspruch aus § 716 BGB resultieren (§ 110 HGB a.F.)	Fleischer, in: Spindler/Stilz AktG, § 84 Rn. 70; Klimke, in: BeckOK GB, 40. Edition, Stand: 01.07.2023; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 58.
Höhe der Vergütung	Grundsätzlich nur in Höhe der gesetzlichen Gebühren. Aber: Anspruch auch für Vergütungsvereinbarungen, wenn anwaltliche Hilfe zu gesetzlichen Gebühren nicht zu erlangen ist. Dürfte insb. in Wirtschaftsstrafverfahren regelmäßig der Fall sein.	BAG, Urt. v. 16.03.1995 – 8 AZR 260/94, NJW 1995, 2372; Brockhaus, in: FS Wessing, S. 253, 256; Spatscheck/Ehnert, StraFo 2005, 265.
Ansprüche in der öffentlichen Verwaltung	Anspruch kann aufgrund der öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht begründet sein. Oftmals durch Gewährung eines zinslosen Darlehens, auf dessen Rückzahlung bei Freispruch oder Einstellung nach Antrag verzichtet werden kann. Graubereich bei geringem Verschulden oder Einstellungen nach § 153a StPO.	Rundschreiben des BMI vom 01.07.1985 – D I 4 – 211 481/1 – (GMBL. S. 432), geändert durch Bekanntmachung vom 22.05.1991 – gl. Az. – (GMBL. S. 497) sowie durch Rundschreiben vom 29.11.1999 – D I 4 – 211 481/1 – (GMBL. S. 497); RdErl. d. Innenministeriums – 24 – 1.42 – 2/08 – u.d. Finanzministeriums – IV – B 1110-85.4-IV A 2- vom 7. 7. 2008; Brockhaus, ZWH 2012, 169, 172; Brockhaus, in: FS Wessing, S. 253, 257; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 9 ff.

IV. Ermessensentscheidungen im Unternehmen

Hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine Übernahme der Verteidigerkosten, bedeutet dies nicht, dass das Unternehmen die Kosten nicht freiwillig übernehmen kann. Das Unternehmen hat in vielen Fällen ein erhebliches Interesse

an einer ordentlichen Verteidigung seiner Arbeitnehmer, etwa weil Imageschäden oder wirtschaftliche Einbußen drohen. Bevor das Unternehmen die Entscheidung zur Kostenübernahme trifft, muss es eine sachgerechte und pflichtgemäße Ermessensentscheidung treffen, um strafrechtliche Risiken zu vermeiden.

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Ermessensentscheidung in privaten Unternehmen	Richtet sich nach den Sorgfaltspflichten des § 347 HGB (bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG). Es gilt die sog. Business-Judgement-Rule: Keine Pflichtwidrigkeit, wenn der Entscheider mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters handelt. Die Verantwortungsträger haben eine Abwägung vorzunehmen. Eine Kostenübernahme dürfte im Interesse des Unternehmens liegen, wenn eine Geldbuße nach § 30 OWiG, Imageschäden oder wirtschaftliche Einbußen drohen.	Brockhaus, ZWH 2012, 169, 172 f.; ders., in: FS Jürgen Wessing, S. 254, 260; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 64 ff.; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, Aktiengesetz, § 93 Rn. 38 ff.; Spatscheck/Ehnert, StraFo 2005, 265, 268.
Mögliche Ermessensfehler	Pflichtwidrigkeit dürfte vorliegen, wenn der Mitarbeiter ausschließlich aus Eigeninteressen und zum Nachteil des Unternehmens handelte oder das Verhalten schon keinen Zusammenhang zu seiner Tätigkeit aufweist. Die Pflichtverletzung darf nicht „<i>gravierend</i>“ sein, bspw. durch fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit hinsichtlich der Vermögenslage im Unternehmen, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie sachwidrige Motive.	BGH, Urt. v. 06.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585; Brockhaus, in: FS Jürgen Wessing, S. 254, 260 f.; Hoffmann/Wißmann StV 2001, 249, 251; Otto, in: FS Tiedemann, S. 693, 699; Spatscheck/Ehnert, StraFo 2005, 265, 268.
Besonderheiten für die AG	Grundsätzlich hat der Vorstand einen weiten Ermessensspielraum. Ausnahmsweise entscheidet der Aufsichtsrat, wenn Vorstandsmitglieder betroffen sind. Das Vorstandshandeln darf nicht „<i>schlechterdings unververtretbar</i>“ sein.	OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 07.12.2010 – 5 U 29/10, NZG 2011, 62; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 83 f.
Besonderheiten für die GmbH	Grundsätze der AG sind übertragbar. Je großzügiger das Weisungsrecht der Gesellschafter ausgestaltet ist, desto weniger Ermessensspielraum steht der Geschäftsführung zu. Ist der Geschäftsführer betroffen, trifft Gesellschafterversammlung Entscheidung.	BGH, Urt. v. 04. 11. 2002 – II ZR 224/00, NJW 2003, 358; Pöschke, in: BeckOG GmbHG, § 43 Rn. 79 ff., 101 ff.; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 90 ff.

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Besonderheiten für Personenhandels-gesellschaften	Bei Entscheidung über die Kostenübernahme eines Geschäftsführers ist die Gesellschafterversammlung zuständig. Es bedarf eines Beschlusses nach § 116 Abs. 2 HGB.	Rehbinder, ZHR 148, 555, 574 f.; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 93 f.
Ermessens-entscheidung in öffentlich organisierten Unternehmen/ Behörden	Grundsätzlich ist die Ermessensent-scheidung am Sparsamkeitsprinzip und an etwaigen Schadensersatzforderungen auszurichten. Übernahme der Kosten kann aus Fürsorgepflicht geboten sein. Entscheidung kann etwa pflichtwidrig sein, wenn ein besonders schweres Verschulden oder eine Bereicherungsabsicht festgestellt wird.	BGH, Urt. v. 07.11.1990 – 2 StR 439/90, NJW 1991, 990; VG Berlin, Urt. v. 31.05.2017 – 28 K 15.17, BeckRS 2017, 116510; Otto, in: FS Tiedemann, 2008, 693, 704.

V. Zahlungen durch Rechtsschutz- oder D&O-Versicherungen

Neben der Übernahme der Verteidigerkosten durch den Arbeitgeber, spielt insbesondere die Kostenübernahme durch Versicherungen in der Praxis eine bedeutende Rolle. Viele Unternehmen schließen für ihre Organmitglieder und

leitenden Angestellten sogenannte D&O-Versicherungen (Directors-and-Officers) ab, die zum Teil auch Kosten aus Strafverfahren übernehmen. Es handelt sich um Verträge zu Gunsten Dritter (LG Marburg, Urteil vom 03.06.2004 – 4 O 2/03, BeckRS 2004, 15685), bei der die Organmitglieder die versicherten Personen sind, die selbstständig Leistungen aus der Versicherung in Anspruch nehmen können.

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
D&O-Versicherungen	Können auch die Kosten strafrechtlicher Verteidigung umfassen. Vorsatztaten sind in der Regel ausgeschlossen.	Lange, DStR 2002, 1626; Nothoff, NJW 2003, 1350, 1351; Scharf, in: MAH StV § 43 Rn. 16 ff. Vgl. insbesondere Ziffer 7.1 GDV-Musterbedingungen AVB D&O.

VI. Praxishinweise

Für die Verteidigung gibt es noch weitere Punkte, die in der praktischen Ausgestaltung der Kostenübernahme zu berücksichtigen sind.

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Rückzahlungsansprüche	Das Risiko einer Untreue kann vermindert werden, indem sich das Unternehmen vorbehält, die Kostenübernahme einzustellen, bereits gezahlte Kosten zurückzufordern und/oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Es kann zudem sinnvoll sein, einen Beschluss der Vermögensinhaber einzuholen (tatbestandsausschließendes Einverständnis).	Brockhaus, FS Wessing, S. 252, 261; Kempf/Schilling/Oesterle, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 10 Rn. 245.
Dokumentation	Die Entscheidungsträger sollten ihre Ermessensüberlegungen dokumentieren, um diese im Zweifel darlegen zu können.	Kempf/Schilling/Oesterle, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 10 Rn. 244.
Vertragspartner	Es kann sinnvoll sein, die Vergütungsvereinbarung unmittelbar mit dem Dritten zu schließen, um Insolvenzrisiken des Betroffenen frühzeitig zu vermeiden (vgl. § 111i Abs. 2 StPO).	Brockhaus/Scheier, StraFo 2021, 178.

VII. Straf- und berufsrechtliche Risiken der Verteidigung

Neben den Risiken, die für den Betroffenen und für den Dritten gelten, sollte die Strafverteidigung selbst darauf achten, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften zu handeln. Auch für den Verteidiger gibt es einige Fallstricke, die zu beachten sind, um straf- und berufsrechtliche Sanktionen zu vermeiden.

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Verschwiegenheitspflicht	Der Strafverteidiger ist Dritten gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet. Problem insbesondere bei Rechnungsstellung, da der Rechnung ein Leistungsnachweis beiliegen muss. Lösung: Klausel in Honorarvereinbarung, dass Leistungsnachweise gegenüber Mandanten zu erbringen sind. Besser: Entbindungserklärung des Mandanten.	Brockhaus, StraFo 2019, 133, 140; Herrmann/Latz, in: MAH Vergütungsrecht, § 34 Rn. 37.
Interessenkollisionen (§§ 356 StGB, 43a Abs. 4 BRAO, 3 BRAO)	Die Verteidigung erfolgt ausschließlich im Interesse des Betroffenen. Insbesondere keine Weitergabe von Aktenteilen an D&O-Versicherungen, auch wenn dies mit Einverständnis des Mandanten abläuft (vgl. § 19 BORA, § 32f Abs. 5 StPO).	OLG Hamm, Beschl. v. 13.07.2023 – 20 U 64/22, NZWiSt 2024, 134 m. Anm. Peukert/Rhein; Meden/Schwerdtfeger/Petersen, StraFo 2024, 202, 203.
Geldwäsche (§ 261 StGB)	Privileg gilt auch bei Zahlung des Honorars durch Dritte	vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.1.2005 – 2 BvR 1975/03, NJW 2005, 1707, 1708; Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Rn 1230.

VIII. Steuerliche Behandlung

Für das Unternehmen bzw. den Arbeitgeber hat die Übernahme von Verteidigungs- und Zeugenbeistandskosten auch eine steuerliche Relevanz. Auftretende Fragen betreffen häufig die ertragsteuerliche Abzugsfähigkeit, die Lohnsteuerpflicht, den Vorsteuerabzug und die Rechnungsstellung.

1. Ertragsteuerliche Abzugsfähigkeit beim kostentragenden Unternehmen

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Betriebsausgabenabzug (§§ 4 Abs. 4 EStG, 8 Abs. 1 KStG)	Zahlt eine Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) die Verteidigungskosten eines Geschäftsführers/Mitarbeiters liegen stets Betriebsausgaben vor, da eine Kapitalgesellschaft keine außerbetriebliche Sphäre hat. Der Betriebsausgabenabzug darf den Gewinn jedoch nicht mindern, wenn eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt (s.u.). Übernimmt ein Einzelunternehmer oder eine Personengesellschaft die Verteidigungskosten für einen Mitarbeiter, können diese als Betriebsausgaben geltend gemacht werden, wenn dies durch den Betrieb veranlasst ist. Das ist bei der Übernahme von Verteidigungskosten generell der Fall und versteht sich von selbst, wenn der Tatvorwurf im ursächlichen Zusammenhang mit dem Betrieb bzw. der beruflichen Tätigkeit steht und unmittelbar hieraus erklärbar ist. Ist die Kostenübernahme mangels beruflicher Veranlassung als Arbeitslohn zu qualifizieren, liegt beim Arbeitgeber ebenfalls eine zum Betriebsausgabenabzug berechtigende betriebliche Veranlassung vor. Es kommt in diesem Fall nicht darauf an, dass der gegen den Arbeitnehmer erhobene Vorwurf im Zusammenhang mit dem Betrieb steht. Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend für die Kostenübernahme einer Zeugenbeistandschaft bei Vernehmung eines Mitarbeiters.	BFH, Urt. v. 18.10.2007 – VI R 42/04, NJW 2008, 1342; Beschl. v. 17.8.2011 – VI R 75/10, DStR 2011, 2235; Biesgen, steueranwaltsmagazin 2014, 158, 161; Stetter, in: MAH StV § 44 Rn. 89.

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Abzugsverbot (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8, 10 EStG)	Die Kosten für die Verteidigung bei einer Bestechung unterfallen dem Abzugsverbot gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG. Das Abzugsverbot setzt voraus, dass der objektive und subjektive Straftatbestand erfüllt sind. Ein Abzugsverbot gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 1 EStG besteht auch für Aufwendungen, die mit Geldbußen, Ordnungsgeldern und Verwarnungsgeldern im Zusammenhang stehen.	BFH, Urt. v. 14.5.2014 – X R 23/12, DStRE 2014, 1156; Urt. v. 15.4.2021 – IV R 25/18, DStR 2021, 1992; BMF-Schreiben v. 10.10.2002 – IV A 6 – S 2145 – 35/02, Rn. 8. Zur fehlenden Abzugsfähigkeit gemäß § 12 Nr. 4 EStG und dem Abzugsverbot nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG bei Übernahme von (Straf-)Sanktionen und nicht auf Schadenswiedergutmachung gerichteten Auflagen siehe BFH, Urt. v. 16.9.2014 – VIII R 21/11, DStRE 2015, 647; Thürmer, in: Brandis/Heuermann EStG, § 4 Rn. 210 ff.; Drüen, in: Brandis/Heuermann EStG, § 4 Rn. 875 ff.; Heuel/Matthey, ZWH 2020, 64, 73; Höpfner, PStR 2015, 127.
Verdeckte Gewinnausschüttung (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG, § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG)	Die Übernahme von Verteidigungskosten eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar, welche den Gewinn der Gesellschaft nicht mindern darf und beim Gesellschafter zu steuerpflichtigen Einkünften führt, soweit diese durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann insbesondere bei einem außerbetrieblichen Tatvorwurf gegen den Gesellschafter und einem zugleich fehlenden Betriebsinteresse an der Verteidigung gegen den Tatvorwurf vorliegen.	Heuel/Matthey ZWH 2020, 64 (70); Biesgen, steueranwaltsmagazin 2014, 158, 163.

2. Lohnsteuerpflicht des Arbeitgebers

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Übernahme von Anwaltskosten durch den Arbeitgeber als Arbeitslohn (§ 19 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 2 Abs. 1 LStDV, §§ 38 ff. EStG)	Der Arbeitslohn umfasst alle Einnahmen und sonstigen Vorteile, die dem Arbeitnehmer für seine Beschäftigung zufließen. Maßgeblich ist das Veranlassungsprinzip und der Entlohnungscharakter. Eine Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis besteht, wenn der dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewendete Vorteile mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis zufließt. Ein Entlohnungscharakter ist gegeben, wenn der zugewendete Vorteil sich im weitesten Sinne als Gegenleistung für die Arbeitskraft darstellt. Die Zahlung von Verteidigungskosten durch den Arbeitgeber ist demnach kein steuerbarer Arbeitslohn, wenn der Arbeitnehmer ohnehin einen Anspruch auf Kostenerstattung hat, den der Arbeitgeber erfüllt. § 3 Nr. 50 Alt. 2 EStG ordnet (insoweit deklaratorisch und entbehrlich) die Steuerfreiheit von Auslagenersatz an. Das sind die Fälle, in denen das Ermittlungsverfahren bzw. der Tatvorwurf gegen den Arbeitnehmer unmittelbar aus seiner betrieblichen/beruflichen Tätigkeit erklärbar und durch sein berufliches (Fehl-)Verhalten veranlasst ist, unabhängig davon ob der Vorwurf zu Recht oder zu Unrecht erhoben worden ist. Arbeitslohn liegt dagegen vor, wenn der Tatvorwurf dem Privatbereich ohne beruflichen Bezug zuzuordnen ist oder auf privaten Umständen beruht, welche einen Berufszusammenhang aufheben oder überlagern. Unter letzteres fallen Konstellationen, in denen • die Tat nur bei Gelegenheit der Arbeitstätigkeit begangen worden ist, • der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber vorsätzlich schädigen wollte oder • der Arbeitnehmer sich oder einen Dritten bereichern wollte. Übernimmt der Arbeitgeber in diesen Fällen (freiwillig) die Verteidigungskosten geschieht dies mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer erspart sich die Aufwendungen für seine Verteidigung. Bei der Zeugenbeistandschaft dürften (auch wenn dies im Einzelnen nicht entschieden ist) die obigen Grundsätze entsprechend gelten.	BFH, Beschl. v. 17.8.2011 – VI R 75/10, DStR 2011, 2235; Beckschäfer, ZWH, 2012, 345; Heuel/Matthey, ZWH 2020, 64, 68; Stetter, in: MAH StV § 44 Rn. 98. Zu denselben Ergebnissen gelangt man, wenn man – bei entsprechender Anwendung der Rechtsprechung zur Übernahme von Sanktionen – das Arbeitnehmerinteresse an der Kostenübernahme (bspw. Verhältnis von Kosten zur Arbeitnehmervergütung) mit dem eigenbetrieblichen Arbeitgeberinteresse (bspw. Reputation) an der Verteidigung abwägt. Bei ganz überwiegend eigenbetrieblichem Interesse des Arbeitgebers liegt kein Arbeitslohn vor (BFH, Urt. v. 22.7.2008 – VI R 47/06, NJW, 2009, 1167; Urt. v. 14.11.2013 – VI R 36/12, DStR 2014, 136; Biesgen, steueranwaltsmagazin 2014, 158, 161 ff.; Höpfner, PStR 2015, 127, 131).

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Nettolohnvereinbarung	Übernimmt das Unternehmen als Arbeitgeber auch die auf die Kostenübernahme entfallende Lohnsteuer, handelt es sich um eine sogenannte Nettolohnvereinbarung. Die zusätzlich übernommene Lohnsteuer stellt ebenfalls Arbeitslohn dar und ist bei der Lohnsteuer zu berücksichtigen.	Heuel/Matthey, ZWH 2020, 64, 73.

3. Vorsteuerabzug des kostentragenden Unternehmens

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Kein Vorsteuerabzug des kostentragenden Unternehmens (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG)	Es besteht kein Vorsteuerabzug des Unternehmens für Anwaltskosten, wenn der Zweck der Anwaltsdienstleistung bzw. Verteidigung darin besteht, strafrechtliche Sanktionen gegen Personen zu vermeiden, auch wenn diese Mitglieder der Geschäftsleitung oder Mitarbeiter des Unternehmens sind. Es wird keine Leistung für das Unternehmen im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG ausgeführt. Es fehlt am direkten und unmittelbaren Zusammenhang zwischen der anwaltlichen Verteidigung (Eingangsleistung) und der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens (Ausgangsleistung). Für die umsatzsteuerliche Beurteilung ist es ohne Belang, welche konkrete Tat der Geschäftsführung bzw. den Mitarbeiter vorgeworfen wird, ob der Vorwurf dem betrieblichen Bereich zuzuordnen ist oder das Unternehmen gegenüber der betroffenen Person zur Kostenübernahme verpflichtet ist. Die zum Vorsteuerabzug ergangene Rechtsprechung betrifft Verteidigungskosten. Ob die Voraussetzungen zum Vorsteuerabzug bei der Übernahme von Zeugenbeistandskosten vorliegen, ist nicht entschieden.	BFH, Urt. v. 11.4.2013 – V R 29/10, DStRE 2012, 577; EuGH, Urt. v. 21.2.2013 – C-104/12, DStR 2013, 411 m. Anm. Zugmaier; Beckschäfer, ZWH 2013, 324; Biesgen, steueranwaltsmagazin 2014, 158, 160. Ein Vorsteuerabzug ist dagegen bei der „Unternehmensverteidigung“ möglich, wenn zwischen dem Unternehmen und dem Verteidiger ein Mandatsverhältnis zur rechtlichen Interessenwahrnehmung/-vertretung besteht, etwa zur Abwehr einer Geldbuße (§§ 30, 130 OWiG) oder Einziehung (§§ 73 ff. StGB). Heuel/Matthey, ZWH 2020, 64, 67; Stetter, in: MAH StV § 44 Rn. 89.

4. Rechnungsstellung durch den Verteidiger/Zeugenbeistand

Problem	Rechtliche Bewertung	Quellen/Vertiefende Hinweise
Leistungsempfänger § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UStG	Das Unternehmen ist auch dann nicht umsatzsteuerlicher Leistungsempfänger, wenn mit dem Unternehmen eine gesonderte Vergütungsvereinbarung abgeschlossen wird. Leistungsempfänger ist der Mandant, welcher aus dem der Leistung zugrunde liegenden Schuldverhältnis als Auftraggeber berechtigt und verpflichtet ist. Das strafprozessuale Verteidigungs-/Zeugenbeistandsverhältnis besteht mit dem Mandanten selbst. Der Mandant wird daher auch (zur Vermeidung einer etwaigen Unternehmenseinwirkung und Interessenkollision) Auftraggeber bzw. Vertragspartner der Mandatsvereinbarung sein. Eine gesonderte Vergütungsvereinbarung mit dem Unternehmen ändert hieran nichts.	Zur Bestimmung des umsatzsteuerlichen Leistungsempfängers siehe BFH, Urt. v. 28.8.2013 – XI R 4/11, MWStR 2014, 305.
Steuerschuld nach § 14c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 UStG	Weist die Anwaltsrechnung das Unternehmen und nicht den Mandanten als Leistungsempfänger aus, soll (neben der geschuldeten Umsatzsteuer für die Leistung an den Mandanten) eine zusätzliche Steuerschuld des Anwalts gemäß § 14c Abs. 2 S. 2 Alt. 2 UStG bestehen können bis eine Rechnungsberichtigung erfolgt ist.	Biesgen, steueranwaltsmagazin 2014, 158, 159; Heuel/Matthey, ZWH 2020, 64, 66. Ob § 14c UStG bei einer Übernahme von Individualverteidigerkosten durch das Unternehmen Anwendung findet, kann in Frage gestellt werden. Eine zu beseitigende Gefährdung des Steueraufkommens im Sinne des § 14c Abs. 2 S. 3, 4 UStG besteht mangels Vorsteuerabzugsberechtigung des Unternehmers nicht. Vgl. bereits einschränkende Auslegung des § 14c UStG bei Rechnungen an nicht zum Vorsteuerabzug berechnigte Endverbraucher EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-378/21, MwStR, 2023, 227; BMF-Schr. v. 27.2.2024 – III C 2 – S 7282/19/10001 :002, BStBl 2024 I S. 361.

Stud. iur Sara Müller, Osnabrück

Geschäftsherrenhaftung und mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in unternehmerischen Organisationsstrukturen: Sinnvolle Ergänzung oder systemwidrige Durchbrechung des Eigenverantwortungsprinzips?

Dieser Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Rahmen eines wirtschaftsstrafrechtlichen Seminars von Prof. Dr. Roland Schmitz, Institut für Wirtschaftsstrafrecht der Universität Osnabrück, und WisteV, angefertigt wurde.¹

Einleitung

„Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen.“ Diese sozial-kritische Volksweisheit lässt sich heute gerade auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts so wohl nicht mehr bestätigen. Vielmehr geraten im Zusammenhang mit Straftaten, die einen Unternehmensbezug aufweisen, neben den unmittelbar handelnden Angestellten regelmäßig auch die Führungskräfte des betroffenen Betriebs in den Fokus strafrechtlicher Ermittlung. Dies ist nicht nur auf ein verändertes Verfolgungsverhalten, sondern insbesondere auf die durch die Entwicklung und Anwendung der Geschäftsherrenhaftung und mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft erweiterte Vorgesetztenverantwortlichkeit zurückzuführen. Diese Konstruktionen bieten im Fall einer Straftat untergebener Betriebsangehöriger die Möglichkeit, auch die Betriebsverantwortlichen als Täter zu erfassen. Doch unabhängig davon, ob dabei an ein Unterlassen (Geschäftsherrenhaftung) oder an ein aktives Tun der Führungskraft angeknüpft wird (mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft), gleichen sich beide Konstruktionen in einem Punkt: der Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Betriebsangehörigen.

In beiden Fällen wird der Führungskraft das kriminelle unternehmensbezogene Verhalten eines nachgeordneten Mitarbeiters zugerechnet und damit eine Verantwortlichkeit für das rechtswidrige und schuldhaftes Handeln Dritter konstruiert. Doch darf der Verantwortungsbereich der Leitungspersonen denjenigen untergebener Betriebsangehöriger überschneiden, wenn nach dem strafrechtlichen Eigenverantwortungsprinzip grundsätzlich niemand für das Verhalten einer anderen voll verantwortlichen Person zur Verantwortung gezogen werden kann?

Die Beantwortung dieser Frage steht im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen. Es wird deutlich werden, dass das Eigenverantwortungsprinzip als solches weder die Geschäftsherrenhaftung noch die Übertragung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf unternehmerische Organisationsstrukturen prinzipiell ausschließt, da es gerade nicht als eine absolute Zurechnungssperre, sondern vielmehr als ein allgemeiner Grundsatz zu verstehen ist, von dem bei Vorliegen gewichtiger Gründe abgewichen werden kann. Während eine solche Abweichung im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung noch grundsätzlich überzeugt, ist die Übertragung des Ansatzes der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen nicht geeignet, die Vorgesetztenverantwortlichkeit in dogmatisch überzeugender Weise zu erweitern.

Die Geschäftsherrenhaftung

Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung betrifft Konstellationen, in denen ein Geschäftsherr gegen das von ihm erkannte kriminelle Verhalten Untergebener nicht einschreitet.² Eine aus diesem Untätigbleiben resultierende Unterlassungsstrafbarkeit geht mit der Annahme einher, dass für die Betriebsverantwortlichen eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter besteht.³ Neben den sachlichen Betriebsgefahren soll der Betriebsinhaber auch für die von dem Betrieb ausgehenden personellen Gefahren verantwortlich sein.⁴ In seiner Eigenschaft als Betriebsverantwortlicher sei dieser insoweit Überwachergarant der ihm unterstellten Mitarbeiter.⁵ Lässt er Straftaten geschehen, die diese aus dem Unternehmen heraus begehen, kommt, soweit das Untätigbleiben nicht bereits durch eine einschlägige Spezialvorschrift wie etwa § 357 I Var. 3 StGB für vorgesetzte Amtsträger oder §§ 30 II, 31 II, 41 WStG sowie § 4 VStG für militärische Befehlshaber erfasst wird, (neben einer möglichen Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG) nur eine Strafbarkeit aus unechtem Unterlassungsdelikt und damit ein Rückgriff auf § 13 StGB in Betracht.⁶

Unter dem Topos der Geschäftsherrenhaftung wird daher in erster Linie diskutiert, ob der Geschäftsherr „rechtlich dafür einzustehen hat“, dass die Rechtsgüter anderer nicht durch Straftaten untergebener Betriebsangehöriger gefährdet oder geschädigt werden.⁷ Die Frage, ob die Führungskraft eine solche Garantenpflicht trifft und wie weit diese im Einzelfall reichen kann, wird nicht einheitlich beurteilt und ist doch von überaus praktischer Relevanz.

¹ Bei Interesse wird die vollständige Abhandlung gerne zur Verfügung gestellt.

² Rönna, JuS 2022, 117.

³ BGH NStZ 2018, 648; Merz, in: GJW-StGB § 13 Rn. 39; Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger StGB § 13 Rn. 14a.

⁴ Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (985).

⁵ Merz, in: GJW-StGB § 13 Rn. 38 f.

⁶ Rönna, JuS 2022, 117; Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057.

⁷ Rönna, JuS 2022, 117.

Man denke beispielsweise an das Untätigbleiben eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einer GmbH, die einen Gebrauchtwagenhandel betreibt, in dem Fall, dass ein angestellter Verkäufer über die Unfallfreiheit eines Wagens täuscht. Gelingt es dem Angestellten, diesen dadurch zu einem deutlich über dem eigentlichen Wert liegenden Preis zu verkaufen, ergibt sich eine Strafbarkeit des Angestellten zumeist unproblematisch aus § 263 I StGB. Im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung wird nun danach gefragt, ob sich der Gesellschafter wegen Betrugs durch Unterlassen nach §§ 263 I, 13 StGB strafbar gemacht hat, wenn er das Verkaufsgespräch gehört, aber weder den Vertragsabschluss verhindert noch über die unrichtigen Angaben aufgeklärt hat.

Daneben stellt sich die Problematik der Geschäftsherrenhaftung beispielsweise auch dann, wenn der Betreiber eines Spätkaufs nicht gegen den Kokain- und Marihuanaverkauf seines dort angestellten Bruders einschreitet, obwohl ihm dies möglich wäre. Auch in diesem Fall ist die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit davon abhängig, wie weit die Garantenpflicht des Späti-Betreibers reicht bzw. inwieweit ein spezifischer Unternehmensbezug erforderlich ist. (vgl. BGH NSTZ 2018, 648.)

Legitimation der Rechtsfigur in Literatur und Rechtsprechung

Die Frage nach dem Ausmaß der Geschäftsherrenhaftung ist zugleich eine Frage ihrer Legitimation. Die Garantenpflicht einer Führungskraft wird nicht einheitlich hergeleitet. Es existieren vielmehr unterschiedliche Begründungsansätze, die ausgehend vom Anknüpfungspunkt der Garantenpflicht auch im Umfang der Geschäftsherrenhaftung variieren.

Innerbetriebliche Autoritätsstellung

In der Literatur wird teilweise davon ausgegangen, dass die Geschäftsherrenhaftung ihre Legitimation in der innerbetrieblichen Autoritätsstellung des Führungspersonals findet.⁸ Dieses verfüge nicht nur über die rechtliche Befehlsgewalt im Unternehmen, sondern auch über einen überlegenen Informationsfundus. Die daraus resultierende partielle Unmündigkeit untergebener Arbeitnehmer begründe eine hierarchiebedingte faktische Lenkungsgewalt⁹, aus welcher eine Kontrollgarantenstellung der Führungskräfte hervorginge.¹⁰ Im Idealfall besäßen diese nämlich die Möglichkeit einer lückenlosen Verhaltenssteuerung.¹¹ Insoweit sei die Garantenpflicht des Geschäftsherrn Ausfluss seines Organisations-, Weisungs- und Direktionsrechts.¹²

Herrschaft über das Unternehmen als Gefahrenquelle

Ein überwiegender Teil der Literatur geht hingegen davon aus, dass diese Weisungsbefugnis allein nicht genügt, um eine Überwachergarantenstellung des Betriebsverantwortlichen anzunehmen und stützt eine solche vielmehr auf dessen Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle.¹³ Die Leitungsperson beherrsche das Unternehmen insgesamt und damit eine Gefahrenquelle unabhängig davon, ob die Gefahren von Sachen oder Personen ausgehen.¹⁴ Angesichts seiner Herrschafts- und Kontrollmacht treffe das Leitungspersonal die Garantenpflicht überall dort, wo sich Gefahren aus dem betrieblichen Ablauf entwickeln können.¹⁵ Auf diesen hätten Außenstehende keinerlei aktive Einflussmöglichkeit, sodass dem Unternehmer für die ihm eingeräumte und von ihm beanspruchte autonome Herrschaftssphäre im Gegenzug die Pflicht aufzuerlegen sei, zu verhindern, dass Gefahren aus der von ihm beherrschten Sphäre nach außen dringen.¹⁶

Eigenart des Betriebs

Demgegenüber wird vereinzelt davon ausgegangen, dass der Geschäftsherr gerade nicht für jedwede Verwirklichung unternehmensbezogener Gefahren zur Verantwortung zu ziehen ist, sondern die Geschäftsherrenhaftung ausschließlich eingreift, soweit sich die Gefährdung Außenstehender bereits aus der Natur des konkreten Betriebs ergibt.¹⁷ Die Geschäftsherrenhaftung knüpft auch nach dieser Ansicht an die Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle an, wird insoweit aber auf besonders gefährliche Betriebe beschränkt. Die Verhinderung der Verwirklichung personeller Gefahren sei daher nur dann von der Garantenpflicht umfasst, wenn die Gefahr von einem Fehlverhalten der Mitarbeiter mit (entsprechend gefährlichen) betrieblichen Gegenständen ausgeht.¹⁸

Billigung durch die Rechtsprechung – Betriebsbezug

Dem widerspricht indes die heutige Rechtsprechung des BGH. Diese erkennt eine Haftung des Geschäftsherrn für

⁸ Schünemann, Unternehmenskriminalität, S. 101 ff; ders., wistra 1982, 41 (45); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, § 5 Rn. 357, ganz ähnlich Rogall, ZStW 1986, 573 (616 ff); Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53 (56).

⁹ Rönnau, JuS 2022, 117 (118).

¹⁰ So Schünemann, Unternehmenskriminalität, S. 102.

¹¹ Schünemann, wistra 1982, 41 (45).

¹² Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, § 5 Rn. 357.

¹³ Merz, in: GJW-StGB § 13 Rn. 39; Schall, in: FS Kühl, S. 417 (423); Rotsch, in: FS Imme Roxin, S. 485 (493); Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 35 f.; Bottke, Haftung, S. 31; Kuhn, wistra 2012, 297 (298); Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 989 ff; Roxin, AT II, § 32 Rn. 137; ders., JR 2012, 305 (306).

¹⁴ Rotsch, in: FS Imme Roxin, S. 485 (493); Roxin, AT II, § 32 Rn. 137.

¹⁵ Merz, in: GJW-StGB § 13 Rn. 39.

¹⁶ So Schall, in: FS Kühl, S. 417 (423 f.).

¹⁷ So z.B. Weigend, in: LK-StGB § 13 Rn. 56; ähnlich Stein, in: SK-StGB § 13 Rn. 43; Langkeit, in: FS Otto, S. 649 (653); für Fehlverhalten des Personals mit gefährlichen Produkten oder spezifische Verrichtungen auch Gimbernat, in: FS Roxin, S. 651 (661).

¹⁸ Weigend, in: LK-StGB § 13 Rn. 56.

das kriminelle Verhalten anderer Betriebsangehöriger ausdrücklich und unabhängig von einer etwaigen besonderen Gefährlichkeit des Betriebs an, ohne dabei jedoch eine Aussage über die materiell-rechtliche Grundlage einer Garantenpflicht des Geschäftsherrn zu treffen.¹⁹ Ungeachtet ihres dogmatischen Ursprungs könne diese ohnehin nur die Pflicht umfassen, solche Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter zu verhindern, die einen „Betriebsbezug“ aufweisen. Anderes kriminelles Verhalten der Mitarbeiter, das sich außerhalb des Betriebs ebenso ereignen könnte und bloß bei Gelegenheit geschieht, sei mangels eines ausreichenden Bezugs zum Betrieb niemals tauglicher Anknüpfungspunkt der Geschäftsherrenhaftung.²⁰ Wenngleich bis heute nur wenige höchstrichterliche Entscheidungen existieren, hat der V. Strafsenat des BGH erst kürzlich in einem Urteil aus dem Jahr 2018 die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung für betriebsbezogene Straftaten des Mitarbeiters bestätigt.²¹ Die Frage nach der materiell-rechtlichen Begründung der Garantenpflicht hat er dabei jedoch weiterhin offengelassen.

Stellungnahme

Dass der BGH die Geschäftsherrenhaftung als solche anerkennt, sich in seiner Rechtsprechung bislang jedoch weder explizit für die Herleitung der Garantenpflicht aus dem allgemeinen Weisungsrecht noch für eine Herleitung aus der Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle ausgesprochen und sich in seiner Argumentation stattdessen in erster Linie auf das Kriterium des Betriebsbezugs fokussiert hat, ist letztlich ein unbefriedigender und die präzise Begründung einer Garantenpflicht umgehender Ansatz. Um eine Pflicht des Betriebsverantwortlichen, die betriebsbezogenen Straftaten der ihm nachgeordneten Mitarbeiter zu verhindern, schlüssig darlegen zu können, ist dringend danach zu fragen, ob die Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle oder die innerbetriebliche Autoritätsstellung überhaupt einen tauglichen Anknüpfungspunkt besonderer Sicherungspflichten bieten können.

Gerade Letzteres erscheint zweifelhaft. Auch wenn der Betriebsinhaber de iure eine Befehls- und Organisationsherrschaft innehat und angesichts seiner arbeitsrechtlichen und faktischen Weisungsbefugnisse im Idealfall verhaltenssteuernd auf nachgeordnete Mitarbeiter einwirken und dadurch bestimmte Handlungen dieser verhindern kann²², darf von der reinen Möglichkeit nicht ohne Weiteres auch auf die Pflicht zur Verhinderung von Rechtsgutsbeeinträchtigungen geschlossen werden.²³ Ein Korrespondenzverhältnis von Recht und Pflicht, wie es beispielsweise zwischen der Weisungsbefugnis von Amtsvorgesetzten und ihrer Pflicht, Straftaten zu verhindern, die ihrerseits auf der amtlichen Gehorsamspflicht basiert, besteht, ist für den unternehmerischen Kontext nicht typisch. Weder folgt aus dem Anordnungsrecht zwingend die strafbewehrte Pflicht, etwas verhindern zu müssen, noch ergibt sich eine solche aus einer möglichen faktischen Verhinderungsmöglichkeit von selbst.²⁴ Daneben dient das Direktionsrecht in erster Linie der Unternehmensführung und nicht der Aufsicht und Kontrolle von Betriebs-

angehörigen,²⁵ sodass sich eine Garantenpflicht des Betriebsverantwortlichen richtigerweise nicht allein aus dessen innerbetrieblichen Autoritätsstellung ergeben kann.

Anders liegt es mit der Herleitung einer Verantwortlichkeit aus der Herrschaft über das Unternehmen als Gefahrenquelle. Dass Überwachergarantenpflichten im Grundsatz da entstehen, wo Gefahrenquellen eröffnet werden,²⁶ legt die Annahme nahe, dass jene auch dort existieren müssen, wo Unternehmen betrieben werden. Der Betriebsinhaber schafft eine Sphäre, auf die Außenstehende keinen aktiven Einfluss haben.²⁷ Gleichwohl ergeben sich aus diesem Herrschaftsbereich auch für sie erfahrungsgemäß vielfältige Gefahren, sei es durch gefährliche Produkte, Maschinen oder das deliktische Verhalten der Angestellten.²⁸ Da diese Gefahren letztlich seiner Herrschaftssphäre unterfallen, scheint es angezeigt, ihm für die Freiheit sein Unternehmen betreiben zu dürfen, im Gegenzug die Pflicht aufzuerlegen, Rechtsgutsverletzungen durch Betriebsgefahren zu verhindern.²⁹ Insofern untersteht der Betrieb seiner Herrschaft und Kontrolle. Die prototypischen Voraussetzungen einer Garantenstellung sind geradezu erfüllt.³⁰ Auf eine Unterscheidung zwischen der Verantwortlichkeit für die Verhinderung der Realisierung klassischer Sachgefahren oder personeller Gefahren kann es dabei nicht ankommen, sind diese doch teils untrennbar miteinander verbunden.³¹ Solange sich nur eine Gefahr realisiert, welche durch die Unternehmenstätigkeit geschaffen wurde, kann ihre Natur nicht entscheidend sein.³²

Das Eigenverantwortungsprinzip als Zurechnungssperre?

Im Rahmen der Diskussion um die Geschäftsherrenhaftung ist das Eigenverantwortungsprinzip das wohl schwerste Geschütz, das von ihren Gegnern aufgefahren wird.³³ Dass den unmittelbar handelnden Betriebsangehörigen die volle Verantwortung für seine Tat trifft, schließe eine Unterlassungs-

¹⁹ BGHSt 57, 42 (45 ff.); BGH NSTZ 2018, 648; anders allerdings BGHZ 194, 26.

²⁰ So BGH NJW 2012, 1237 (1238).

²¹ So BGH NSTZ 2018, 648.

²² Schönemann, wistra 1982, 41 (45); Rogall, ZStW 1986, 573 (617).

²³ So Otto, Jura 1998, 409 (413); ähnlich auch Heine, Verantwortlichkeit, S. 117; Hsü, Garantenstellung, S. 243.

²⁴ Heine, Verantwortlichkeit, S. 117.

²⁵ Kretschmer, StraFo 2012, 259 (262); Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (38).

²⁶ Bosch, in: Schönke/Schröder StGB § 13 Rn. 11.

²⁷ Rönna, JuS 2022, 117 (118); Schall, in: FS Rudolphi, S. 267 (277).

²⁸ Schall, in: FS Kühl, S. 417 (424).

²⁹ Schall, in: FS Kühl, S. 417 (423).

³⁰ Roxin, AT II, § 32 Rn. 137.

³¹ dazu Schall, in: FS Rudolphi, S. 267 (276); Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057 (1059); Roxin, AT II, § 32 Rn. 137.

³² Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057 (1059); a.A. Spring, Geschäftsherrenhaftung, S. 168.

³³ Schall, in: FS Kühl, S. 417 (419); so etwa bei Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (32).

strafbarkeit des Betriebsverantwortlichen strikt aus.³⁴ Es gebe schlicht kein Bedürfnis, Berufstätige, die selbst und allein für ihre kriminelle Tätigkeit verantwortlich sind, durch die Führungskräfte des Betriebs überwachen zu lassen.³⁵ Stellt aber dieser Haupteinwand der Eigenverantwortlichkeit tatsächlich eine absolute Zurechnungssperre dar oder sprechen womöglich die besseren Gründe für eine ausnahmsweise Durchbrechung des Prinzips?

Das strafrechtliche Eigenverantwortungsprinzip

Das Eigenverantwortungsprinzip ist ein im Verfassungsrecht wurzelnder Grundsatz, nach dem prinzipiell niemand für das Verhalten einer anderen, voll verantwortlichen Person zur Verantwortung gezogen werden darf.³⁶ Es ist die logische Konsequenz eines unserer Rechtsordnung zugrundeliegenden Menschenbildes, nach welchem der Mensch prinzipiell zu einer freien Selbstbestimmung fähig ist.³⁷ Dient die eigene Verantwortlichkeit doch als Legitimationsgrund für die Bestrafung,³⁸ versteht es sich von selbst, dass sich der Verantwortungsbereich eines jeden Einzelnen grundsätzlich auf sein eigenes Handeln beschränkt und nur unter besonderen Umständen auch das Handeln anderer mitumfasst.³⁹ Eine Haftung für fremdes Handeln kann daher nur unter engsten Voraussetzungen in Betracht kommen.⁴⁰ Dennoch ist eine Zurechnung fremden Verhaltens nicht per se ausgeschlossen, sondern auch in der Strafrechtsdogmatik, beispielsweise in der Konzeption der Beteiligungslehre, angelegt.⁴¹

Dogmatische Überzeugungskraft der Geschäftsherrenhaftung im Lichte des Eigenverantwortungsprinzips

Wird im Rahmen der Diskussion um die Geschäftsherrenhaftung das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit ins Feld geführt, weisen die Gegner einer solchen Haftung regelmäßig auf das heute vermeintlich durch flache Hierarchien geprägte, gewandelte Rollenverständnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber hin. Das Leitbild eines Ebenen übergreifenden partnerschaftlichen Umgangs widerspräche der Konzeption, einen von zwei, auf Augenhöhe agierenden Mitarbeitern, für die Straftat des anderen haftbar zu machen.⁴²

Den Gegnern der Geschäftsherrenhaftung ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn sie davon ausgehen, dass das innerbetriebliche Weisungsrecht der Führungskräfte allein weder geeignet ist, die Eigenverantwortlichkeit nachgeordneter Mitarbeiter zu beseitigen, noch eine Überwachergarantenpflicht des Geschäftsherrn zu begründen.⁴³ So unterstehen doch jedenfalls vorsätzliche Straftaten des Betriebsangehörigen nicht dem Einfluss des Arbeitgebers. Sie sind gerade nicht Ausfluss der gesteigerten Betätigungsmöglichkeit des Geschäftsherrn, sondern ausschließlich Folge des Tatentschlusses des Mitarbeiters.⁴⁴ Auch wenn die betriebliche Herrschaftsstruktur, d.h. insbesondere das Direktionsrecht des Geschäftsherrn, diesem eine gewisse Herrschaftsmacht über die Arbeitnehmer gewährt, bleiben diese doch stets für ihr Verhalten verantwortlich.⁴⁵ Sogar für diejenigen Handlungen, die ein Mitarbeiter aufgrund einer Weisung der

Führungskraft begeht, trifft ihn letztlich ein Teil der Verantwortung.⁴⁶ Die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Mitarbeiters hindert daher jedenfalls eine Herleitung der Garantenpflicht aus dem Weisungsrecht des Geschäftsherrn.⁴⁷ Verspermt sie aber zugleich die Möglichkeit einer entsprechenden Garantenpflicht kraft Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle?

Folgt man Spring, so schließt die Eigenverantwortlichkeit des nachgeordneten Mitarbeiters auch die Herleitung einer Überwachergarantenpflicht aus der Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle aus. Angesichts der Fähigkeit des Menschen, einen Willen zu bilden und danach zu handeln, bestehe das Bedürfnis, strikt zwischen Sach- und Personen Gefahren zu differenzieren. Anders als Menschen besäßen Sachen naturgemäß kein Bewusstsein und könnten nicht zwischen Recht und Unrecht unterscheiden. Rechtsgutsverletzungen, die von Sachen ausgehen, seien daher auf die Gefährlichkeit ihrer Art, nicht jedoch auf einen bestimmten Willensakt zurückzuführen. Die Realisierung personeller Gefahren beruhe dagegen stets auf der Willensbetätigung einer Person. Um diesem konstitutionellen Unterschied beider Gefahrenarten Rechnung zu tragen, sei ein resolutes Festhalten an den entwickelten, sich in ihrer materiellen Legitimation unterscheidenden Garantenstellungen erforderlich. Die Verantwortlichkeit für die Straftat eines Mitarbeiters könne in der Folge nur einen Aufsichts-, nicht jedoch einen Überwachergaranten für Sachgefahren treffen.⁴⁸

Diese Argumentation überzeugt nur teilweise. Zwar ist es richtig, dass Sachen ihrer Natur nach nicht zu einer Willensbildung in der Lage sind und die von ihnen ausgehenden Gefahren in der Regel auf einer ihrer Art oder ihrem Zustand anhaftenden Gefährlichkeit beruhen, gleichwohl sind Kon-

³⁴ So insbesondere Spring, Geschäftsherrenhaftung, S. 208 ff.; ders. GA 2010, 222 (225 ff.); Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (32 ff.); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 1194.

³⁵ Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (38);

³⁶ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, § 5 Rn. 352; dazu auch Schünemann, Unterlassungsdelikte, S. 324; Vogel, Norm und Pflicht, S. 200 ff.

³⁷ Schumann, Selbstverantwortung, S. 1.

³⁸ Freund, Erfolgsdelikt, S. 91 f.

³⁹ Schumann, Selbstverantwortung, S. 6.

⁴⁰ Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (32); Schünemann, Unterlassungsdelikte, S. 324.

⁴¹ Noll, Strafbarkeitsrisiken, S. 46.

⁴² Spring, Geschäftsherrenhaftung, S. 147; ähnlich Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (33).

⁴³ Hsü, Garantenstellung, S. 254; Kretschmer, StraFo 2012, 259 (262); so auch Otto, Jura 1998, 409 (413), der sich iErg aber wohl nur gegen eine Garantenstellung aus personaler Herrschaft ausspricht.

⁴⁴ Rönau, JuS 2022, 117 (118).

⁴⁵ Noll, Strafbarkeitsrisiken, S. 70.

⁴⁶ Otto, Jura 1998, 409 (413).

⁴⁷ So auch Rönau, JuS 2022, 117 (119); ähnlich Otto, Jura 1998, 409 (413).

⁴⁸ Spring, Geschäftsherrenhaftung, S. 167 f.; ähnlich Beulke, in: FS Geppert, S. 23 (35).

stellationen denkbar, in denen sich Sach- und Personalgefahren kaum trennen lassen.⁴⁹ Man denke beispielsweise an technische Mängel, die erst durch Wartungsfehler hervorgerufen werden.⁵⁰ Ob die Gefahr für die Verletzung fremder Rechtsgüter aus einem einzelnen betrieblichen Gegenstand selbst, aus dem Umgang mit diesem oder aus einem sorgfaltswidrigen oder gar vorsätzlichen Fehlverhalten eines Betriebsangehörigen resultiert, kann im Hinblick auf den Grundgedanken der Garantenstellung aus Sachherrschaft über Gefahrenquellen keinen Unterschied machen.⁵¹ Besteht doch nach allgemeiner Ansicht eine Pflicht desjenigen, der die Verfügungsgewalt über einen bestimmten Herrschaftsbereich innehat, aus dem auf Dritte eingewirkt werden kann, die Gefahren zu beherrschen, die sich in diesem Bereich ergeben,⁵² muss mit Blick auf wirtschaftliche Betriebe festgestellt werden, dass sich Gefahren für Außenstehende nicht nur aus den Maschinen und Produkten, sondern ebenso aus dem eigenverantwortlichen Verhalten einzelner Arbeitnehmer ergeben können.⁵³

Solange die Straftat eines Mitarbeiters in einem inneren Zusammenhang mit dem Unternehmen steht, d.h. einen Betriebsbezug aufweist und damit in den vom Betriebsinhaber geschaffenen Gefahrenherd „Betrieb“ fällt, erscheint eine Gleichstellung aller betrieblichen Gefahrenquellen notwendig. Schafft die Betriebssituation doch als solche auch ein erhöhtes Risiko für die Begehung von Delikten, ist es nur sachgerecht, den Betriebsverantwortlichen zu der Beherrschung sämtlicher Gefahren, inklusive solcher, die erst aus dem eigenverantwortlichen Handeln eines Mitarbeiters hervorgehen, zu verpflichten.⁵⁴

Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Institut der strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung das Eigenverantwortlichkeitsprinzip zwar tangiert, nicht jedoch in unbilliger Weise durchbricht. Dass der Betriebsangehörige eine Straftat voll verantwortlich begeht und neben dessen Strafbarkeit zugleich eine Unterlassungshaftung des Betriebsverantwortlichen in Betracht kommen kann, ist als die Kehrseite der ihm eingeräumten Freiheit, das Unternehmen betreiben zu dürfen⁵⁵, dogmatisch überzeugend. Auch wenn sich eine Überwachergarantenpflicht des Geschäftsherrn nicht allein aus dessen Weisungsrecht und der damit korrespondierenden innerbetrieblichen Autoritätsstellung ableiten lässt, findet jene ihren Grund doch jedenfalls in der Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenquelle. Die geforderte Begrenzung der Geschäftsherrenhaftung auf Straftaten mit Betriebsbezug ist insoweit eine sachgerechte Haftungsbeschränkung und gewiss auch Teil ihrer Legitimation⁵⁶.

Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

Um das Leitungspersonal eines Unternehmens für das kriminelle Verhalten anderer Betriebsangehöriger strafrecht-

lich zur Verantwortung zu ziehen, bedient sich der BGH nicht nur der Geschäftsherrenhaftung, sondern greift darüber hinaus in ständiger Rechtsprechung⁵⁷ auf die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zurück. Dieses, einst von Roxin⁵⁸ zur Handhabung systematischer Staatverbrechen entwickelte Zurechnungsinstrument, wird auf den unternehmerischen Kontext übertragen und so gezielt zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität eingesetzt.⁵⁹

Nach der Rechtsprechung kommt eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ungeachtet einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Tatmittlers immer dann in Betracht, wenn die Führungskraft regelhafte Abläufe sowie die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar handelnden Betriebsangehörigen ausnutzt und dabei den Taterfolg als Ergebnis ihres Handelns will⁶⁰. Gemeint sind damit Situationen, in denen die Führungskraft aktiv tätig wird und sich bestimmter Organisationsstrukturen bedient, innerhalb derer ihr Tatbeitrag, beispielsweise eine rechtswidrige Anweisung, nahezu automatisierte Abläufe auslöst.⁶¹

Da es im Ergebnis außer Streit steht, dass ein Vorgesetzter, der Untergebene zu Straftaten veranlasst, selbst strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, geht es in Fällen der Organisationsherrschaft im Unterschied zur Geschäftsherrenhaftung nicht um das „ob“ der Strafbarkeit, sondern von vornherein vorwiegend um das „wie“, d.h. die qualitative Bewertung des Strafvorwurfs (Täterschaft oder Teilnahme).⁶²

Grundlagen der mittelbaren Täterschaft nach § 25 I Alt. 2 StGB

Im Allgemeinen ist gem. § 25 I Alt. 2 StGB mittelbarer Täter, wer die Tat durch einen anderen begeht. Im Unterschied zur unmittelbaren Täterschaft nach § 25 I Alt. 1 StGB fehlt es hier an einer eigenhändigen Tatbestandsverwirklichung des Täters.⁶³ Dieser bedient sich vielmehr eines Vordermannes

⁴⁹ So auch Schall, in: FS Kühl, S. 417 (421 f.).

⁵⁰ Roxin, AT II, § 32 Rn. 137.

⁵¹ Schall, in: FS Rudolphi, 267 (277 f.).

⁵² Otto, in: FS F.C. Schröder, S. 339 (341); Heine, Verantwortlichkeit, S. 119.

⁵³ Schall, in: FS Kühl, S. 417 (422).

⁵⁴ So auch Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057 (1059).

⁵⁵ Schall, in: FS Kühl, S. 417 (423).

⁵⁶ So auch Rönau, JuS 2022, 117 (119).

⁵⁷ BGHSt 40, 218 (236); 43, 219 (231 f.); 48, 331 (342); 49, 147 (163 f.); BGH NStZ 2008, 89.

⁵⁸ Roxin, GA 1963, 193.

⁵⁹ Radde, Jura 2018, 1210.

⁶⁰ BGH NStZ 2008, 89 (90).

⁶¹ Allgemein dazu Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB § 25 Rn. 145 ff.

⁶² Noll, Strafbarkeitsrisiken, S. 30.

⁶³ Haas, in: Matt/Renzikowski StGB § 25 Rn. 5.

als „menschliches Werkzeug“.⁶⁴ Erst dadurch, dass ihm die Tathandlung des Tatmittlers zugerechnet wird, wird jener de jure zum Täter.⁶⁵ Bei der mittelbaren Täterschaft handelt es sich um eine Zurechnungsfigur, die ihren Rechtsgrund in der Tatherrschaft des Hintermannes findet.⁶⁶ Die durch überlegenes Wissen (Irrtum des Vordermanns) oder überlegenen Willen (genötigter Vordermann) vermittelte und regelmäßig mit einem Strafbarkeitsmangel des Vordermanns korrespondierende überlegene Stellung des Hintermanns weist diesen als die eigentliche Zentralgestalt des Geschehens aus und legitimiert so die Zurechnung des fremden Verhaltens.⁶⁷

Weist der Tatmittler allerdings weder auf Tatbestands-, noch auf Rechtswidrigkeits- oder Schuldenebene ein Verantwortungsdefizit auf und handelt damit volldeliktisch, muss eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes regelmäßig ausscheiden.⁶⁸ In diesem Fall trifft den Vordermann selbst die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Tat, sodass in der Regel nicht von einer beherrschenden Rolle des Hintermanns und dem für die Zurechnung maßgeblichen Subordinationsverhältnis ausgegangen werden kann.⁶⁹ Mit anderen Worten muss mit Blick auf das Verantwortungsprinzip die mittelbare Täterschaft des Hintermanns regelmäßig dort enden, wo die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Tatmittlers beginnt.⁷⁰

Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

Gleichwohl existieren Konstellationen, in denen trotz einer vollen strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Tatmittlers, eine „an sich“ zur Täterschaftsbegründung taugliche Einflussnahme des Hintermanns genügen soll, um dessen mittelbare Täterschaft zu begründen.⁷¹ Das wohl prominenteste Beispiel hierfür ist die sog. Organisationsherrschaft innerhalb streng hierarchisch organisierter Machtapparate. Obwohl die Voraussetzungen und die Reichweite dieser Rechtsfigur im Einzelnen umstritten sind, wird sie als Prototyp der Konstellation des „Täters hinter dem Täter“ von Literatur und Rechtsprechung heute ganz überwiegend akzeptiert.⁷²

Sie geht zurück auf Roxin, der eine „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ bereits im Jahr 1963 entwickelt und als eine dritte, eigenständige Form der mittelbaren Täterschaft neben der Irrtums- und Nötigungsherrschaft anerkannt hat.⁷³ Dabei hatte Roxin in erster Linie die systematischen Unrechtstaten des NS-Regimes vor Augen⁷⁴ und zielte darauf, eine sachgerechte Bestrafung der befehlgebenden Schreibtischtäter sicherzustellen.⁷⁵ Die Annahme, dass allein die Herrschaft über eine rechtsgelöste Organisation Tatherrschaft vermittelt, folgt laut ihm aus dem Umstand, dass bereits das Ingangsetzen automatischer Abläufe zur Tatbestandsverwirklichung führt, da die Entscheidung über das „ob“ der Tat letztlich unabhängig von einem Tatentschluss des Ausführenden allein in der Hand des Schreibtischtäters liege.⁷⁶ Eine Organisationsherrschaft sei konkret dann anzunehmen, wenn es sich um eine vom Recht gelöste

Organisation handelt, in dessen Rahmen der Anordnende eine Befehlsgewalt ausübt und die individuellen Ausführenden beliebig austauschbar, d.h. fungibel sind.⁷⁷

Diese strengen Kriterien hat die Rechtsprechung jedoch nicht übernommen, sondern lässt es für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft genügen, dass ein Hintermann die durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst, wenn er dabei die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, ausnutzt und den Taterfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns will.⁷⁸ Mit diesem Modell der Organisationsherrschaft hat der BGH die Rechtsfigur bewusst weit ausgedehnt⁷⁹ und so die Tore für die Übertragung auf weitere Organisationsstrukturen eröffnet.

Der „Täter hinter dem Täter“ im Wirtschaftsunternehmen

Der BGH hat das Konstrukt der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen übertragen, d.h. auf grundsätzlich rechtskonform agierende unternehmerische Organisationsstrukturen. Diese Praktik stößt in der Literatur⁸⁰ jedoch auf scharfe Kritik.

Übertragbarkeit der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen

Bereits in einem obiter dictum des richtungsweisenden Mauerschützen-Urteils⁸¹ aus dem Jahr 1994 stellte der V. Senat explizit fest, dass sich die in der Entscheidung erarbeiteten

⁶⁴ Kudlich, BeckOK-StGB § 25 Rn. 20; Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB § 25 Rn. 60.

⁶⁵ Haas, in: Matt/Renzikowski StGB § 25 Rn. 5.

⁶⁶ Murmann, JA 2008, 321 (322).

⁶⁷ Murmann, JA 2008, 321 f.

⁶⁸ Gallas, Verbrechenslehre, S. 141.

⁶⁹ Radde, Jura 2018, 1210 (1211 f.).

⁷⁰ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 855.

⁷¹ Kudlich, in: BeckOK-StGB § 25 Rn. 32.

⁷² BGHSt 40, 218; 45, 270; Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB § 25 Rn. 141; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger StGB § 25 Rn. 2; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder StGB § 25 Rn. 27; krit. z.B. Renzikowski, in: FS Schünemann, S. 495 (504 ff.).

⁷³ Roxin, GA 1963, 193 (200).

⁷⁴ Radde, Jura 2018, 1210 (1213).

⁷⁵ Roxin, GA 1963, 193; ders., AT II, § 25 Rn. 105 ff.; ders., Täterschaft, S. 269 ff.

⁷⁶ Roxin, AT II, § 25 Rn. 107.

⁷⁷ Roxin, GA 2012, 395 (396).

⁷⁸ So schon BGHSt 40, 218 (236).

⁷⁹ Radde, Jura 2018, 1210 (1217).

⁸⁰ Bock, Criminal Compliance, S. 303 f.; Heine, Verantwortlichkeit, S. 104; Dous, Verantwortlichkeit, S. 251; Schmucker, StraFo 2010, 235 (239 f.); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 113; Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB § 25 Rn. 157 ff.; Schünemann, in: LK-StGB § 25 Rn. 130 f.

⁸¹ BGHSt 40, 218.

Grundsätze zur mittelbaren Täterschaft auch auf unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen anwenden ließen und ferner geeignet seien, das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen zu lösen.⁸² In folgenden Entscheidungen hielt der BGH an dieser angekündigten Übertragbarkeit fest und wandte sie uneingeschränkt, d.h. insbesondere unter Verzicht auf die von Roxin entwickelten Kriterien der Rechtsgelöstheit und Fungibilität⁸³, an.⁸⁴ Eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft kann nach der Rechtsprechung in Fällen angenommen werden, in denen eine arbeitsteilige Mittäterschaft an dem räumlichen, zeitlichen und hierarchischen Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar handelnden Angestellten scheitert.⁸⁵ Insbesondere die Ausnutzung der auch innerhalb von Wirtschaftsunternehmen existierenden regelhaften Abläufe⁸⁶ sowie die untergeordnete, grundsätzlich weisungsgebundene Rolle der eingeschalteten Arbeitnehmer⁸⁷, rechtfertigt die Annahme einer mittelbaren Täterschaft des Leitungspersonals. Letztlich versucht die Rechtsprechung unter Berufung auf die Vergleichbarkeit der Strukturen und der auch in Unternehmen vorherrschenden Machtverhältnisse, den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere möglichen Beweisschwierigkeiten, Rechnung zu tragen.⁸⁸ Auch einzelne Stimmen der Literatur⁸⁹ haben sich dem BGH der Sache nach angeschlossen und teilen ein solch extensives Verständnis der Rechtsfigur. Sie begründen eine Übertragbarkeit des Ansatzes auf Wirtschaftsunternehmen in erster Linie mit der sozialen Machtstellung der Leitungsperson im Rahmen ihrer jeweiligen Organisation⁹⁰. Aus der festen Einbindung des Arbeitnehmers resultiere eine Befehls- und Organisationsherrschaft, welche die strikte Durchsetzung der Anordnungen des Führungspersonals gewährleiste.⁹¹

Unübertragbarkeit der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen

Demgegenüber geht der überwiegende Teil der Literatur⁹² davon aus, dass die Organisationsherrschaft, sofern sie denn der Sache nach anerkannt wird, auf außerhalb der Rechtsordnung agierende Organisationen zu begrenzen ist und nicht auf Wirtschaftsunternehmen übertragen werden kann.

Die Kritik an der Übertragung des Ansatzes beruht dabei in erster Linie auf der gerade in einem Zeitalter der Compliance⁹³ fehlenden ausreichenden Macht des Hintermanns, rechtswidrige Anordnungen durchzusetzen. Anders als in rechtsgelösten Organisationen könne gerade nicht mit einer automatischen Ausführung derartiger Befehle gerechnet werden.⁹⁴ Hierfür mangle es bereits an einem Gehorsamswang der Arbeitnehmer.⁹⁵ Während die Befehlshaber rechtsgelöster Organisatoren stets davon ausgingen, vor strafrechtlichen Konsequenzen sicher zu sein, müssten Leitungspersonen wirtschaftlicher Unternehmen angesichts der vielfältigen Rechtsschutzmöglichkeiten⁹⁶ mit einer raschen Aufdeckung ihres Verhaltens rechnen.⁹⁷ Die grundsätzliche Rechtstreue, die von den in einem Unternehmen angestellten Arbeitnehmern erwartet würde, verlange die Zurückweisung

rechtswidriger Anordnungen. Vor diesem Hintergrund fehle es letztlich auch an der nötigen Fungibilität der Arbeitnehmer. Es könne nicht ohne weiteres davon auszugehen sein, dass die Tat auch bei einem Ausfall des Angewiesenen durch einen anderen Arbeitnehmer ausgeführt werde.⁹⁸ Im Endeffekt benutze die Rechtsprechung „jede irgendwie geartete soziale Verantwortung der Leitungsebene einer beliebigen Organisation dazu [...], sie als Tatherrschaft zu qualifizieren“⁹⁹ und ziele damit auf die „rechtspolitischen Befriedigung eines Risikobereichs“¹⁰⁰.

Stellungnahme

Gewiss lässt es sich nicht leugnen, dass grundsätzlich ein soziales Bedürfnis besteht, im Zuge strafrechtlicher Beurteilungen auch die unternehmerische Verantwortungsverteilung zu berücksichtigen. So steht das Leitungspersonal eines Unternehmens doch regelmäßig in einer größeren Verantwortung für eine dem Recht zuwiderlaufende, beispielsweise korruptive Firmenpolitik als die diese letztlich nur umsetzenden Mitarbeiter.¹⁰¹ Die Übertragung der Grundsätze einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen dient insoweit der sozialpsychologischen Kompensation¹⁰² der aus dem betriebsinternen Über- und Unterordnungsverhältnis resultierenden Verantwortungsverteilung sowie der darauf gründenden erhöhten Unternehmenssteuermöglichkeiten des Leitungspersonals. Das Begehren, sich auch im Rahmen strafrechtlicher Beurteilungen an der Unternehmenshierarchie zu orientieren, ist als solches daher grundsätzlich nachvollziehbar, genügt jedoch zweifelsohne nicht, um eine Organisationsherrschaft des Leitungspersonals anzunehmen.

⁸² BGHSt 40, 218 (236 f.).

⁸³ Radde, Jura 2018, 1210 (1221).

⁸⁴ Vgl. z.B. BGH NJW 98, 767 ff.; BGH NStZ 2008, 89 f.

⁸⁵ BGH NStZ 2008, 89 (90).

⁸⁶ BGH NStZ 2008, 89 (90).

⁸⁷ BGHSt 40, 257 (268).

⁸⁸ Vgl. Nack, GA 2006, 342 (344).

⁸⁹ Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, S. 22 f.; Urban, Mittelbare Täterschaft, S. 232; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 46 ff.

⁹⁰ So z.B. Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, S. 23.

⁹¹ Hefendehl, GA 2004, 575 (580 f.).

⁹² Bock, Criminal Compliance, S. 303 f.; Heine, Verantwortlichkeit, S. 104; Dous, Verantwortlichkeit, S. 251; Heinrich, in: FS Krey, S. 147 (148 ff.); Schmucker, StraFo 2010, 235 (239 f.); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 113; Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB § 25 Rn. 157 ff.; Schünemann, in: LK-StGB § 25 Rn. 130 f.

⁹³ Kaspar, in: NK-WirtschaftsstrR StGB § 25 Rn. 51.

⁹⁴ Kretschmer, StraFo 2012, 259 (261).

⁹⁵ Roxin, GA 2012, 395 (410).

⁹⁶ Vgl. Heine, Verantwortlichkeit, S. 104; Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (262).

⁹⁷ Roxin, GA 2012, 395 (410).

⁹⁸ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder StGB § 25 Rn. 30.

⁹⁹ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder StGB § 25 Rn. 30.

¹⁰⁰ Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (264).

¹⁰¹ Kretschmer, StraFo 2012, 259 (260).

¹⁰² Allg. Jung, JuS 1995, 173 (174).

Um die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf unternehmerischen Strukturen übertragen und die anweisende Leitungsperson täterschaftlich erfassen zu können, ist vielmehr eine hinreichende Macht zur Durchsetzung der Anordnungen und damit ein unbedingter Einfluss auf den Taterfolg¹⁰³ zu fordern. In grundsätzlich rechtskonform agierenden Organisationen wie Wirtschaftsunternehmen wird es daran jedoch in der Regel fehlen. Obgleich man auch hier autoritativ wirkende Weisungen des Arbeitgebers vorfinden mag, bleiben diese, anders als in einer Verbrecherorganisation oder einem Unrechtsstaat, nach außen hin überprüfbar.¹⁰⁴ Es kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die deliktischen Vorhaben der Leitungsperson automatisch durch einen, geschweige jeden beliebigen Arbeitnehmer umgesetzt werden.¹⁰⁵ Im Gegenteil: Man wird annehmen müssen, dass nur ein sehr geringer Teil der Unternehmensangehörigen überhaupt bereit ist, ein durch die Unternehmensspitze initiiertes strafbares Vorhaben auszuführen.¹⁰⁶ Während nämlich derjenige, der die Anweisungen der Befehlshaber eines Unrechtsstaats oder einer kriminellen Vereinigung nicht befolgt, mit Gefahren für Leib und Leben rechnen muss, hat der die Ausführung verweigernde Unternehmensangehörige rein arbeitsrechtliche Konsequenzen wie eine Umsetzung, Abmahnung oder Kündigung zu erwarten. Obwohl auch solche Maßnahmen zweifelsohne geeignet sind, eine Zwangswirkung für das jeweilige Individuum zu begründen, genügt dies nicht, um der anweisenden Leitungsperson eine derart umfassende Herrschaftsmacht zuzusprechen, dass bereits ihre Anordnung eine automatisierte Tatausführung sicherstellt.¹⁰⁷ Gerade mit Blick auf die durch unser Rechtssystem, insbesondere durch das Straf- und Arbeitsrecht gewährten Schutzmöglichkeiten sowie die zunehmend vorzufindenden Compliance-Strukturen, wird ein Widersetzen betroffener Arbeitnehmer geradezu erwartet.¹⁰⁸

Doch scheitert die Annahme eines autonomen Anordnungsvollzugs innerhalb eines Wirtschaftsunternehmens nicht nur an der grundsätzlich zu erwartenden Rechtstreue der Mitarbeiter und des damit ebenfalls verbundenen Mangels an Fungibilität der Angestellten, sondern auch an der in einem modernen Wirtschaftsleben häufig anzutreffenden horizontalen und vertikalen Dezentralisierung der Kompetenzen.¹⁰⁹ Eine mehrstufige, insbesondere vertikale Aufgabendelegation inklusive der Delegation von Aufgabenerledigungen in eigener Verantwortung an andere obere Führungsebenen, spricht gegen die Annahme einer automatisierten Vollziehung der gewünschten Straftaten. In diesem Fall kann gerade nicht von der Unternehmensspitze bis zum unmittelbar handelnden Arbeitnehmer „durchregiert“ werden.¹¹⁰ Der gewünschte Erfolgseintritt ist dann vielmehr abhängig von der Mitwirkung aller dazwischengeschalteten Mitarbeiter. Wie bereits festgestellt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ausführung des deliktischen Vorhabens durch keinen Mitarbeiter auf keiner Stufe verweigert wird.

Insgesamt ist daher nicht von einer hinreichenden Macht der Leitungsperson zur Durchsetzung rechtswidriger Anordnungen auszugehen. Die Umsetzung der Weisungen der Füh-

rungsebene lässt sich kaum mit der automatisierten Vollziehung innerhalb rechtsgelöster Organisationen vergleichen. Die Rechtsprechung geht daher zu weit, wenn sie die Grundsätze der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen überträgt und hierfür die Ausnutzung regelhafter Abläufe genügen lässt.

Das Eigenverantwortungsprinzip als Zurechnungssperre?

In entsprechenden Fallkonstellationen fehlt es gerade an einem Defekt des unmittelbar handelnden Angestellten. Obwohl dieser bei der Umsetzung des deliktischen Vorhabens der Unternehmensspitze vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, ergo voll verantwortlich handelt, soll der Leitungsperson des Unternehmens eine beherrschende Stellung zukommen. Ist es aber nicht widersprüchlich, von einer beherrschenden Stellung des Hintermanns auszugehen und den Vordermann zugleich als freiverantwortliche Zentralgestalt des Geschehens anzusehen?¹¹¹ Richtigerweise ist daher die Frage zu stellen, ob nicht schon das strafrechtliche Eigenverantwortungsprinzip der Annahme einer Organisationsherrschaft bzw. der Übertragung der Rechtsfigur auf Wirtschaftsunternehmen entgegensteht.

Zunächst ist festzustellen, dass dem Eigenverantwortungsprinzip im Rahmen der Beteiligungslehre grundsätzlich nicht die Funktion einer absoluten Zurechnungssperre zukommt. Vielmehr ist die Zurechnung von Handlungen bzw. vom Unrecht anderer freiverantwortlich Handelnder in der Konzeption der Beteiligungslehre angelegt. Ermöglicht beispielsweise die Figur der Mittäterschaft nach § 25 II StGB die gegenseitige Zurechnung von Handlungen freiverantwortlicher Personen, besteht kein Grund, speziell in den Fällen der mittelbaren Täterschaft bzw. der Organisationsherrschaft, eine solche mit Blick auf das Eigenverantwortungsprinzip per se auszuschließen. Gleichwohl bedarf jede Durchbrechung des Eigenverantwortungsprinzips stets einer dogmatischen Rechtfertigung.¹¹² Es stellt sich aber die Frage, ob eine Durchbrechung des Prinzips auch im Rahmen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bzw. ihrer Übertragung auf unternehmerische Organisationsstrukturen dogmatisch überzeugen kann.

¹⁰³ Vgl. Roxin, GA 1963, 193 (200), der darin den Grund für die Einstufung der Hintermannen system. Staatsverbrechen als mittelbare Täter sieht.

¹⁰⁴ Radde, Jura 2018, 1210 (1223).

¹⁰⁵ Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (262).

¹⁰⁶ Imme Roxin, in: FS Fischer, S. 267 (274).

¹⁰⁷ Schmucker, in: StraFo 2010, 235 (240).

¹⁰⁸ Kretschmer, StraFo 2012, 259 (261); Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (262).

¹⁰⁹ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder StGB § 25 Rn. 30.

¹¹⁰ Imme Roxin, in: FS Fischer, S. 267 (273).

¹¹¹ Krit. auch z.B. Gallas, Verbrechenslehre, S. 141.

¹¹² Noll, Strafbarkeitsrisiken, S. 38 f.

Während die mittelbare Täterschaft des Hintermannes einer rechtsgelösten Organisation billigerweise auf dessen zentrale und übergeordnete Rolle sowie den automatisierten Anordnungsvollzug gestützt werden kann, kann eine vergleichbare Herrschaftsmacht der Leitungsperson eines Unternehmens nicht angenommen werden. Anders als im Fall rechtsgelöster Organisationen kann sich der Hintermann hier nicht auf einen automatisierten Vollzug seiner rechtswidrigen Anordnungen verlassen.¹¹³ Der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs ist vielmehr von dem Tatentschluss des unmittelbar handelnden Arbeitnehmers abhängig. Im Unterschied zur Organisationsherrschaft der Spitze einer rechtsgelösten Organisation fehlt es hier gerade an einer ausreichenden Machtposition des Leitungspersonals, welche dessen Einstufung als Zentralgestalt des Geschehens sowie die Annahme einer mittelbaren Täterschaft rechtfertigt.

Darüber hinaus besteht aus rechtlicher Sicht kein Bedürfnis, auf die Organisationsherrschaft zurückzugreifen, wenn in den relevanten Fallkonstellationen doch regelmäßig ein Rückgriff auf die Anstiftung in Betracht kommt. Da der Anstifter gem. § 26 StGB „gleich einem Täter bestraft“ wird und sich der Unrechtsgehalt damit qualitativ nicht von der Täterschaft unterscheidet, kann es rechtlich gesehen dahinstehen, ob die anweisende Leitungsperson eines Unternehmens als mittelbarer Täter oder als Anstifter erfasst wird.¹¹⁴ Zwar darf nicht übersehen werden, dass die erfolglose Verleitung zu einer Straftat regelmäßig nur bei Verbrechen strafbar ist (§§ 30, 12 I StGB) und die Leitungsperson daher im Einzelfall straflos bleibt, jedoch ist kein gewichtiger Grund dafür ersichtlich, dass eine misslungene Anstiftung in einer unternehmerischen Organisationsstruktur strafbedürftiger sein sollte als außerhalb einer solchen Vereinigung.¹¹⁵ Auch wenn eine Erfassung der Leitungsperson als Anstifter gerade in Fällen, in denen der unmittelbar Handelnde mehrere Hierarchieebenen von dem Anweisenden entfernt agiert, problematisch sein kann¹¹⁶, erscheint der Rückgriff auf die Anstiftung dogmatisch überzeugender als die Annahme einer mittelbaren Täterschaft trotz fehlender Tatherrschaft des Leitungspersonals.

Zwischenergebnis inkl. Bezugnahme auf die Geschäftsherrenhaftung

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich die Organisationsherrschaft richtigerweise nicht auf Wirtschaftsunternehmen übertragen lässt. Zwar scheitert die Annahme einer mittelbaren Täterschaft des Leitungspersonals nicht von vornherein an dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit, gleichwohl lässt sich dessen Durchbrechung in Bezug auf unternehmerische Organisationsstrukturen dogmatisch nicht überzeugend legitimieren.

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu den im ersten Teil der Arbeit gezogenen Schlussfolgerungen. Auch wenn es auf den ersten Blick inkonsequent erscheint, Leitungspersonen für das bloße Nichteinschreiten gegen

Straftaten nachgeordneter Betriebsangehöriger im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung als Täter erfassen zu können, diese aber gleichzeitig für beispielsweise die Veranlassung der Straftaten, d.h. ihr aktives Tun, nicht täterschaftlich zur Verantwortung ziehen zu können (soweit diese nicht ohnehin unmittelbare Täter, Mittäter nach § 25 II StGB oder mittelbare Täter kraft überlegenen Willens oder Wissens nach § 25 I Alt. 2 StGB sind), vermag diese unterschiedliche Behandlung dogmatisch zu überzeugen. Während nämlich die Unterlassungshaftung auf einer dogmatisch herleitbaren Garantenpflicht aufbaut und gem. § 13 StGB einzig voraussetzt, dass der Erfolg trotz Bestehens dieser Pflicht nicht verhindert wird, fordert die mittelbare Täterschaft nach § 25 I Alt. 2 StGB, dass die Tat des mittelbaren Täters „durch einen anderen“ begangen wird. Der Mangel eines Defekts, auf den die Beherrschung des Vordermanns regelmäßig gestützt werden kann, kann im Kontext unternehmerischer Organisationen nicht durch eine Organisationsherrschaft des Leitungspersonals kompensiert werden. Eine solche ist anders als in rechtsgelösten Organisationen mangels hinreichender Macht des Leitungspersonals zur Durchsetzung rechtswidriger Vorhaben gerade nicht anzunehmen. Die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse findet ihre Berechtigung mithin in der Art der Geschäftsherrenhaftung als Unterlassungshaftung.

Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Eigenverantwortungsprinzip als solches weder die Geschäftsherrenhaftung noch die Übertragung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf unternehmerische Organisationsstrukturen prinzipiell ausschließt. Es ist gerade nicht als eine absolute Zurechnungssperre, sondern vielmehr als ein allgemeiner Grundsatz zu verstehen, von dem bei Vorliegen gewichtiger Gründe abgewichen werden kann.

Dogmatisch überzeugend ist eine solche Abweichung im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung. Auch wenn ein Betriebsangehöriger bei der Begehung einer Straftat mit Betriebsbezug voll verantwortlich handelt, schließt dies richtigerweise nicht zugleich die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn aus. Verhindert dieser den entsprechenden Taterfolg nicht, kann er als Täter oder Teilnehmer eines unechten Unterlassungsdelikts strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Die dafür gem. § 13 StGB erforderliche Garantenpflicht, für deren Legitimation nicht zuletzt der Betriebsbezug entscheidend ist, lässt sich überzeugend auf die Herrschaft des Betriebsverantwortlichen über den Betrieb als Gefahrenquelle stützen.

¹¹³ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder StGB § 25 Rn. 30.

¹¹⁴ Schmucker, in: StraFo 2010, 235 (240).

¹¹⁵ Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (264).

¹¹⁶ Vgl. Schmucker, in: StraFo 2010, 235 (240), der für „Anstiftung zur Anstiftung“ plädiert.

Die Übertragung des Ansatzes der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf unternehmerische Organisationsstrukturen stellt hingegen nach hiesigem Dafürhalten eine dogmatisch nicht rechtfertigende Durchbrechung des Eigenverantwortungsprinzips dar. Wenn der BGH den-

noch von der grundsätzlichen Übertragbarkeit des Ansatzes ausgeht, verkennt er insbesondere, dass der Leitungsebene einer unternehmerischen Organisation keine Machtposition zukommt, die sich mit derjenigen der Spitze einer rechtsge- lösten Organisation vergleichen lässt.

INTERNATIONALES

Rechtsanwalt Christoph Tute, Frankfurt a.M.

Strafschärfungsverbot als Bestandteil des Spezialitätsgrundsatzes

Die folgende Darstellung einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg zum Spezialitätsgrundsatz im Auslieferungsverkehr mit den USA wird zweisprachig veröffentlicht, in einer deutsch- und einer englischsprachigen Version.

OLG Hamburg, Beschluss vom 17. August 2023 - Ausl 63/22

I. Einleitung

In der hier dargestellten Entscheidung setzt sich das Oberlandesgericht Hamburg mit einem Auslieferungersuchen der USA zum Zwecke der Strafverfolgung auseinander. Das Oberlandesgericht hat die Auslieferung wegen eines konkret drohenden Verstoßes gegen den Spezialitätsgrundsatz für unzulässig erklärt.

Der Spezialitätsgrundsatz besagt im Wesentlichen, dass eine ausgelieferte Person im ersuchenden Staat lediglich innerhalb der durch die Auslieferungsentscheidung des ersuchten Staates gesetzten Grenzen verfolgt werden darf. Im Grundsatz soll die Spezialität damit die Souveränität des ersuchten Staates bei der Leistung von Rechtshilfe schützen. Gerade die vorliegende Entscheidung zeigt aber auch die erhebliche Bedeutung des Spezialitätsgrundsatzes für den Verfolgten selbst auf. Der im Folgenden näher dargestellte Teilaspekt des Spezialitätsgrundsatzes in Form der Unzulässigkeit der Auslieferung bei konkret drohender strafschärfender Berücksichtigung nicht zugelassener Taten bei der Aburteilung von Auslieferungstaten hat damit auch eine besondere Bedeutung für die Beratung von verfolgten Personen als Rechtsbeistand.

Rechtsanwalt Christoph Tute, Frankfurt a.M.

Prohibition of Sentence Aggravation as a Component of the Rule of Specialty

The following analysis of a decision by the Higher Regional Court of Hamburg regarding the rule of specialty in extradition matters with the United States is published in a bilingual format, with both a German and an English version.¹

OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 - Ausl 63/22

I. Introduction

In the decision presented here, the Higher Regional Court of Hamburg addresses an extradition request from the United States for the purpose of criminal prosecution. The Court declared the extradition inadmissible due to a concrete threat of violation of the rule of specialty.

The rule of specialty essentially stipulates that a person extradited to the requesting state may only be prosecuted within the limits set by the extradition decision of the requested state. Fundamentally, the rule of specialty aims to protect the sovereignty of the requested state when providing mutual legal assistance. However, this particular decision also highlights the significant importance of the rule of specialty for the individual being pursued. The specific aspect of the rule of specialty discussed below, namely the inadmissibility of extradition when there is a concrete threat of aggravating sentencing by considering offenses not approved in the extradition process, is of special significance for advising individuals facing extradition as their legal counsel.

¹ The footnotes mainly refer to the original German references.

II. Zugrundeliegendes Auslieferungsverfahren

Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg lag ein Auslieferungsersuchen der USA zum Zwecke der Strafverfolgung zu Grunde: Dem Verfolgten wird in den USA vorgeworfen, sich in den Jahren 2018 bis 2022 im Zusammenwirken mit anderen ohne die erforderliche Genehmigung und unter Täuschung der zuständigen US-Behörden, Güter mit doppeltem Verwendungszweck und Güter mit „sensitiver militärischer Technologie“ in den USA verschafft bzw. dies versucht und/oder sich dazu verabredet zu haben, um die Güter an Endabnehmer in Russland zu liefern, wozu es im Einzelfall auch gekommen sein soll. Daneben wird ihm dort vorgeworfen, in den Jahren 2020 bis 2022 Öl im Wert von Hunderten von Millionen US-Dollar aus Venezuela, das unter einem US-Embargo stand, geschmuggelt und US-Finanzinstitute unter falschen Angaben unrechtmäßig dazu veranlasst zu haben, Transaktionen in Millionenhöhe durchzuführen.

Auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft Hamburg hat das Oberlandesgericht nach Eingang der formellen Auslieferungsunterlagen der US-Behörden am 29. Dezember 2022 die formelle Auslieferungshaft wegen lediglich fünf konkreter Taten angeordnet. Danach wird dem Verfolgten in den USA zur Last gelegt, in den Jahren 2018 und 2019 gemeinschaftlich handelnd mit anderen versucht zu haben, unter falschen Angaben Rüstungsgüter bzw. dual-use-Güter von US-Unternehmen zu beschaffen, um sie ohne die erforderliche Genehmigung an Endabnehmer in Russland zu liefern bzw. sich dazu mit seinen Mittätern verabredet zu haben, wobei in nur einem Fall Güter tatsächlich nach Russland geliefert wurden.

Im Verlauf des Auslieferungsverfahrens haben die US-Behörden aufgrund zunächst unzureichender Informationen nach Aufforderung durch das Oberlandesgericht mehrfach ergänzende Auskünfte erteilt, die sich unter anderem auf die Konkretisierung der in der US-Anklageschrift vom 26. September 2022 aufgeführten Güter bezog. Nach erfolgter Konkretisierung und Einholung einer fachtechnischen Bewertung des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle vom 25. April 2023 hat die Generalstaatsanwaltschaft mit Zuschrift vom 27. April 2023 beantragt, die Auslieferung des Verfolgten an die USA in einem – im Antrag der Generalstaatsanwaltschaft konkret angegebenen – geringen Teilumfang, nämlich für drei Taten der Verabredung zur Ausfuhr von insgesamt fünf verschiedenen Gütern, für zulässig und im Übrigen für unzulässig zu erklären.

Das Oberlandesgericht hatte die US-Behörden bereits mit Verfügung vom 30. Januar 2023 gebeten, Erklärungen zum Grundsatz der Spezialität abzugeben und mit Verfügung vom 29. März 2023 an die Beantwortung der erbetenen Erklärungen erinnert. Mit Schreiben vom 11. Mai 2023 hat das Oberlandesgericht die US-Behörden ferner gebeten, detaillierte Fragen zum Spezialitätsgrundsatz zu beantworten. Die US-Botschaft hat mit Verbalnoten vom 30. März 2023 und

II. Underlying extradition proceedings

The decision of the Higher Regional Court of Hamburg was based on an extradition request by the United States for the purpose of criminal prosecution: The requested individual is accused in the United States of having, between 2018 and 2022, in collaboration with others, acquired or attempted to acquire, and/or conspired to do so, without the necessary authorization and by deceiving the competent U.S. authorities, dual-use goods and goods with "sensitive military technology" in the U.S., with the intention of delivering them to end-users in Russia, which allegedly occurred in some instances. Additionally, between 2020 and 2022, the individual is accused of having smuggled oil worth hundreds of millions of U.S. dollars from Venezuela, which was under a U.S. embargo, and of unlawfully causing U.S. financial institutions to carry out transactions worth millions through false representations.

Upon request from the Hamburg Public Prosecutor General's Office, the Higher Regional Court initially ordered, on December 29, 2022, after receiving the formal extradition documents from U.S. authorities, formal extradition detention concerning only five specific offenses. According to these, the individual is charged in the United States with having, in collaboration with others, attempted between 2018 and 2019 to procure armaments or dual-use goods from U.S. companies under false pretenses to deliver them without the required authorization to end-users in Russia, or having conspired with accomplices to do so, with goods being actually delivered to Russia in only one instance.

During the course of the extradition proceedings, U.S. authorities provided supplementary information several times at the request of the Higher Regional Court, following initially insufficient details. This information included, among other things, clarification of the goods listed in the U.S. indictment dated September 26, 2022. After this clarification and obtaining a technical evaluation from the Federal Office for Economic Affairs and Export Control on April 25, 2023, the Hamburg Public Prosecutor General's Office, in a letter dated April 27, 2023, requested that the extradition of the individual to the U.S. be declared admissible for a limited scope—specifically, three offenses related to conspiracy to export a total of five different goods—and inadmissible for all other charges.

The Higher Regional Court had already requested, in an order dated January 30, 2023, that U.S. authorities provide statements regarding the rule of specialty and reminded them in an order dated March 29, 2023, to respond to the requested statements. In a letter dated May 11, 2023, the Higher Regional Court further requested that U.S. authorities answer detailed questions concerning the rule of specialty. The U.S. Embassy responded with diplomatic notes dated March 30, 2023, and June 20, 2023, and a letter from the U.S. Department of Justice dated June 30, 2022.

20. Juni 2023 und mit Schreiben des US-Justizministeriums vom 30. Juni 2022 darauf geantwortet.

Zuletzt hat das Oberlandesgericht mit Verfügung vom 12. Juli 2023 die Generalstaatsanwaltschaft ersucht, über die die US-Behörden zu bitten, eine Zusicherung im Hinblick darauf abzugeben, dass Straftaten, die von einer deutschen Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung nicht erfasst sind, keine strafschärfende Berücksichtigung in einem Verfahren wegen der Taten finden würden, für die eine Auslieferung für zulässig erklärt worden ist. Die US-Behörden haben darauf mit Verbalnote der US-Botschaft vom 3. August 2023 geantwortet und auf ihr Verständnis der Bedeutung und des Umfanges des in Art. 22 des Auslieferungsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika („AusIV D-USA“) vereinbarten Spezialitätsgrundsatzes, ihre langjährige Rechtsprechung, ihre Strafzumessungspraxis und die Unabhängigkeit der Gerichte hingewiesen. Insoweit haben die US-Behörden unter anderem der Sache nach ausgeführt, dass ein „wiederholtes kriminelles Verhalten“, welches auch in Taten liegen könne, für die eine Auslieferung nicht bewilligt worden sei, nach US-Recht ein maßgeblicher Strafzumessungsgesichtspunkt sei und die „Berücksichtigung der Durchführung außerhalb der zur Last gelegten Straftat“ im Rahmen der Strafzumessung für die angeklagte Straftat im Einklang mit den US-Rechtsvorschriften stehe und keine Vergeltung der berücksichtigten, aber nicht angeklagten Tat darstelle, sondern eine Vergeltung allein der angeklagten Tat. Der Grundsatz der Spezialität werde laut den US-Behörden deswegen durch die strafschärfende Berücksichtigung nicht verletzt. Die US-Behörden seien wiederum nicht befugt, ein unabhängiges US-Gericht an der Anwendung der vorgenannten Strafzumessungserwägungen zu hindern.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat mit Verfügung vom 11. August 2023 an ihrem Zulässigkeitsantrag vom 27. April 2023 (s.o.) festgehalten und dazu ausgeführt: Die US-Behörden hätten zwar die erbetene Zusicherung nicht abgegeben und könnten diese im Hinblick auf die Unabhängigkeit der US-Gerichte und das dortige Rechtsverständnis, wonach der Spezialitätsgrundsatz eine strafschärfende Berücksichtigung von Taten, für die die Auslieferung nicht bewilligt worden sei, nicht erfasse, auch gar nicht abgeben. Auf die allgemeine Zumessungspraxis der US-Gerichte komme es vorliegend jedoch gar nicht an, denn es müsse lediglich die Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes nach deutschem Recht im konkreten Fall sichergestellt werden. Dies könne dadurch geschehen, dass die Zulässigkeitsentscheidung des Oberlandesgerichts unter die Bedingung gestellt werde, die dann zwangsläufig auch Bestandteil der nachfolgenden Entscheidung über die Bewilligung der Auslieferung durch die Bundesregierung und damit völkerrechtlich verbindlich werden würde. Es sei davon auszugehen, dass die US-Gerichte einen solchen Spezialitätsvorbehalt beachten würden.

Der Rechtsbeistand des Verfolgten hat wiederholt beantragt, die Auslieferung insgesamt für unzulässig zu erklären.

Finally, in an order dated July 12, 2023, the Higher Regional Court requested the Hamburg Public Prosecutor General's Office to ask the U.S. authorities to provide an assurance that any offenses not covered by the German decision on the admissibility of extradition would not be considered for harsher sentencing in the proceedings concerning the offenses for which extradition was declared admissible. The U.S. authorities responded with a diplomatic note by the U.S. Embassy dated August 3, 2023, referencing their understanding of the meaning and scope of the rule of specialty as agreed in Art. 22 of the Treaty between the Federal Republic of Germany and the United States of America Concerning Extradition ("AusIV D-USA"), their longstanding case law, their sentencing practices, and the independence of the courts. The U.S. authorities argued, among other points, that "repeated criminal behavior," which could also involve acts for which extradition was not granted, is a significant factor in sentencing under U.S. law, and that "consideration of conduct outside the charged offense" in sentencing for the indicted offense is consistent with U.S. legal provisions and does not constitute punishment for the considered but unindicted act but rather punishment solely for the indicted act. Therefore, according to U.S. authorities, the rule of specialty is not violated by such consideration in sentencing. They also indicated that the U.S. authorities are not authorized to prevent an independent U.S. court from applying these sentencing considerations.

The Hamburg Public Prosecutor General's Office maintained its request for admissibility as stated on April 27, 2023 (see above), in its order dated August 11, 2023, and argued that while the U.S. authorities had not provided the requested assurance and could not do so due to the independence of the U.S. courts and the prevailing legal understanding there—that the rule of specialty does not encompass harsher sentencing for acts for which extradition was not granted—this general sentencing practice of U.S. courts was irrelevant in this case. It was only necessary to ensure adherence to the rule of specialty under German law in the specific instance. This could be achieved by conditioning the Higher Regional Court's decision on admissibility, which would then necessarily become part of the subsequent decision on the approval of extradition by the federal government and, thus, legally binding under international law. It is assumed that U.S. courts would observe such a reservation of specialty.

The legal counsel of the individual sought repeatedly requested that the extradition be declared entirely inadmissible.

III. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 17. August 2023

Das Oberlandesgericht Hamburg hat mit Beschluss vom 17. August 2023 die von den USA ersuchte Auslieferung des Verfolgten insgesamt für unzulässig erklärt.¹

Zur Begründung verweist das Oberlandesgericht zunächst darauf, dass die Auslieferung in einem erheblichen Umfang bereits an der Voraussetzung einer beiderseitigen Strafbarkeit scheitere. Bei weiteren Vorwürfen fehle es an einer hinreichenden Konkretisierung.

Hier von besonderem Interesse ist jedoch der Teil der Auslieferungsentscheidung, mit dem die Auslieferung trotz hinreichender Konkretisierung und Annahme einer beiderseitigen Strafbarkeit (nämlich als Verstoß gegen das AWG) abgelehnt wurde, weil nicht gesichert war, dass die Einhaltung des **Strafschärfungsverbots als Bestandteil des Spezialitätsgrundsatzes** (dazu 1.) durch den ersuchenden Staat beachtet wird – wofür hier **konkrete Anhaltspunkte** (dazu 2.) vorlagen.

1. Das Oberlandesgericht verweist zunächst auf Art. 22 AuslV D-USA, in dem der Spezialitätsgrundsatz für Auslieferungen zwischen Deutschland und den USA zwischenstaatlich konkret vereinbart ist.²

Es kommt sodann im Wege einer ausführlichen Auslegung von Art. 22 AuslV D-USA zu dem zutreffenden Ergebnis, dass dieser letztlich auch eine strafschärfende Berücksichtigung von Taten, hinsichtlich derer die Auslieferung abgelehnt worden ist, untersagt.³ Als Maßstab für die primär am Völkerrecht ausgerichtete Auslegung benennt das Oberlandesgericht neben dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, laut dem ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland möglichst vermieden werden soll, auch Treu und Glauben, d.h. die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte ihres Zwecks.⁴ Die eigentliche Auslegung erfolgt dann in zwei Schritten:

Ausgangspunkt ist der Wortlaut des Art. 22 AuslV D-USA, nach dem ein auf Grund des Vertrags Ausgelieferter wegen einer anderen vor der Übergabe begangenen Straftat als derjenigen, derentwegen er ausgeliefert worden ist, „nicht verfolgt, abgeurteilt, zur Vollstreckung einer Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung in Haft gehalten oder einer sonstigen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit unterworfen werden“ darf. Man könnte insoweit von einem **Verfolgungs- und Vollstreckungsverbot** sprechen.

III. The decision of the Higher Regional Court of Hamburg of August 17, 2023

On August 17, 2023, the Higher Regional Court of Hamburg declared the extradition request by the United States for the individual in question to be entirely inadmissible.²

To begin with, the Court reasoned that a substantial part of the extradition request was inadmissible due to the lack of dual criminality. Other allegations were dismissed for being insufficiently specified.

For the purpose of this analysis, however, the particularly interesting part of the extradition decision is where extradition was denied despite sufficient specificity and the assumption of dual criminality (namely, as a violation of the German Foreign Trade and Payments Act, AWG) because it was not guaranteed that the requesting state would observe the **prohibition of sentence aggravation as a component of the rule of specialty** (below 1.), for which there were **concrete indications** in this case (below 2.).

1. The Higher Regional Court begins by referring to Art. 22 AuslV D-USA, where the rule of specialty is expressly agreed upon for extraditions between Germany and the U.S.³

The Court then conducts a thorough interpretation of Art. 22 AuslV D-USA, concluding correctly that this provision also prohibits considering offenses for harsher sentencing purposes when extradition for those offenses has been denied.⁴ As a standard for the interpretation which is primarily based on international law, the Court cites the principle of international law-friendly interpretation under the German Constitution, which aims to avoid conflicts with Germany's international obligations. The Court also cites the principle of bona fide (good faith), meaning the interpretation of international treaties in accordance with the ordinary meaning of their terms in their context and in light of their objectives and purposes.⁵ The actual interpretation then proceeded in two steps:

The starting point is the wording of Art 22 AuslV D-USA, which states that a person who has been extradited under the treaty “shall not be proceeded against, sentenced or detained with a view to carrying out a sentence or detention order for any offense committed prior to his surrender other than that for which he was extradited, nor shall he be for any other reason restricted in his personal freedom”. This can be understood as a **prohibition on prosecution and enforcement**.

¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 11.

² Der zweisprachige Auslieferungsvertrag ist hier zugänglich: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl280s0646.pdf.

³ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 16 ff.

⁴ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 17 f.

² OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, Mn. 11.

³ A bilingual version of the extradition treaty can be accessed here: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl280s0646.pdf.

⁴ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 16 ff.

⁵ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 17 f.

Im ersten Schritt erkennt das Oberlandesgericht über diesen unmittelbaren Wortlaut hinaus auch ein Verbot, den Ausgelieferten wegen einer anderen Straftat zu bestrafen. Das damit beschriebene **Bestrafungsverbot**, versteht sich – so auch ausdrücklich das Oberlandesgericht – von selbst und gehört zum anerkannten Kernbestand des Spezialitätsgrundsatzes.⁵ Es wird auch von dem hier konkret ersuchenden Staat, den USA, nicht in Abrede gestellt.

Das Oberlandesgericht geht dann aber – entgegen der ausdrücklichen Ansicht der US-Behörden – noch einen Schritt weiter: Es ist laut dem Oberlandesgericht davon auszugehen, dass auch die strafscharfende Berücksichtigung nicht zugelassener Taten bei der Aburteilung von Auslieferungstaten einen Verstoß gegen das soeben genannte Bestrafungsverbot darstellt – damit wird ein **Strafschärfungsverbot** als Bestandteil des Spezialitätsgrundsatzes anerkannt.⁶ Dieses Ergebnis verteidigt das Oberlandesgericht auch zutreffend gegen das Argument der US-Behörden, dass eine strafscharfende Berücksichtigung einer anderen Tat nicht als Bestrafung der nicht zugelassenen Tat, sondern als Teil der Bestrafung der Auslieferungstat aufzufassen sein soll. Diese Erwägung kann jedoch laut dem Oberlandesgericht nicht auf den Spezialitätsgrundsatz, dessen Reichweite „maßgeblich durch den ihm innewohnenden Zweck und seine im Völkerrecht übliche und anerkannte Ausgestaltung bestimmt“ werde, übertragen werden.⁷ Andernfalls könnte das Bestrafungsverbot unschwer umgangen werden, wenn die Tat zu einer Erhöhung der Strafe für eine andere Tat führen könnte, was wiederum dem Sinngehalt des Spezialitätsgrundsatzes widersprechen würde.

Das Oberlandesgericht ergänzt sodann noch, dass die von ihm gefundene Auslegung des Spezialitätsgrundsatzes jedoch nicht durch zwingendes Völkerrecht vorgegeben sei und damit letztlich der Vertragsfreiheit der beteiligten Staaten unterliege.⁸ Da im Auslieferungsvertrag eine abweichende Regelung zwischen Deutschland und den USA nicht getroffen wurde, stand dies der Auslegung des Oberlandesgerichts hier jedoch auch nicht entgegen.

2. Da das damit beschriebene Strafschärfungsverbot als Bestandteil des Spezialitätsgrundsatzes allerdings nur dann zur Unzulässigkeit der Auslieferung führen soll, wenn konkret zu besorgen ist, dass es nach der Auslieferung des Verfolgten

In the first step, the Higher Regional Court recognized that beyond this wording, there is also a prohibition against punishing the extradited individual for another offense. This **prohibition on punishment** is self-evident, as expressly noted by the Court, and forms part of the recognized core of the rule of specialty.⁶ This interpretation is also not disputed by the requesting state, the United States.

However, the Higher Regional Court then goes further—contrary to the explicit position of the U.S. authorities: it concluded that even the consideration of unapproved offenses for harsher sentencing in the adjudication of the extradition offenses constitutes a violation of the aforementioned prohibition on punishment. Thus, a **prohibition of sentence aggravation** is recognized as part of the rule of specialty.⁷ The Court correctly defended this conclusion against the U.S. authorities' argument that the consideration of another offense for harsher sentencing should not be viewed as punishment for the unapproved offense but as part of the punishment for the extradition offense. The Higher Regional Court finds that this reasoning cannot be applied to the rule of specialty, whose scope is—in the words of the Court—primarily determined by its inherent purpose and its customary and recognized configuration in international law.⁸ Otherwise, the prohibition on punishment could be easily circumvented if an offense could lead to an increased penalty for another offense, which would contradict the essence of the rule of specialty.

The Court further noted that its interpretation of the rule of specialty is not mandated by peremptory norms of international law and is, therefore, subject to the contracting parties' freedom to stipulate.⁹ Since no deviating regulation was made in the extradition treaty between Germany and the U.S., this did also not contradict the Court's interpretation.

2. However, the described prohibition of sentence aggravation as part of the rule of specialty should only render extradition inadmissible if there is concrete concern that it would not be sufficiently observed after the extradition of the individual.¹⁰ The Court, therefore, examines the substantial evidence suggesting such **concrete indications**: The crucial aspect in this regard are the sentencing practices of the

⁵ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 21 m.w.N.

⁶ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 22 m.w.N.

⁷ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 22.

⁸ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 23; siehe dazu auch die Anmerkung von Trüg, NJW 2024, 159 (163) mit der vorzugswürdigen Ansicht, „dass es doch Teil zwingenden Völkerrechts ist, jedenfalls für die Auslieferung das Bestrafungsverbot als Kernbestand des Spezialitätsgrundsatzes effektiv dadurch zu schützen, dass die strafscharfende Berücksichtigung nicht zugelassener Taten bei der Aburteilung von Auslieferungstaten nicht zur Disposition von Vertragsparteien gestellt wird“.

⁶ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 21 with further references.

⁷ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 22 with further references.

⁸ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 22.

⁹ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 23; see also the comment by Trüg, NJW 2024, 159 (163) who presents the preferable view that it is indeed part of mandatory international law, at least with respect to extradition, to effectively protect the prohibition on punishment as a core component of the rule of specialty by ensuring that the aggravating consideration of offenses that have not been authorized for extradition is not subject to the discretion of the contracting parties.

¹⁰ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 25 ff. with further references.

nicht ausreichend beachtet werden würde,⁹ geht das Oberlandesgericht im Folgenden auf die insoweit vorliegenden **stichhaltigen Anhaltspunkte** ein: Der entscheidende Aspekt ist dabei die Strafzumessungspraxis der US-Gerichte, die laut dem Oberlandesgericht „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ den Grundsatz der Spezialität konkret zu verletzen droht. Das Oberlandesgericht erwähnt sodann die Entscheidungen der US-Gerichte, aufgrund derer es befürchtet, „dass der Verfolgte im Falle einer Verurteilung nicht nur für die ausgelieferten Straftaten, sondern auch für die Taten bestraft werden wird, für die die ersuchte Auslieferung wegen fehlender Strafbarkeit nach deutschem Recht unzulässig ist“.¹⁰ Hinzu kommen die von den US-Behörden abgegebenen Erklärungen, die diese Rechtsprechung bestätigen und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass es nach US-Rechtsverständnis keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Spezialität darstellt, wenn im Rahmen der Strafzumessung für die ausgelieferte Taten auch weitere Taten des Verfolgten strafferhöhend berücksichtigt werden.

Die damit festgestellte konkrete Gefahr kann laut dem Oberlandesgericht auch nicht – wie von der Generalstaatsanwaltschaft vorgeschlagen (s.o.) – dadurch ausgeräumt werden, dass die Auslieferung mit der Bedingung versehen wird, dass Taten, für die die Auslieferung für unzulässig erklärt worden ist, (auch) bei der Festsetzung der Höhe der Strafen für die auslieferungsfähigen Taten nicht berücksichtigt werden dürfen. Ein solcher einseitiger Vorbehalt des ersuchten Staates sei zwar in engen Grenzen möglich, er könne aber nur dann einer völkerrechtlich verbindlichen Zusicherung des ersuchenden Staates gleichgestellt werden, wenn er rechtlich in gleicher Weise verbindlich ist, wie eine von dem ersuchenden Staat abgegebene rechtsverbindliche Zusicherung. Davon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen, da auch mit der vorgeschlagenen Bedingung erhebliche Zweifel bestehen bleiben, ob der Spezialitätsgrundsatz von den US-Gerichten vollumfänglich beachtet werden würde. Insoweit nimmt das Oberlandesgericht Bezug auf die von den US-Behörden erbetene Zusicherung, dass Straftaten, für die die Auslieferung abgelehnt wird, keine strafscharfende Berücksichtigung in den Verfahren wegen der Taten finden, für die eine Auslieferung für zulässig erklärt worden ist. Da die US-Behörden eine solche Erklärung abgelehnt und vielmehr insbesondere auf ihre entgegenstehende Überzeugung hinsichtlich des Umfangs und der Bedeutung des Spezialitätsgrundsatzes hingewiesen haben, liege eine klaren Auskunft mit einer eindeutigen Positionierung vor, aufgrund derer es das Oberlandesgericht – auch vor dem Hintergrund des im Ausliefe-

U.S. courts, which, according to the Higher Regional Court, is “highly likely” to threaten a specific violation of the rule of specialty. The Court then references the decisions of U.S. courts that led it to fear that the individual, if convicted, would be punished not only for the extradited offenses but also for the offenses for which extradition was denied due to lack of criminality under German law.¹¹ Additionally, the statements provided by the U.S. authorities confirmed this jurisprudence and unequivocally expressed that, according to U.S. legal understanding, it does not constitute a violation of the rule of specialty if additional offenses committed by the individual are considered for harsher sentencing in the proceedings for the extradition offenses.

The specific risk identified by the Higher Regional Court could, however, not be mitigated by the condition proposed by the Hamburg Public Prosecutor General's Office (see above) that offenses for which extradition was declared inadmissible should not be considered when determining the severity of penalties for extraditable offenses. While such a unilateral reservation by the requested state is permissible within narrow limits, it can only be equated with a legally binding assurance from the requesting state if it is equally legally binding. This was not considered to be the case here, since significant doubts remained, even with the proposed condition, whether U.S. courts would fully respect the rule of specialty. The Court referred to the requested assurance from the U.S. authorities that offenses for which extradition was denied would not be considered for harsher sentencing in proceedings for offenses for which extradition was deemed admissible. Since the U.S. authorities had refused to provide such an assurance and instead pointed specifically to their contrary conviction regarding the scope and significance of the rule of specialty, there was a clear statement with an unequivocal position. Based on this, even when considering the principle of mutual trust that applies in extradition matters, the Higher Regional Court deemed it impossible that the proposed condition would provide sufficient guarantee that U.S. courts would, contrary to U.S. legal views, not consider offenses for which extradition was declared inadmissible for harsher sentencing.

Based on all these considerations, the Higher Regional Court consequently declared the extradition request from the United States for the individual in question to be entirely inadmissible.

⁹ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 25 ff. m.w.N.

¹⁰ OLG Hamburg, Beschl. v. 17. August 2023 – Ausl 63/22, juris, Rz. 28; für eine ausführliche Darstellung der Strafzumessung hinsichtlich nicht angeklagter Taten, insbesondere im Zusammenhang mit Auslieferungsverfahren, nach dem US-Recht und der dazu ergangenen Entscheidungen der US-Gerichte siehe die Anmerkung von Hieramente, StV Spezial 2024, 22.

¹¹ OLG Hamburg, Decision of August 17, 2023 – Ausl 63/22, juris, mn. 28; for a detailed analysis of the sentencing for uncharged offences, in particular in connection with extradition proceedings under U.S. law and the relevant decisions of the U.S. courts, see the case analysis by Hieramente, StV Spezial 2024, 22.

rungsverkehr geltenden Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens – für ausgeschlossen hält, dass die vorgeschlagene Bedingung eine ausreichende Gewähr dafür bieten würde, dass die US-Gerichte entgegen der US-Rechtsauffassung Taten, für die die Auslieferung für unzulässig erklärt worden ist, nicht strafscharfend berücksichtigen werden.

Nach alledem hat das Oberlandesgericht die von den USA ersuchte Auslieferung des Verfolgten folgerichtig insgesamt für unzulässig erklärt.

IV. Bewertung und praktische Bedeutung

Wer von einem Auslieferungsersuchen betroffen ist, wird üblicherweise bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt des Auslieferungsverfahrens zum ersten Mal mit dem Grundsatz der Spezialität konfrontiert: Im Rahmen der amtsrichterlichen Haftvorführung gehört es zum regelmäßigen Programm, dass der Betroffene nicht nur darüber belehrt wird, dass er auf diesen ihm in den allermeisten Fällen bis zu diesem Zeitpunkt völlig unbekannten Grundsatz verzichten kann, sondern auch darauf hingewiesen wird, „dass ein solcher Verzicht im Interesse seiner Resozialisierung liegen kann, da er dem ersuchenden Staat die Möglichkeit gibt, alle gegen ihn vorliegenden Tatvorwürfe in einem Verfahren zu erledigen“ (so eine übliche Formulierung aus entsprechenden Sitzungsprotokollen). Die in diesem Hinweis enthaltene Werbung für den Verzicht auf einen fundamentalen Grundsatz des Auslieferungsrechts – zumal gegenüber einer Person, die oft erst wenige Stunden zuvor zum ersten Mal erfahren hat, dass in einem anderen Staat ein Strafverfahren gegen sie geführt wird – mutet doch eher zynisch an; insbesondere, wenn man sich die komplexen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Reichweite des Spezialitätsgrundsatzes vor Augen führt. Sofern der Betroffene dieser frühen Verführung hoffentlich standhält, ist es im weiteren Verlauf des Auslieferungsverfahrens nicht selten einer der wichtigsten Aspekte seiner Verteidigung, sicherzustellen, dass er im Falle einer Auslieferung im ersuchenden Staat tatsächlich auch nur wegen der dem Auslieferungsersuchen zugrundeliegenden Taten verfolgt und ggf. bestraft wird – in anderen Worten: dass der Spezialitätsgrundsatz zumindest im weiteren Verlauf ernst genommen wird.

Es ist daher zu begrüßen, dass das Oberlandesgericht Hamburg in der hier dargestellten Entscheidung klarstellt, dass der Spezialitätsgrundsatz auch eine strafscharfende Berücksichtigung nicht zugelassener Taten bei der Aburteilung von Auslieferungstaten verbietet und dass ein konkret drohender Verstoß gegen diesen Aspekt zur vollständigen Unzulässigkeit der Auslieferung führt.

IV. Evaluation and practical implications

When affected by an extradition request you are typically confronted with the rule of specialty at a very early stage in the extradition process: When being brought before the judge at the local court, it is standard practice for the individual to be informed not only that they may waive this principle—which in most cases is completely unknown to them up until this point—but also that “such a waiver may be in their interest for reintegration, as it allows the requesting state to address all charges against them in a single proceeding” (as is commonly stated in hearing minutes). This advocacy for waiving a fundamental principle of extradition law—especially when directed at a person who often has only learned a few hours prior that they are facing criminal charges in another country—seems rather cynical; particularly when considering the complex legal questions surrounding the rule of specialty. If the individual fortunately resists this early temptation, ensuring that they will indeed only be prosecuted and potentially punished for the offenses underlying the extradition request, should extradition occur, often becomes one of the most critical aspects of their defense as the extradition process progresses. In other words: it is crucial to ensure that the rule of specialty is taken seriously at least in the subsequent stages of the extradition proceedings.

It is therefore to be welcomed that the Higher Regional Court of Hamburg, in the decision presented here, clarifies that the principle of specialty also prohibits the consideration of offenses not approved in the extradition process for harsher sentencing in the adjudication of extradition offenses and that a concrete threat of violating this aspect leads to the complete inadmissibility of extradition.

The concrete application of the rule of specialty thus once again becomes the pivotal question in extradition cases.¹² In relevant cases, the handling of the prohibition of sentence aggravation by the requesting state must always be clarified by the authorities involved in the extradition process, or this clarification must be demanded through appropriate motions and submissions by the legal counsel for the person sought. For even if this does not ultimately lead to the complete inadmissibility of the extradition, it is of considerable importance for the criminal proceedings pending in the requesting state that adherence to the rule of specialty—especially in its manifestation as a prohibition on sentence aggravation—is as well protected as possible through a clear commitment by

¹² See most recently, Federal Constitutional Court (BVerfG), Decision of March 24, 2016 – 2 BvR 175/16; an English abstract of the decision prepared by the Federal Constitutional Court can be accessed here: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/03/rk20160324_2bvr017516en.html.

Der konkrete Umgang mit dem Spezialitätsgrundsatz wird damit einmal mehr zur auslieferungsrechtlichen Gretchenfrage.¹¹ In entsprechenden Fallkonstellationen wird der Umgang mit dem Strafschöpfungsverbot durch den ersuchenden Staat stets von den an der Auslieferung beteiligten Behörden zu klären bzw. diese Aufklärung durch entsprechende Anträge und Eingaben des Beistands einzufordern sein. Denn selbst wenn sich daraus am Ende nicht die vollständige Unzulässigkeit der Auslieferung ergibt, wird es für das im ersuchenden Staat anstehende Strafverfahren von erheblicher Bedeutung sein, dass die Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes – auch und gerade in seiner Ausprägung als Strafschöpfungsverbot – durch eine klare Verpflichtung der Behörden des ersuchenden Staates zur Einhaltung der damit gesetzten Grenzen so gut wie möglich abgesichert ist. Gerade im Auslieferungsverkehr mit Staaten, in denen es mitunter zu drakonischen Strafen kommt, kann es einen fundamentalen Unterschied machen, ob bestimmte Taten bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen oder nicht.

In der Praxis dürfte die größte Schwierigkeit für die Verteidigung darin liegen, zu prüfen und darzulegen, dass ein Verstoß des ersuchenden Staates gegen den Spezialitätsgrundsatz „konkret zu besorgen“ ist bzw. „stichhaltige Anhaltspunkte“ dafür vorliegen. Zwar wird man im Auslieferungsverkehr mit den USA schon aus den im hier zugrundeliegenden Auslieferungsverfahren abgegebenen Erklärungen der US-Behörden eine fortdauernde konkrete Gefahr des Verstoßes gegen den Spezialitätsgrundsatz ableiten können, was in vergleichbaren Fällen bis auf Weiteres regelmäßig die vollständige Unzulässigkeit der Auslieferung zur Folge haben dürfte.¹² Im Auslieferungsverkehr mit anderen Staaten müssten „stichhaltige Anhaltspunkte“, sofern sie denn gegeben sind, jedoch erst noch herausgearbeitet werden. Insofern kann es sich für die Verteidigung – je nach vorhandenen Sprachkenntnissen – anbieten, sich zunächst mit einer eigenen Recherche zur Rechtslage im ersuchenden Staat und dem dortigen Umgang mit dem Spezialitätsgrundsatz voranzutasten. Nicht zuletzt, weil es auch auf die im konkreten Fall im ersuchenden Staat zu erwartenden – eventuell auch über das Auslieferungsersuchen hinausgehenden – Vorwürfen gegenüber dem Verfolgten ankommen kann, wird eine verlässliche Recherche kaum möglich sein ohne Unterstützung durch einen Verteidiger im Zielstaat, dessen frühzeitige Einschaltung, wenn es nur irgendwie möglich ist, ohnehin empfehlenswert ist. Da das Ergebnis, wie die hier dargestellte Entscheidung eindrücklich zeigt, die vollständige Unzulässigkeit der Auslieferung sein kann, kann sich dieser Mehraufwand durchaus lohnen.

the authorities of the requesting state to respect the limits established by it. Particularly in extradition cases involving states where draconian punishments are sometimes imposed, it can make a fundamental difference whether certain offenses may be considered in sentencing or not.

In practice, the greatest challenge for the defense is likely to be in examining and demonstrating that a violation of the rule of specialty by the requesting state is “specifically to be feared” or that there are “concrete indications” of such a violation. In extradition proceedings with the United States, it should indeed be possible to infer an ongoing concrete risk of violating the rule of specialty from the statements made by the U.S. authorities in the extradition proceedings before the Higher Regional Court of Hamburg, which is, for the time being, likely to result in the complete inadmissibility of extradition in comparable cases.¹³ However, in extradition cases involving other states, any “concrete indications” would still need to be thoroughly identified if they exist. Therefore, depending on the available language skills, it may be advisable for the defense to initially undertake its own research into the legal situation in the requesting state and its handling of the rule of specialty. Not least because it may also depend on the specific allegations expected to be brought against the individual in the requesting state—potentially extending beyond the extradition request itself—a reliable investigation is hardly feasible without support from a local defense attorney in the target state. Engaging such an attorney early on, if at all feasible, is strongly recommended. Since the outcome, as demonstrated impressively by the decision presented here, can result in the complete inadmissibility of an extradition, this additional effort may well be worthwhile.

¹¹ Siehe zuletzt vor allem BVerfG, Beschl. v. 24. März 2016- 2 BvR 175/16.

¹² Vgl. dazu die Anmerkung von Hiéramente, StV Spezial 2024, 22, der auch darauf hinweist, dass eine Änderung der Rechtsprechung der US-Gerichte nicht absehbar und daher eine dauerhaft tragbare Lösung nur durch eine Änderung des Auslieferungsvertrags möglich sei.

¹³ Cf. the case analysis by Hiéramente, StV Spezial 2024, 22, who also points out that a change in the case law of the U.S. courts is not to be expected, and that a sustainable long-term solution could only be achieved through an amendment to the extradition treaty.

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M.

Zur Kumulation von Unternehmensgeldbußen BGH, Urteil vom 6. März 2024 – 1 StR 308/23

Nach dem amtlichen Leitsatz des Urteils des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 6. März 2024 zum Az. 1 StR 308/23 ist wegen jeder rechtlich selbstständigen Anknüpfungstat eine gesonderte Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG zu verhängen. Dies ergebe sich aus dem Kumulationsprinzip des § 20 OWiG. Dass eine zu strikte Anwendung des Kumulationsprinzips bei Unternehmensgeldbußen in Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben geraten kann, darf trotzdem nicht aus den Augen verloren werden.

I.

In Ordnungswidrigkeitenverfahren ordnet § 20 OWiG an, dass für jede Tat eine gesonderte Geldbuße festzusetzen ist. Eine den §§ 53 f. StGB entsprechende Regelung, wonach bei Tatmehrheit auf eine Gesamtstrafe zu erkennen ist, sieht das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht vor.

Erhebliche Folgen kann dieses sog. Kumulationsprinzip bei der Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG) haben. Nach § 30 Abs. 1 OWiG kann gegen ein Unternehmen eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn eine Leitungsperson eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat und dabei Pflichten, die das Unternehmen treffen, verletzt worden sind oder das Unternehmen bereichert worden ist oder werden sollte. Die Geldbuße beträgt im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro; im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro (§ 30 Abs. 2 S. 1 OWiG). Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße, wobei dieses bei entsprechender gesetzlicher Anordnung verzehnfacht ist (§ 30 Abs. 2 S. 2 und 3 OWiG).

Dies kann bei mehreren selbstständigen Anknüpfungstaten einer Leitungsperson zu erheblichen Unternehmensgeldbußen führen. Daher werden in der Literatur schon länger verschiedene Ansätze diskutiert, um unverhältnismäßige Unternehmensgeldbußen – jedenfalls bei in Zusammenhang zueinanderstehender Anknüpfungstaten – zu vermeiden (Göhler, wistra 1995, 300, 302; Bohnert, NStZ 1995, 460, 460, Fn. 8; Geppert, NStZ 1996, 118, 119; Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335 m.w.N.; KK-Mitsch, 5. Auflage 2018, § 20 OWiG Rn. 3 m.w.N.; vgl. aber auch BayObLG NJW 1994, 2303, 2305; KK-Rogall, 5. Auflage 2018, § 30 OWiG Rn. 152; Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, 3. Auflage 2024, § 30 OWiG Rn. 108).

Kaum Aussicht auf Erfolg dürfte es haben, zur Lösung des Problems weiterhin die Geltung der fortgesetzten Handlung zu fordern, da diese von der höchststrichterlichen Rechtsprechung auch im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts abgelehnt wird (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995 – KRB 33/95, Rn. 22 [juris] = BGHSt 41, 385; vgl. BayObLG, Beschluss vom 29. Juni 1994 – 3 ObOWi 54/94; Göhler, wistra 1995, 300, 302; Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335 m.w.N.). Das bedeutet aber nicht, dass im Einzelfall nicht zu prüfen wäre, ob nicht aus anderen Gründen von nur einer Anknüpfungstat auszugehen ist (dazu näher: Göhler, wistra 1995, 300, 302; vgl. Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335, 1137 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1986 – KRB 5/86KG02.11.1984 = BeckRS 1986, 31177330; vgl. Göhler-Gürtler/Thoma, 18. Auflage 2021, § 130 OWiG Rn. 16; vgl. BeckOK-Sackreuther, 42. Edition Stand: 01.01.2024, § 19 OWiG Rn. 21 ff.).

Wenn mehrere Anknüpfungstaten der Leitungsperson vorliegen, werden zur Vermeidung unverhältnismäßiger Unternehmensgeldbußen drei Lösungen diskutiert. Erstens wird vorgeschlagen, dann Einstellungen auf Grundlage des Opportunitätsprinzips vorzunehmen (§ 47 OWiG; Göhler, wistra 1995, 300, 302; vgl. Geppert, NStZ 1996, 118, 119; vgl. Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335, 1336 m.w.N.; KK-Mitsch, 5. Auflage 2018, § 20 OWiG Rn. 7; KK-Rogall, 5. Auflage 2018, § 30 OWiG Rn. 152; Göhler-Gürtler/Thoma, 18. Auflage 2021, § 20 OWiG Rn. 2; Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, 3. Auflage 2024, § 30 OWiG Rn. 108; vgl. BeckOK-Sackreuther, 42. Edition Stand: 01.01.2024, § 20 OWiG Rn. 7; vgl. auch OLG Braunschweig Urteil vom 28. Dezember 2023 – 9 U 103/22 = NZI 2024, 418, 420, Rn. 38 ff.). Zweitens wird die entsprechende Anwendung des Asperationsprinzips (§§ 53 f. StGB) diskutiert (vgl. Geppert, NStZ 1996, 118, 119; vgl. Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335, 1336 m.w.N.). Drittens wird erwogen, unverhältnismäßige Unternehmensgeldbußen dadurch zu vermeiden, dass die parallelen Unternehmensgeldbußen bei der jeweiligen Bußgeldbemessung (mindernd) beachtet werden (§ 17 Abs. 3 OWiG; BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995 – KRB 33/95, Rn. 25 [juris] = BGHSt 41, 385; KK-Mitsch, 5. Auflage 2018, § 20 OWiG Rn. 3; Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, 3. Auflage 2024, § 30 OWiG Rn. 108).

Die Frage, ob die strikte Anwendung des Kumulationsprinzips zu unverhältnismäßigen Unternehmensgeldbußen führen kann, wird nicht weniger aktuell, wenn der Bußgeldrahmen für Unternehmensgeldbußen inzwischen nicht mehr nur erhöht wird (wie noch durch die 8. GWB-Novelle: Gürtler/Thoma, 18. Auflage 2021, § 30 OWiG Rn. 36 oder auch durch Art. 7 Abs. 2 b) ii) der EU-Richtlinie zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahme der Union [2024/1226], der bei bestimmten Verstößen gegen EU-Sanktionen einen Bußgeldrahmen von bis zu 40 Mio. Euro vorsieht), sondern inzwischen immer häufiger auch umsatzbezogen bestimmt wird, wie zum Beispiel in § 81c GWB (zuvor § 81 Abs. 4 GWB a.F.), § 120 Abs. 17 ff. WpHG, Art. 83 Abs. 4 ff. DSGVO, § 24 Abs. 3 LkSG und wie sowohl von Art. 7 Abs. 3 der EU-Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 13. März 2024 (2021/0422) als auch von Art. 7 Abs. 2 a) i) und b) i) der EU-Richtlinie zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahme der Union (2024/1226) vorgesehen.

II.

Im Rahmen der Revision einer Leitungsperson gegen seine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 6. März 2024 die Entscheidung, dass diesem nach ordnungsgemäßer konkurrenzrechtlicher Bewertung weniger Taten vorzuwerfen sind als von dem Landgericht angenommen, auf das nebenbeteiligte Unternehmen in entsprechender Anwendung des § 357 S. 1 StPO erstreckt.

Der 1. Strafsenat erklärt in dieser Entscheidung ausdrücklich, dass wegen jeder rechtlich selbständigen Anknüpfungstat einer Leitungsperson eine gesonderte Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG gegen das Unternehmen zu verhängen ist. Vorschlägen der Literatur, dass bei tatmehrheitlichem Handeln einer Leitungsperson auch gegen den Verband nur eine Geldbuße verhängt werden kann, hat der 1. Strafsenat eine Absage erteilt. Diese verkennten, dass die Geldbuße nach dem Wortlaut des § 30 OWiG nicht an die gegen die Leitungsperson zu verhängende Strafe, sondern deren Taten anknüpfen. Ob das unter Umständen zu unverhältnismäßigen Unternehmensgeldbußen führen und wie dieser Gefahr zu begegnen sein könnte, führt der 1. Strafsenat nicht aus. Hierzu sah er sich möglicherweise nicht veranlasst, weil die erstinstanzlich festgesetzte Geldbuße gegen das Unternehmen lediglich 2.000 Euro pro Tat (und somit ursprünglich 34.000 Euro) betrug (BGH, Beschluss vom 28. November 2023 – 1 StR 308/23, Rn. 1 [juris]).

Die Entscheidung ist wohl nicht gänzlich überraschend, weil die Kumulation von Unternehmensgeldbußen bereits in einer Entscheidung des Kartellsenats nicht bemängelt wurde (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 – KRB 20/12, Rn. 86 = BGHSt 58, 158). Dass der 1. Strafsenat aber trotz der Verzehnfachung der Bußgeldrahmen des § 30 Abs. 2 OWiG durch die 8. GWG-Novelle, die erst nach dieser Entscheidung des Kartellsenats in Kraft trat, die Gefahr von potenziell unverhältnismäßigen Geldbußen überhaupt nicht problematisiert, vielleicht schon.

III.

Der aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Schuldgrundsatz gebietet es, dass die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters steht (st. Rspr.; BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 1979 – 2 BvL 4/77 = BVerfGE 50, 125, Rn. 32 [juris]; BVerfG, Beschluss vom 13. Februar 1973 – 2 BvL 8/71 = BVerfGE 34, 261, Rn. 27 [juris]; BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 – 2 BvR 794/95 = BVerfGE 105, 135, Rn. 71 [juris] m.w.N.). Dieselbe Anforderung ergibt sich aus dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit in Form des Übermaßverbots (BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 1979 – 2 BvL 4/77 = BVerfGE 50, 125, Rn. 32 [juris]; vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 – 2 BvL 43/92 = BVerfGE 90, 145, Rn. 123 [juris]).

Das gilt jedenfalls auch bei der Bemessung des Ahndungsteils von Unternehmensgeldbußen (allg. zu Ordnungswidrigkeiten: BVerfG, Beschluss vom 4. Februar 1959 – 1 BvR 197/53, Rn.

14 [juris] = BVerfGE 9, 167; BVerfG, Kammerbeschluss vom 4. September 1995 – 2 BvR 1106/94, Rn. 28 [juris]; BVerfG, Kammerbeschluss vom 24. März 1996 – 2 BvR 616/91, Rn. 53 [juris]; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 1990 – 1 BvL 4/87, Rn. 30 [juris] = BVerfGE 81, 228), auch wenn sich dort das Schuldprinzip nicht auf die Menschenwürde stützen kann (BVerfG, Beschluss vom 4. Februar 1959 – 1 BvR 197/53, Rn. 17 [juris] = BVerfGE 9, 167).

Die Frage, ob die Kumulation von Unternehmensgeldbußen mit verfassungsrechtlichen Vorgaben konfligiert, stellt sich nur, wenn nicht ohnehin nur eine Unternehmensgeldbuße verhängt werden darf. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Anknüpfungspunkt für die Unternehmensgeldbuße eine Daueraufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG ist (Göhler, wistra 1995, 300, 302; Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335, 1137 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1986 – KRB 5/86KG02.11.1984 = BeckRS 1986, 31177330; Göhler-Gürtler/Thoma, 18. Auflage 2021, § 130 OWiG Rn. 16; vgl. auch zu weiteren Ansätzen: BeckOK-Sackreuther, 42. Edition Stand: 01.01.2024, § 19 OWiG Rn. 21 ff. und Göhler, wistra 1995, 300, 302).

Sind jedoch mehrere Taten von Leitungspersonen Anlass für die Verhängung von Unternehmensgeldbußen, so lässt sich auf der einen Seite festhalten, dass nicht jede Anwendung des Kumulationsprinzips bei Unternehmensgeldbußen im Falle von in Zusammenhang zueinanderstehender Anknüpfungstaten von Leitungspersonen gegen diese verfassungsrechtlichen Vorgaben verstoßen wird. So dürfte eine Geldbuße, die wie in dem hier entschiedenen Sachverhalt im unteren fünfstelligen Bereich blieb, grundsätzlich nicht in Konflikt mit diesen Vorgaben geraten. Auf der anderen Seite wird aber jedenfalls bei besonders hohen Geldbußen für in Zusammenhang zueinanderstehender Anknüpfungstaten die strikte Anwendung des Kumulationsprinzips gegen diese verfassungsrechtlichen Vorgaben verstoßen können (vgl. hierzu insb. BayObLG NJW 1994, 2303, 2305).

Ungeklärt ist, wie ein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verfahrensrechtlich zu vermeiden ist. Dem oben skizzierten Vorschlag der entsprechenden Anwendung des Asperationsprinzips (§§ 53 f. StGB) lässt sich entgegenhalten, dass wegen des in § 20 OWiG angeordneten Kumulationsprinzips keine planwidrige Regelungslücke besteht, die für eine analoge Anwendung erforderlich wäre (ähnlich Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335, 1336).

Möglich ist es aber den verfassungsrechtlichen Vorgaben dadurch zu genügen, dass entweder einzelne Bußgeldverfahren durch Anwendung des Opportunitätsprinzips eingestellt werden (§ 47 OWiG; Göhler, wistra 1995, 300, 302; vgl. Gepert, NStZ 1996, 118, 119; vgl. Cordes/Reichling, NJW 2015, 1335, 1336 m.w.N.; KK-Mitsch, 5. Auflage 2018, § 20 OWiG Rn. 7; KK-Rogall, 5. Auflage 2018, § 30 OWiG Rn. 152; Göhler-Gürtler/Thoma, 18. Auflage 2021, § 20 OWiG Rn. 2; Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, 3. Auflage 2024, § 30 OWiG Rn. 108; vgl. BeckOK-Sackreuther, 42. Edition Stand: 01.01.2024, § 20 OWiG Rn. 7; vgl. auch OLG Braunschweig Urteil vom 28. Dezember 2023 – 9 U 103/22 = NZI 2024, 418, 420, Rn. 38 ff.), oder die parallelen Bußgelder jedenfalls mindernd bei der Festsetzung der einzelnen Bußgelder berücksichtigt werden

(§ 17 Abs. 3 OWiG; BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995 – KRB 33/95, Rn. 25 [juris] = BGHSt 41, 385; KK-Mitsch, 5. Auflage 2018, § 20 OWiG Rn. 3; Graf/Jäger/Wittig-Waßmer, 3. Auflage 2024, § 30 OWiG Rn. 108).

Fraglich ist allerdings, ob sich allgemein bestimmen lässt, in welchen Fällen kumulierte Unternehmensgeldbußen gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben verstoßen könnten.

Wird auch bei mehreren nebeneinander verhängten Bußgeldern insgesamt nicht der Bußgeldhöchststrafen, den § 30 OWiG schon für eine einzelne Unternehmensgeldbuße vorsieht (siehe dazu soeben I.), überschritten, so lässt sich nicht allein wegen der Höhe des Bußgeldes vertreten, dass das Bußgeld in keinem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stünde. Denn auch wenn das Kumulationsprinzip keine Anwendung fände, sondern eine Gesamtstrafe zu bilden wäre, dürfte die Einsatzstrafe das Strafmaß grundsätzlich ausschöpfen und dürfte dann noch erhöht werden.

Eine Höchstgrenze des Bußgeldes lässt sich möglicherweise aber aus dem Rechtsgedanken des § 54 Abs. 2 StGB ableiten, wonach eine Geldstrafe im Falle einer Gesamtstrafe höchstens 720 Tagessätze mit einem Höchsttagessatz von 30.000 Euro betragen darf. Die denkbar höchste Geldstrafe beträgt danach 21,6 Mio. Euro (720 x 30.000 Euro). Wenn schon

keine höhere Geldstrafe möglich ist, so lässt sich argumentieren, dass der Ahndungsteil der Geldbußen kumuliert, erst recht nicht höher sein darf. Diese Grenze von 21,6 Mio. Euro dürfte in der Praxis aber nur für wenige Unternehmen tröstlich sein.

Da § 30 OWiG bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von Leitungspersonen allein eine Geldbuße vorsieht, aber keine Liquidation des Unternehmens, darf der Ahndungsteil der Geldbuße auch nicht so hoch sein, dass das Unternehmen zur Geschäftsaufgabe gezwungen ist. Hierbei lässt sich auch auf den Rechtsgedanken des § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG abstellen, wonach bei der Bemessung der Geldbuße auch die wirtschaftlichen Verhältnisse entscheidend sind. Auch das ist in der Praxis für Unternehmen nur selten beruhigend.

Von diesen allgemeinen Grenzen abgesehen kommt es auf den Einzelfall an, ob die kumulierten Unternehmensgeldbußen gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verstoßen könnten. Grundsätzlich gilt, dass je mehr der Bußgeldrahmen ausgeschöpft und je weniger dies begründet wird – gerade auch mit Blick auf die Folgen einer strikten Anwendung des Kumulationsprinzips –, desto eher lohnt sich der Blick, ob die verfassungsrechtlichen Vorgaben überschritten worden sein könnten.

Rechtsanwalt Dr. David Ulrich, Düsseldorf

Die Versicherungsrechtliche Auskunftspflicht bei Strafrechtsschutzversicherungen

Beschluss des OLG Hamm v. 13.7.2023 – 20 U 64/22, r+s 2023, 1045 (mit Anm. Guntermann) = NZG 2024, 27; anhängig beim BGH – IV ZR 171/23

Einleitung

Das OLG Hamm stärkt mit seiner Entscheidung die Stellung der beschuldigten Organmitglieder gegenüber D&O- oder Strafrechtsschutzversicherern. Die versicherungsrechtliche Auskunftspflicht ist durch den Leistungszweck der Strafrechtsschutzversicherung begrenzt. Die Auskunftspflicht kann somit nicht dazu führen, dass die Auskünfte des versicherten Beschuldigten die zulässige Verteidigung beeinträchtigen. Dementsprechend steht dem Versicherer weder ein pauschales Akteneinsichtsrecht zu noch kann er den versicherten Beschuldigten zur vernehmungsfähigen Befragung auffordern.

Sachverhalt

Zugunsten seiner Organmitglieder unterhielt die GmbH eine D&O-Versicherung. Die D&O-Versicherung enthielt neben dem Haftpflichtversicherungsschutz für die Organmitglieder der GmbH einen Deckungsbaustein Strafrechtsschutz, der über eigene besondere Bedingungen verfügte. Der Strafrechtsschutz umfasste u.a. die Übernahme der Verteidigungskosten.

Wie üblich enthielten die Versicherungsbedingungen die Obliegenheit, den Rechtsschutzfall (hier: Einleitung des Ermittlungsverfahrens) unverzüglich anzuzeigen (sog. Anzeigepflicht) und die Obliegenheit, dem D&O-Versicherer die erfragten und für die Regulierung relevanten Umstände mitzuteilen (sog. Auskunftspflicht). Des Weiteren enthielt der D&O-Versicherungsvertrag den Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung.¹ Verletzt also das Organmitglied wissentlich seine Pflicht, muss der D&O-Versicherer auch keinen Strafrechtsschutz gewähren. Für die Organmitglieder vorteilhaft enthielten die Versicherungsbedingungen jedoch den Zusatz,

¹ Stets lohnt ein genauer Blick in die Versicherungsbedingungen, teilweise knüpft der Risikoausschluss an eine vorsätzliche Schadenverursachung, teilweise an eine wissentliche Pflichtverletzung (Schädigungsvorsatz ist nicht erforderlich) an.

„sofern Wissentlichkeit streitig ist, besteht vorläufiger Versicherungsschutz für die Abwehrkosten. Wird die Wissentlichkeit durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder Anerkenntnis einer versicherten Person festgestellt, ist diese zur Erstattung der Kosten verpflichtet.“²

Im März 2014 leitete das Finanzamt u.a. gegen den Kläger ein „Steuerstrafverfahren wegen des Verdachts, Straftaten gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1, 150 AO als Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB begangen zu haben, ein“³. Hiervon erfuhr der Kläger erst im Sommer 2016 und zeigte den Rechtsschutzfall dem beklagten D&O-Versicherer an. Der D&O-Versicherer erklärte daraufhin – nach Auffassung des OLG Hamm – vorläufigen Deckungsschutz⁴ und akzeptierte die Stundensätze des mandatierten Verteidigers.

Nachdem der Verteidiger des Klägers die Rechnung zur Kostenerstattung beim beklagten D&O-Versicherer einreichte, verweigerte dieser die Kostenübernahme wegen vermeintlicher Anzeige- und Auskunftsblienenverletzungen und wendete hilfsweise eine quotale Kürzung nach § 109 VVG ein, weil die Versicherungssumme erschöpft sei.

Weiterhin vollständiger Rechtsschutz?

Das OLG Hamm stellt klar, dass die Einwendungen des D&O-Versicherers⁵ keinen Erfolg haben. Weder lag eine zur Leistungskürzung berechtigende Obliegenheitsverletzung vor (Ziff. 3.1) noch bestand ein Kürzungsrecht (Ziff. 3.2).

Keine Obliegenheitsverletzung

Das OLG Hamm verneinte schon eine Obliegenheitsverletzung und stellte ergänzend klar, dass auch bei Annahme einer Obliegenheitsverletzung voller Rechtsschutz bestünde, weil jedenfalls keine arglistige Obliegenheitsverletzung vorliege und sich eine – unterstellte – Obliegenheitsverletzung nicht auf die Regulierung des Versicherers ausgewirkt hätte (Kausalitätsgegenbeweis).

Anzeigeobliegenheit

Das OLG Hamm verneint ohne genauere Begründung eine Verletzung der Anzeigeobliegenheit, da die Anzeige des Rechtsschutzfalls unverzüglich ab Kenntnis des Klägers erfolgt sei.⁶

Obwohl folglich schon keine Obliegenheitsverletzung vorlag und somit der Kausalitätsgegenbeweis mangels Obliegenheitsverletzung irrelevant war, prüfte und bejahte das OLG Hamm den Kausalitätsgegenbeweis.

Nach § 28 Abs. 3 S. 1 VVG (bzw. den entsprechenden Versicherungsbedingungen) ist der Versicherer selbst bei einer Obliegenheitsverletzung zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherte⁷ die Obliegenheit nicht arglistig verletzte und die Obliegenheitsverletzung „weder für den Eintritt oder die

Feststellung des Versicherungsfalles noch für die Feststellung oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers ursächlich ist“.

Keine Arglist

Nach Auffassung des OLG Hamm handelte der Kläger nicht arglistig.

Das OLG Hamm stellt unter Verweis auf die BGH-Rechtsprechung klar,

„Arglist verlangt über das Wollen der Obliegenheitsverletzung hinaus, dass das Verhalten des VN zumindest bedingt vorsätzlich darauf gerichtet ist, dem VR einen Nachteil zuzufügen“⁸

Für die Nachteilzuefügungsabsicht reicht aus, wenn sich der Versicherte

„bewusst ist, dass sein Verhalten den VR bei der Schadenregulierung möglicherweise beeinflussen kann“.⁹

Will der Versicherte jedoch keine Obliegenheit verletzen und die Anzeige des Versicherungsfalles verzögert sich etwa wegen Abstimmungsproblemen zw. dem versicherten Beschuldigten und den Verteidigern, scheidet Arglist aus.¹⁰

Kausalitätsgegenbeweis

Mangels Arglist wäre der Versicherer selbst bei unterstellter Obliegenheitsverletzung leistungspflichtig, weil sich die vermeintliche Obliegenheitsverletzung nicht auf die Regulierung des Versicherers auswirkte.

Den Kausalitätsgegenbeweis bejaht das OLG Hamm, weil der Versicherer nicht darlegen konnte, dass er „im Falle rechtzeitiger und zutreffender Unterrichtung irgendeine Maßnahme getroffen hätte, die zu einer Senkung der von ihm zu ersetzenden Kosten geführt hätte“.¹¹

Die Entscheidung zeigt damit exemplarisch auf, dass selbst eine verspätete Anzeige den Rechtsschutzanspruch meist nicht gefährdet.

² LG Paderborn, v. 17.01.2022, Az. 3 O 311/21, BeckRS 2022, 51995 (Vorinstanz).

³ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 3.

⁴ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1046, Rn. 17: die vom D&O-Versicherer erteilte Deckungszusage bindet als deklaratorisches Schuldanerkennnis grds. den D&O-Versicherer.

⁵ Nachfolgend nur noch Versicherer.

⁶ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1047, Rn. 17.

⁷ Bei D&O-Versicherungen unterliegt wie auch bei Unternehmens-Strafrechtsschutzversicherungen auch das Unternehmen selbst als Versicherungsnehmer den vertraglichen Obliegenheiten. Verletzt das Unternehmen zulasten eines versicherten Mitarbeiters eine Obliegenheit kann diese Obliegenheitsverletzung zu Schadenersatzansprüchen des Mitarbeiters führen.

⁸ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1047, Rn. 17.

⁹ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1048, Rn. 17.

¹⁰ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1048, Rn. 17.

¹¹ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1048, Rn. 17.

Auskunftsobliegenheit¹²

Das OLG Hamm verneint eine Verletzung der Auskunftsobliegenheit, weil der Leistungszweck der jeweiligen Versicherung die Auskunftsobliegenheit begrenzt, die verlangten Auskünfte den Versicherten unzumutbar belasten würden und der Versicherer über die verlangten Informationen verfügte.¹³

Leistungszweck der Strafrechtsschutzversicherung

Grundsätzlich ist die versicherungsrechtliche Auskunftsobliegenheit weit gefasst und verpflichtet den Versicherten auch dann zu einer wahrheitsgemäßen Antwort, wenn „bei wahrheitsgemäßer Auskunft Straftaten offenbart werden müssten“.¹⁴ Die versicherungsrechtliche Auskunftsobliegenheit ist jedoch durch den Leistungszweck der jeweiligen Versicherung begrenzt.¹⁵

Der Leistungszweck der Strafrechtsschutzversicherung (auch im Rahmen einer D&O-Versicherung) ist auf die „Finanzierung strafprozessual zulässigen Verteidigungsverhaltens im Ermittlungsverfahren“ gerichtet.¹⁶ Selbst die Verteidigung mit unwahren Einlassungen stellt ein zulässiges Verteidigungshandeln dar. Wäre nun der Versicherte verpflichtet, dem Versicherer während des laufenden Ermittlungsverfahrens die Prüfung des Risikoausschlusses der *wissentlichen Pflichtverletzung* und damit ggf. die Bejahung des Tatvorwurfs zu ermöglichen, wäre sein zulässiges Verteidigungshandeln gefährdet.

In diesem Sinne verpflichten sich die meisten Strafrechtsschutzversicherungen, bis zu einer rechtskräftigen Feststellung der wissentlichen Pflichtverletzung Rechtsschutz zu gewähren. Dem Versicherer steht nur nach rechtskräftiger Bejahung der wissentlichen Pflichtverletzung ein Rückforderungsrecht zu, um nicht durch eine frühzeitige Bejahung der wissentlichen Pflichtverletzung die Verteidigung zu gefährden. Während eines laufenden Ermittlungsverfahrens kann folglich der Versicherer keine Auskünfte verlangen, die der Prüfung des Risikoausschlusses der wissentlichen Pflichtverletzung dienen und somit ggf. die Bejahung des Tatvorwurfs ermöglichen.¹⁷ Der Versicherte muss somit gegenüber dem Versicherer nicht dazu ausführen, ob er „die ihm vorgeworfenen Taten begangen habe und dies wissentlich erfolgt sei“.¹⁸

Ebenso wenig steht dem Versicherer ein Weisungsrecht hinsichtlich der Verteidigungsstrategie zu, sodass auch Auskünfte zur Überprüfung der Verteidigungsstrategie nicht geschuldet sind.¹⁹

Des Weiteren bezieht sich die Auskunftsobliegenheit in einer Strafrechtsschutzversicherung nicht auf eine Zustimmung zur Einsichtnahme in die Ermittlungsakte, da das Einsichtsrecht allein den Verteidigern gem. § 147 Abs. 1 StPO zusteht.²⁰

Vielmehr fokussiert sich die Auskunftsobliegenheit nach erteilter Deckungszusage auf „Auskünfte und Unterlagen, die zur Prüfung des durch den Rechtsanwalt geltend gemachten Zeitaufwands erforderlich sind“.²¹

Unzumutbare Auskünfte

Das OLG Hamm stellt außerdem fest, dass die Herausgabe von Unterlagen, die gem. §§ 97 Abs. 1, 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO der vertraulichen Kommunikation zw. Verteidiger und Mandanten unterfallen, unzumutbar ist.²² Andernfalls droht, dass die Ermittlungsbehörden solche vertraulichen Unterlagen beim Versicherer beschlagnahmen könnten.

Aus diesem Grund (Gefahr einer Beschlagnahme beim Versicherer) sei es für den Versicherten auch unzumutbar, sich von dem Versicherer in einem persönlichen Gespräch vernehmen zu lassen.²³ Diese Argumentation des OLG Hamm greift jedoch zu kurz. Unabhängig von strafrechtlichen Ermittlungen dürfte es für den Versicherten meist unzumutbar sein, in einer meist konfrontativen Vernehmung Fragen des Versicherers beantworten zu müssen. Das Informationsbedürfnis des Versicherers kann zunächst auch durch die schriftliche Beantwortung von Fragen erfüllt werden. Demgegenüber kann (bzw. soll) die Drucksituation einer Vernehmung durch den Versicherer Widersprüche provozieren und kann damit die Leistungsfreiheit des Versicherers allein aufgrund der Vernehmungssituation begünstigen.

Kenntnis des Versicherers

Eine Auskunftsobliegenheit besteht auch dann nicht, wenn der Versicherer die Tatsache „bereits positiv kennt“.²⁴

Kausalitätsgegenbeweis

Selbst bei unterstellter Obliegenheitsverletzung sei der Versicherer leistungspflichtig, da dem Versicherten der Kausalitätsgegenbeweis gelingen würde.

Eine arglistige Verletzung der Auskunftsobliegenheit scheitert schon daran, dass der Versicherer „keine konkreten Informationen mehr nachgefragt hatte“ und das vermeintlich arglistige Verhalten nach der Rechnungsstellung erfolgte.²⁵

¹² Das OLG Hamm verwendet überwiegend den Begriff der „Unterrichtungsobliegenheit“, gebräuchlicher ist jedoch der Begriff der „Auskunftsobliegenheit“ (vgl. § 31 VVG). Der BGH stellt in ständiger Rechtsprechung klar, dass die Auskunftsobliegenheit nur besteht, soweit der Versicherer entsprechende Informationen verlangt (BGH r+s 2011, 421, Rn. 2).

¹³ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1048, Rn. 17.

¹⁴ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 28.

¹⁵ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 28.

¹⁶ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1048, Rn. 17.

¹⁷ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1048, Rn. 17.

¹⁸ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 46.

¹⁹ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1049, Rn. 17.

²⁰ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1049, Rn. 17.

²¹ Guntermann, r+s 2022, 442, 446; so auch: OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 43.

²² OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1049, Rn. 17, Rn. 37 f. Das OLG Dresden stellte ergänzend klar, dass auch die Auskunftserteilung wegen unverhältnismäßigem Zeitaufwand oder erheblichen Kosten unzumutbar sein kann (VersR 2023, 43, 47).

²³ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 36 ff.

²⁴ BGH, NJW 2007, 2700, Rn. 13 f.

²⁵ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1049 f., Rn. 17,

Eine Auskunftsobliegenheit besteht nach der Rechtsprechung des BGH nur, soweit der Versicherer entsprechende Auskünfte verlangt.²⁶

Das OLG Hamm macht in seiner Entscheidung klar, dass den Versicherer eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Kausalität zw. Auskunftsobliegenheitsverletzung und Regulierung trifft. Der Versicherer muss darlegen (was ihm im konkreten Fall nicht gelang),

„welche Informationen bzw. deren frühere Erteilung aus welchen Gründen zu einer Reduzierung des Umfangs ihrer Leistungspflicht – soweit die streitgegenständliche Honorarforderung betreffen – hätten führen können“.²⁷

Kein Kürzungsrecht nach § 109 VVG

Die vorliegenden Bedingungen lassen wie die meisten D&O- und Strafrechtsschutzversicherungen offen, wie die Versicherungssumme zu verteilen ist, wenn mehrere Versicherte Rechtsschutz erhalten und die Rechtsschutzkosten die Versicherungssumme übersteigen.

Dem Versicherer steht jedenfalls kein Kürzungsrecht nach § 109 VVG zu. Nach § 109 VVG sind bei unzureichender Versicherungssumme die begründeten Haftungsansprüche mehrerer Geschädigter quotal zu befriedigen.

Eine direkte Anwendung des § 109 VVG scheitert schon daran, dass § 109 VVG Haftungsansprüche mehrerer Geschädigter voraussetzt.²⁸ Abwehrkosten oder im Rahmen einer Deckungserweiterung anfallende Verteidigungskosten eröffnen nicht den Anwendungsbereich des § 109 VVG, weil die versicherten Personen einer D&O-Versicherung keine geschädigten Dritten im Sinne von § 109 VVG sind.²⁹

Auch eine analoge Anwendung scheidet aus, da § 109 VVG der Sozialbindung der Haftpflichtversicherung folgend dem Schutz der geschädigten Dritten als Haftungsgläubiger dient.³⁰ Darüber hinaus würde ein komplexes und zeitintensives Verteilungsverfahren nach § 109 VVG den Schutzzweck des Strafrechtsschutzes (Finanzierung der zulässigen Verteidigung) unterlaufen.³¹

Fazit

Das OLG Hamm stellt sich in begrüßenswerter Weise den im Markt üblichen Einwendungen einiger D&O- und Strafrechtsschutzversicherer entgegen. Sollte der BGH die Rechtsaufassung des OLG Hamm bestätigen, wird den Versicherern der Einwand der Anzeige- und Auskunftsobliegenheitsverletzung nur noch schwer gelingen, wenn die Versicherungsbedingungen Strafrechtsschutz bis zur rechtskräftigen Feststellung einer wissentlichen Pflichtverletzung gewähren. Insbesondere können Versicherer keine Auskünfte verlangen, die die effektive strafrechtliche Verteidigung gefährden. Folglich steht den Versicherern kein Vernehmungs- oder Akteneinsichtsrecht zu. Auch die Herausgabe von strafprozessual geschützter Verteidigerkommunikation ist nicht erforderlich, um die Auskunftsobliegenheit zu erfüllen.

Darüber hinaus sollte der BGH klarstellen, dass im Rahmen des Rechtsschutzes § 109 VVG unanwendbar ist.

²⁶ BGH r+s 2011, 421, Rn. 2.

²⁷ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, 1050, Rn. 17,

²⁸ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 50 ff.

²⁹ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 59.

³⁰ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 61.

³¹ OLG Hamm, r+s 2023, 1045, Rn. 69.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Wichtige Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Ausschließung eines Staatsanwalts – §§ 22 ff. StPO

Staatsanwälte unterliegen nicht den Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen. Weder dem Gericht noch einem sonstigen Verfahrensbeteiligten steht das Recht zu, einen Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in einem förmlichen innerprozessualen Verfahren wegen Befangenheit abzulehnen. Sie können lediglich bei dessen Vorgesetzten darauf hinwirken, dass dieser ihn auf Grundlage des § 145 GVG durch einen anderen ersetze; wird der Staatsanwalt nicht ersetzt, ist die Hauptverhandlung

fortzusetzen. Die Besorgnis, der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sei befangen, kann im Einzelfall die Revision des Angeklagten begründen. Insoweit sind aber strenge Maßstäbe anzulegen. Verletzt ein Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derartig schwer und nachhaltig, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt, so ist dessen Recht auf ein faires und justizförmiges Verfahren verletzt. Die Selbsteinschätzung einer Staatsanwältin im Plädoyer, sie sei unter anderem „bei Vorwürfen sexualisierter Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen und im konkreten Fall befangen“, ist zwar rechtlich bedenklich, begründet unter Beachtung der zu beachtenden strengen Maßstäbe aber noch kein gravierenden Verfahrensfehler, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen muss.

BGH. Beschl. v. 18.1.2024 – 5 StR 473/23, NSTZ-RR 2024, 252

Zu der Problematik s. bereits BVerfG, Beschl. v. 16.4.1969 – 2 BvR 115/69, NJW 1969, 1104, sowie BGH, Urt. v. 25.9.1979 – 1 StR 702/78, NJW 1980, 845.

2. Verwertung früherer Aussagen bei vorliegendem Aussageverweigerungsrecht – § 52 StPO

Gestattet ein Zeuge trotz Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts aus § 52 Abs. 1 StPO die Verwertung früherer Aussagen, so kann er dies nicht auf einzelne Vernehmungen beschränken. Ein Teilverzicht führt vielmehr dazu, dass sämtliche früheren Angaben – mit Ausnahme richterlicher Vernehmungen nach Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht – unverwertbar sind.

BGH, Beschl. v. 18.10.2023 – 1 StR 222/23, NJW 2024, 909. Krit. hierzu Wohlers, JR 2024, 373.

3. Beweismittel in grenzüberschreitenden Strafverfahren (EnroChat) – § 100a StPO, RL 2014/41/EU

Eine Europäische Ermittlungsanordnung (EAA), die auf die Übermittlung von Beweismitteln gerichtet ist, kann von einem Staatsanwalt erlassen werden, sofern eine solche Anordnung alle Voraussetzungen erfüllt, die gegebenenfalls nach dem Recht des Anordnungsstaats für die Übermittlung solcher Beweismittel bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt vorgesehen sind. Im Rahmen eines Strafverfahrens sind Informationen und Beweismittel unberücksichtigt zu lassen, wenn der Beschuldigte nicht in der Lage ist, sachgerecht hierzu Stellung zu nehmen, und diese Umstände geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen.

EuGH, Ur. v. 30.4.2024 – C-670/22 (MN), NJW 2024, 1723 m. krit. Anm. Gaede. S. weiter erschöpfend Meyer-Mews, HRRS 2024, 191.

4. Inhaltliche Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss betreffend einen Beschuldigten – § 102 StPO

Erlaubt der vom Ermittlungsrichter erlassene Durchsuchungsbeschluss allgemein die Suche nach der „Kommunikation des Beschuldigten“ sowie „aller Unterlagen in elektronischer Form, insbesondere auf den von dem Beschuldigten genutzten stationären und mobilen Laptops, PCs, Handys pp.“, entspricht dies nicht den gesetzlichen Vorgaben. Eine derartige Durchsuchungsanordnung ist unverhältnismäßig zu weit gefasst und genügt der verfassungsrechtlich gebotenen Begrenzungsfunktion derartiger Beschlüsse nicht. Durch die gewählten Formulierungen wird der Durchsuchungsumfang und damit der Schutz der Privatsphäre zu weitgehend in das Ermessen der mit der Durchsuchung beauftragten Beamten gestellt. Bei dem Beschuldigten handelte es sich um den Präsidenten der Handwerkskammer des Saarlandes, gegen den die Staatsanwaltschaft u.a. aufgrund von Feststellungen des Saarländischen Landesrechnungshofes wegen des Verdachts der Untreue (§ 266 StGB) ermittelte. Da er überdies noch Abgeordneter des Saarländischen Landtags war, sah das Gericht in der weitgefassten Formulierung des Beschlusses überdies eine ungerechtfertigte Gefährdung des für die Aufgaben eines Landtagsabgeordneten unverzichtbaren Vertrauensverhältnis, das im Einzelfall zwischen ihm und

Dritten zustande kommt. Die weitergehende Beschwerde des Beschuldigten, der zusätzliche unerlaubte Eingriffe ist seine Rechte als Abgeordneter rügte, blieb indes erfolglos.

SaarlVerfGH, Ur. v. 21.6.2024 – Lv 3/23, n.v. Die Entscheidung lässt indes in weiten Teilen eine Auseinandersetzung mit der Praxis des Ermittlungsverfahrens vermissen. Zur Begrenzungsfunktion vgl. Hadamitzky, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 5. Aufl. 2023, § 102 Rn. 21 m.w.N.

5. Inhaltliche Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss betreffend einen Nichtbeschuldigten – § 103 StPO

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist ein Durchsuchungsbeschluss zu begründen. Dazu muss er den Tatvorwurf und die gesuchten Beweismittel so beschreiben, dass der äußere Rahmen der durchzuführenden Zwangsmaßnahme absteckt. Die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, muss so genau umschrieben werden, wie dies nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist. Hierzu gehören stets die wesentlichen Merkmale des verfahrensgegenständlichen Straftatbestandes. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn Vorwürfe der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) im Raum stehen. Das gleichfalls im Steuerstraßverfahren zu beachtende Steuergeheimnis (§ 30 AO) steht dem nicht entgegen, auch wenn bei einem entsprechenden Tatverdacht ein Beschluss knapp formuliert werden kann, im Zweifel Angaben zum Sachverhalt kurz gehalten werden können und u.U. ganz entfallen dürfen.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 4.8.2023 – 12 Qs 57/23, wistra 2024, 260 m. krit. Anm. Webel. S. zudem etwa BVerfG, Beschl. v. 19.4.2023 – 2 BvR 2180/20, NStZ-RR 2023, 216.

6. Durchsuchung bei einem Berufsgeheimnisträger nach Schweigepflichtentbindung – § 103 StPO

Die Entbindung eines Berufsgeheimnisträgers von der Schweigepflicht ist unteilbar. Er und seine Mitarbeiter können dementsprechend nur gemeinsam entbunden oder nicht entbunden werden. Weigert der Berufsgeheimnisträger eine Aussage trotz einer vorliegenden wirksamen Entbindungserklärung, ist die umgehende Durchsuchung seiner Praxisräume und die Beschlagnahme auch seiner Handakten zulässig. Die Gewährung einer Abwendungsbefugnis im Durchsuchungsbeschluss nach § 103 StPO ist entbehrlich, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der Betroffene zur freiwilligen Mitwirkung nicht bereit ist und Verdunkelungsmaßnahmen zu besorgen sind. Während der so angeordneten Durchsuchung kann überdies gegenüber dem Zeugen eine Telefonsperre verhängt werden; die Befugnis hierzu ergibt sich nach Meinung der Kammer aus einer Annexkompetenz zu § 105 StPO. Auch ist gegenüber dem betroffenen Zeugen die Anordnung ohne weiteres zulässig, das Gerichtsgebäude einstweilen – bis zum Abschluss der Durchsuchungsmaßnahme – nicht zu verlassen. Denn nach § 248 S. 1 StPO darf sich auch ein bereits vernommener Zeuge nur mit Genehmigung oder auf Anweisung des Vorsitzenden von der Gerichtsstelle entfernen. Soweit erforderlich, kann diese Anordnung auch zwangsweise in analoger Anwendung des

§ 231 Abs. 1 S. 2 StPO durchgesetzt werden. Die Schweigepflicht des Berufsangehörigen besteht im Übrigen zugunsten des Mandanten und nicht dazu, etwaige eigene Fehler oder Versäumnisse bei der Mandatsbearbeitung zu verdecken.

LG Nürnberg/Fürth, Beschl. v. 8.5.2024 – 12 Qs 1/24, NJW-Spezial 2024, 378. Krit. hierzu Merschmüller, FD-StrafR 2024, 811766. Ausführlich zu der Entscheidung Wegner, PStR 2024, 176.

7. Notwendiger Inhalt der Anklageschrift bei faktischer Geschäftsführung – § 200 StPO

Um eine faktische Geschäftsführung zu belegen, genügt die bloße Beschreibung umfangreicher Tätigkeiten des Beschuldigten, der im Unternehmen als Prokurist tätig ist, in einer Anklageschrift dann nicht, wenn es sich um Aktivitäten handelt, die von einer Prokura üblicherweise umfasst sind. Das bloße Vorhandensein einer Kontovollmacht reicht gleichfalls nicht aus, weil diese einem Prokuristen üblicherweise erteilt wird und daher keine besonderen Verdachtsmomente begründet.

LG Chemnitz, Beschl. v. 15.2.2024 – 4 Qs 424/23, wistra 2024, 306.

8. Anforderung an die Darstellung eines Urteils wegen Steuerhinterziehung – § 337 StPO

Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung müssen die steuerlich erheblichen Tatsachen festgestellt sein. Dazu gehören insbesondere diejenigen Parameter, die maßgebliche Grundlage für die Steuerberechnung sind. Es reicht bspw. nicht aus, dass ein Urteil lediglich zu Unrecht geltend gemachten Werbungskosten mitteilt und sich anschließend beschränkt auf den Hinweis beschränkt, das Gericht es habe in der Hauptverhandlung die Steuerberechnung der Finanzverwaltung verlesen und nachvollzogen.

BGH, Beschl. v. 4.4.2024 – 1 StR 14/24, n.v. Zust. Schwerdtfeger, jurisPR-StrafR 10/2024, Anm. 3.

9. Akteneinsicht an öffentliche Stellen – § 474 StPO

Die Staatsanwaltschaft ist nach § 474 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 480 Abs. 1 S. 1 StPO berechtigt, einer Kassenärztlichen Vereinigung zur Prüfung eines möglichen Fehlverhaltens und zur Prüfung der Abrechnung ihres Mitglieds Ablichtungen aus der Strafakte zu übermitteln. Dies gilt auch, wenn das Strafverfahren nach § 153 Abs. 2 StPO eingestellt wurde. Die Übermittlung von Ablichtungen von mehreren von der Ermittlungsbehörde ausgewählten Aktenstücken stellt keine Akteneinsicht nach § 474 Abs. 3 StPO, sondern lediglich eine Auskunft nach § 474 Abs. 2, § 478 StPO dar.

BayObLG, Beschl. v. 29.1.2024 – 203 VAs 532/23, StraFo 2024, 227. Zust. Lubini, jurisPR-StrafR 11/2024, Anm. 3. Zum Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht einerseits und der Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, das Steuergeheimnis zu wahren, s. ausführlich Wenzel, PStR 2024, 158.

10. Akteneinsichtsrecht für Dritte – § 475 StPO

Ein Verteidiger kann auf der Grundlage des § 475 StPO nicht Akteneinsicht in einem parallelen Strafverfahren verlangen, sofern dessen verfahrensgegenständlichen Sachverhalte keine Bezüge zu den gegen seinen Mandanten erhobenen Vorwürfen haben. Derartige Bezüge bestehen auch nicht, wenn die Verfahren aus einem zuvor einheitlich geführten Ermittlungsverfahren abgetrennt wurden. Eine Aufdehnung des Aktenbegriffs mit der Folge der Erstreckung auf das Ursprungsverfahren ist nicht geboten. Anders ist die Frage nur zu beurteilen, wenn es sich um parallele Verfahren mit entsprechenden Tatvorwürfen in einem untrennbar verwobenen Gesamtkomplex handelt.

AG Köln, Beschl. v. 17.11.2023 – 503 Gs 3401/23 213 Js 375/17, wistra 2024, 262. Zum möglichen Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Akteneinsicht und dem Steuergeheimnis (§ 30 AO) vgl. aktuell Wenzel, PStR 2024, 181.

II. Materielles Strafrecht

1. Beihilfe zur Untreue bzw. zum Bankrott durch Rechtsanwalt – §§ 27, 266, 283 StGB

Ein Rechtsanwalt kann durch das Zur-Verfügung-Stellen eines Anderkontos Beihilfe zur Untreue und zum Bankrott begehen. In der entschiedenen Sache hatte der Rechtsbeistand dem faktischen Organ einer GmbH & Co KG bzw. deren Komplementär-GmbH das Beiseiteschaffen von Unternehmensvermögen durch Geldtransfers auf und von einem Anwaltsanderkonto ermöglicht, wobei sich die Unternehmen für den Betroffenen erkennbar in einer Krisensituation befanden. Ob sog. „berufstypische Handlungen“ als strafbare Beihilfehandlungen zu werten sind, hängt nach der st. Rspr. des BGH von der im jeweiligen Einzelfall zu prüfenden Kenntnis des handelnden Berufsträgers ab.

BayObLG, Beschl. v. 17.4.2024 – 203 StRR 141/24, wistra 2024, 394

2. Voraussetzungen eines Berufsverbots – § 70 StGB

Voraussetzung für ein Berufsverbot ist die Verurteilung wegen einer rechtswidrigen Tat, die der Betroffene unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen hat. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Täter unter bewusster Ausnutzung beruflicher Aufgaben Zwecke verfolgt, die diesen zuwiderlaufen. Ein bloßer äußerer Zusammenhang in dem Sinne, dass der Beruf dem Täter lediglich die Möglichkeit gibt, Straftaten zu begehen, reicht nicht aus. Die strafbare Handlung muss viel-mehr Ausfluss der jeweiligen Berufs- oder Gewerbetätigkeit selbst sein und einen berufstypischen Zusammenhang erkennen lassen; sie muss symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters im Beruf erscheinen. Eine Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Obliegenheiten ist nur zu bejahen, wenn der Täter bei Tatbegehung gegen eine der speziellen Pflichten verstößt, die ihm bei der Ausübung seiner Tätigkeit auferlegt sind. Auch

hierfür bedarf es eines berufstypischen Zusammenhangs. Füllt der Beschuldigte lediglich Antragsformulare mit vom eigentlichen Antragsteller bereitgestellten Daten aus, muss diese Konnexität stets zureichend belegt werden, um ihm die selbständige Ausübung buchhalterischer Tätigkeiten bzw. deren Wahrnehmung im Angestelltenverhältnis nach § 70 StGB untersagen zu können.

BGH, Beschl. v. 10.4.2024 – 5 StR 578/23, NStZ-RR 2024, 242. S. bereits BGH, Beschl. v. 19.11.2019 – 1 StR 364/19, NStZ-RR 2020, 75.

3. Geldwäsche und Auslandstat – § 261 StGB

§ 261 StGB weist als abstraktes Gefährdungsdeldikt keinen inländischen Erfolgsort im Sinne von § 9 Abs. 1, 2. Var. StGB auf. Tatort ist daher alleine der Ort, an dem der Beschuldigte gehandelt hat. Liegt dieser im Ausland, setzt die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach § 7 Abs. 1 StGB als Geschädigten eine natürliche Person voraus, die Deutscher im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG ist, mithin die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 1 StAG) besitzt. Ist lediglich eine juristische Person geschädigt, findet das deutsche Strafrecht keine Anwendung.

BGH, Beschl. v. 17.7.2024 – 2 ARs 220/24, n.v.

4. Tatbeendigung bei Kapitalanlagebetrug – § 264a StGB

Eine Tat ist i.S.d. § 78a Satz 1 StGB beendet, wenn der Täter das Tatunrecht in vollem Umfang verwirklicht hat. Dies beim Kapitalanlagebetrug der Fall, wenn die zu den Anlageangeboten erstellten Prospekte einem größeren Kreis von Personen zugänglich gemacht worden sind. Tatbestandsmäßig können daher auch erfolglose Werbemaßnahmen sein; der Eintritt eines Schadens ist nicht erforderlich, weil es sich bei § 264 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdeldikt handelt.

BGH, Beschl. v. 27.6.2024 – 6 StR 16/14, n.v.

5. Untreue bei der Vereinbarung von Schmiergeldzahlungen – § 266 StGB

Bei der Vereinbarung von Schmiergeldern im geschäftlichen Verkehr liegt regelmäßig ein Nachteil i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB nahe, weil der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können. Ein derartiger Nachteil ist anzunehmen, wenn ein Vermögensbetreuungspflichtiger die Erteilung eines Auftrags von der Zahlung eines Schmiergelds abhängig macht und der Vertragspartner dem Treugeber zur Finanzierung des Schmiergelds einen um diesen Betrag erhöhten Preis in Rechnung stellt. Gleiches gilt, wenn zwar ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht feststellbar ist, der Vertragspartner aber bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um das Schmiergeld gekürzten Betrag zu erbringen und der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat.

BGH, Ur. v. 3.7.2024 – 2 StR 453/23, n.v. S. zudem BGH, Ur. v. 10.7.2013 – 1 StR 532/12, wistra 2014, 18 m. Anm. Brand, NJW 2023, 3594, sowie BGH, Ur. v. 29.6.2006 – 5 StR 485/05, wistra 2006, 386.

6. Beitragsvorenthaltung – § § 266a StGB

a) Arbeitgeberbegriff

Der Begriff des Arbeitgebers ist regelmäßig nach Maßgabe des Sozialversicherungsrechts zu bestimmen. Persönlich haftende Gesellschafter rechtsfähiger Personengesellschaften sind als solche grundsätzlich keine Beschäftigten i.S.d. § 7 SGB IV. Hauptkriterium für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ist insbesondere die Weisungsgebundenheit der Beschäftigten gegenüber dem Arbeitgeber. Eine solche Weisungsgebundenheit ist bei gesellschaftsrechtlicher Mitwirkung der einzelnen Gesellschafter auch dann abzulehnen, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter bestimmt wurde.

LG Nürnberg-Fürth, Besch. v. 28.3.2024 – 12 KLs 504 Js 1820/21, ZWH 2024, 135 m. Anm. Lange/Mönicke. Zust. Reuter, jurisPR-StrafR 9/2024, Anm. 4. S. in diesem Zusammenhang noch Bertheau, NJW 2020, 664.

b) Verantwortlichkeit von Strohleuten

Meldet ein Strohmann ein Gewerbe an und eröffnet er ein Konto für einen als faktischen Leiter des Gewerbes agierenden und Steuern und Gesamtsozialversicherungsbeiträge verkürzenden Hintermann, lässt sich hierauf nicht zwangsläufig der Vorwurf der Beihilfe (§ 27 StGB) zu dessen Taten stützen. Allein das Wissen von Strohleuten darum, nur deshalb als formelle Inhaber von Einzelunternehmen eingesetzt worden zu sein, weil ein Familienangehöriger nicht (mehr) formeller Inhaber oder Geschäftsführer eines Unternehmens sein kann, rechtfertigt für sich allein nicht die Annahme, die Strohleute hätten billigend in Kauf genommen, dass der Familienangehörige seinen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommen würde.

LG Nürnberg-Fürth, Besch. v. 25.4.2024 – 18 KLs 502 Js 2487/21, 18 KLs 502 Js 2133/16, ZInsO 2024, 1497 m. Anm. Weyand.

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

1. Bemessung einer Geldbuße (hier: „Süßwarenkartell“) – § 17 OWiG

Liegen mehrere Verstöße gegen bußgeldbewehrte Bestimmungen vor, die in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen und durch eine Grundabsprache zu einer Bewertungseinheit verknüpft sind, ist die betreffende Tat erst mit Abschluss der letzten Zuwiderhandlung beendet. Der konkret anzuwendende Bußgeldrahmen richtet sich nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Gesetz.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2023 – V-6 Kart 9/19 (OWi), NZKart 2024, 265. Zu der Entscheidung s. Jahn/Schmitt-Leonardy, wistra 2024, 309.

2. Verbandsgeldbuße – § 30 OWiG

Wegen jeder rechtlich selbständigen Anknüpfungstat ist eine gesonderte Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG zu verhängen. Zwar wird teils die Auffassung vertreten, bei tatmehrheitlichem Handeln einer Leitungsperson, an deren Verurteilung die Verbandsgeldbuße anknüpft, mit Blick auf die gegen sie zu verhängende Gesamtstrafe (§ 53 StGB) könne auch gegen den Verband nur eine Geldbuße verhängt werden. Nach Auffassung des Senats wird dort aber verkannt, dass die Geldbuße nach dem Wortlaut des § 30 OWiG nicht an die gegen die Leitungsperson zu verhängende Strafe, sondern an deren Tat(en) anknüpft.

BGH, Urt. v. 6.3.2024 – 1 StR 308/23, StraFo 2024, 274. Der Entscheidung zust. Gehm, AO-StB 2024, 169, sowie Pelz, jurisPR-Compl 4/2024, Anm. 3. Krit. indes Schwerdtfeger, jurisPR-StrafR 10/2024, Anm. 3. S. noch Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2024, 377.

3. Unterbrechung der Verfolgungsverjährung bei Steuerordnungswidrigkeiten und Ablaufhemmung – § 33 OWiG, § 171 Abs. 7 AO

Die steuerliche Festsetzungsfrist beträgt – mit Ausnahme für Verbrauchsteuern bzw. Verbrauchsteuervergünstigungen – vier Jahre (§ 169 Abs. 1 AO). In Fällen der leichtfertigen Steuerverkürzung (§ 378 AO) bzw. der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) gilt eine Frist von fünf bzw. zehn Jahren, § 169 Abs. 2 AO. Deren Ablauf kann durch verschiedene Umstände, die in § 171 AO zusammengefasst sind, gehemmt werden. U.a. endet die Festsetzungsfrist nicht, bevor straf- bzw. bußgeldrechtlich Verfolgungsverjährung eingetreten ist, § 171 Abs. 7 AO. Der BFH hatte über die Frage zu entscheiden, wie eine Verjährung im Bußgeldverfahren unterbrochen werden kann. Hiernach gilt, dass nur Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnungen der Bußgeldbehörde (§ 35 OWiG) oder des Richters die Verfolgungsverjährung unterbrechen (§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 OWiG), nicht aber Anordnungen der Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, wie etwa Beamten der Steuerfahndung, die nach § 53 Abs. 2 OWiG selbst Ermittlungsmaßnahmen – auch Durchsuchungen – initiieren können. Durchsuchungsanordnungen müssen angesichts ihrer Grundrechtsrelevanz überdies inhaltliche Mindestanforderungen erfüllen. Hierzu gehören tatsächliche Angaben zum Tatvorwurf sowie Angabe der Art und des denkbaren Inhalts der Beweismittel, denen die Durchsuchung gilt. Sind diese inhaltlichen Mindestanforderungen nicht erfüllt, hat ein Durchsuchungsbeschluss keine verjährungsunterbrechende Wirkung. Das FG muss im Einzelfall Feststellungen dazu treffen, ob diese Standards erfüllt sind; sie dürfen nicht als gegeben unterstellt werden. Sind solche Feststellungen nicht möglich, etwa weil – wie im Streitfall – die Ermittlungsakten wegen Zeitablaufs bereits vernichtet wurden, geht dies zu Lasten der Finanzbehörde.

BFH, Urt. v. 31.1.2024 – X R 7/22, NJW 2024, 2493 m. zust. Anm. Reddig, AO-StB 2024, 262, und Holzner, DStRK 2024, 251. Differenzierend hierzu Peters/Joosten, GmbHR 2024, 999.

IV. Zivilrechtliche Entscheidung mit potentieller strafrechtlicher Relevanz

1. Haftung des faktischen Geschäftsführers – § 823 BGB

Auch der faktische Geschäftsführer eines Unternehmens, welches ohne Genehmigung der BAFIN Bankgeschäfte bzw. Finanzdienstleistungen anbietet, kann aufgrund seiner Stellung gegenüber den geschädigten Anlegern haften. Zur Beurteilung der Frage, ob jemand wie ein „echtes“ Organmitglied gehandelt hat, kommt es auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens an. Es ist dabei nicht erforderlich, dass der Handelnde die gesetzliche Geschäftsführung völlig verdrängt. Entscheidend ist vielmehr, dass er die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat. Entscheidend ist mithin, ob und welche „Führungsaufgaben“ der faktische Geschäftsführer wahrgenommen hat sowie das Ausmaß und die Intensität der von ihm übernommenen Unternehmensführung. Ein Gesellschafter kann nicht schon deshalb zum faktischen Geschäftsführer werden, weil er die Grundzüge der Unternehmenspolitik (mit-)bestimmt oder auf die Auswahl und Einstellung leitender Angestellter maßgeblichen Einfluss ausübt. Denn diese Aktivitäten sind zwar wirtschaftlich betrachtet originäre Führungs- bzw. Managementaufgaben. Sie obliegen aber rechtlich gesehen auch bzw. primär der Gesellschafterversammlung. Gegenüber dem formell bestellten Organ muss der faktische Geschäftsführer jedenfalls eine überragende Stellung in der Gesellschaft einnehmen oder zumindest das deutliche Übergewicht haben; nicht ausreichend ist es dagegen, dass neben einem bestellten Organ gleichberechtigt eine weitere Person agiert.

OLG Köln, Urt. v. 23.11.2024 – 24 U 69/23, ZWH 2024, 180. S. zu der Entscheidung Schulteis, ZWH 2024, 164, Hedenkamp, BKR 2024, 330, sowie Leuring/Hubner, NJW-Spezial 2024, 113. Vgl. aktuell zur Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung Reinhart, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, § 15a InsO Rn. 22 m.w.N., sowie Brechtel/Weidlich, GmbHR 2024, 461. Differenzierend bereits Weyand, ZInsO 2015, 1773.

Im entschiedenen Fall ließ das OLG offen, ob die Beklagte als faktisches Organ des Finanzdienstleisters anzusehen ist, bejahte deren Haftung vielmehr wegen der fehlenden Genehmigung durch die BAFIN auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 32, 54 KWG.

2. Beweiswürdigung – Unverwertbarkeit eines Zahlungsunfähigkeitsgutachtens nach Vernichtung von Unterlagen – § 286 ZPO

Werden Teile der von einem Sachverständigen zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit herangezogenen Geschäftunterlagen des Schuldners nach Erstellung des Gutachtens unmittelbar an den Insolvenzverwalter zurückgegeben und sodann von ihm vernichtet, ist das Gutachten nicht verwertbar, wenn der verklagte Geschäftsführer und das Gericht diese nicht zuvor prüfen konnten. Gewährt der Insolvenzverwalter während seines gegen den Geschäftsführer des Schuldners betriebenen Haftungsprozesses diesem auf sein Verlangen hin keine Einsicht in Geschäftunterlagen, die für dessen Rechtsverteidigung potentiell relevant sind, und lässt er sie sodann vernichten, kann dies zu Lasten des Insolvenzverwalters als Beweisvereitelung gewertet werden.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.5.2024 – 12 U 3/21, ZInsO 2024, 1596. Zust. Straubmeier/Nitschmann, FD-InsR 2024, 815429. Nach allg. Auffassung ist ein Sachverständigengutachten unverwertbar, wenn der Sachverständige die wesentlichen tatsächlichen Grundlagen seines Gutachtens nicht offenlegt; vgl. grundlegend etwa BVerfG, Beschl. v. 7.4.1997 – 1 BvR 587/95, NJW 1997, 1909, sowie BGH, Beschl. v. 16.9.2014 – VI ZR 118/13, VersR 2015, 338.

3. Verjährung im handelsrechtlichen Ordnungsgeldverfahren – § 335 HGB

Bei dem gemäß § 335 Abs. 1 HGB mit einem Ordnungsgeld belegten Pflichtenverstoß der nicht rechtzeitigen Offenlegung von Jahresabschlüssen handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt. Es liegt demgemäß vor, wenn eine gesetzliche Verpflichtung zu einer Handlung besteht, diese jedoch unterlassen und dadurch der Tatbestand erfüllt wird. Die Verfolgungsverjährung in den Ordnungsgeldverfahren nach § 335 HGB beträgt gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 EGStGB zwei Jahre. Der Lauf der Verjährung beginnt erst, wenn die Pflicht zum Handeln entfällt; solange sie noch besteht, kann dies die Verjährungsfrist nicht auslösen. Mit einer teilweisen oder mangelhaften Erfüllung der Offenlegungspflicht gemäß § 325 Abs. 1 HGB, etwa durch einen fehlgeschlagenen Ermittlungsversuch, ist die Handlung nicht im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Satz 3 EGStGB beendet. Das Ordnungsgeld wird durch Zeitablauf nicht verwirkt, auch wenn zwischen dessen Androhung und seiner Festsetzung ein Zeitraum von circa zwei Jahren verstrichen ist.

OLG Köln, Beschl. v. 3.4.2024 – I-28 Wx 1/24, ZWH 2024, 209. Der Entscheidung zust. Zwirner/Vodermeier, BC 2024, 353. Allgemein zu dem Ordnungsgeldverfahren vgl. etwa Kaufmann/Kurpat, MDR 2014, 1, sowie Kuntze-Kaufhold, GmbHR 2015, 1177.

REZENSIONEN

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

Svenja Jutta Luise Karl: Die Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen. Kritik und Verbesserungsvorschläge unter besonderer Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens.

Nomos, 2023, 522 Seiten. ISBN 978-3-7560-0719-6, 154 Euro

I. Einleitung

Die von Jahn betreute und im Jahr 2023 veröffentlichte Dissertation widmet sich einem äußerst aktuellen Thema, dessen praktische Bedeutung in der (wirtschafts-) strafrechtlichen

Praxis vielfach unterschätzt werden dürfte. Karl beleuchtet die Regelungen zur elektronischen Akte und widmet sich dabei der Frage, welche Auswirkung die Digitalisierung der Strafakte auf das (verfassungsrechtlich) geschützte Recht auf rechtliches Gehör, insbesondere das Recht auf Akteneinsicht, haben könnte. Zwar ist das Führen der elektronischen Akte derzeit noch fakultativ (§ 32 Abs. 1 S. 1 StPO). Dennoch ist das rechtliche Instrumentarium bereits existent (§§ 32 ff. StPO, diverse Verordnungen, s.u.) und damit einer kritischen Analyse sowie einer (gesetzlichen) Optimierung vor Umstellung auf die elektronische Aktenführung zugänglich. Karl ist angetreten, diese Analyse der Reform vorzunehmen, Problemfelder zu antizipieren und Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten. Die aus Praxis­sicht wichtigsten Themenfelder sollen im Folgenden skizziert werden. Die für die (wirtschafts-) strafrechtliche Praxis eher mittelbar relevanten Ausführungen zum Aktenbegriff (Kapitel 3, S. 314 ff.) werden hier hingegen ausgeblendet.

II. Inhalt

Die Arbeit von Karl beginnt zunächst mit zwei Grundlagenkapiteln (Abschnitt A, S. 31 ff.). In einem Grundlagenkapitel 1 werden zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen, insbesondere das in Art. 103 Abs. 1 GG normierte grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör, dargestellt (S. 31 ff.) und die wichtigsten Vorschriften in der StPO vorgestellt (S. 41 ff.). Das folgende Grundlagenkapitel 2 ermöglicht dem Leser einen ersten vertieften Einblick in das Pro-

jekt „elektronische Akte“ und stellt die in der anwaltlichen Praxis wohl noch kaum vertrauten (Bundes-) Verordnungen vor, die die Art und Weise der Aktenführung und Akteneinsichtsgewährung in Zukunft maßgeblich prägen werden. So werden u.a. die Strafaktenführungsverordnung, die Dokumentenerstellungs- und Übermittlungsverordnung sowie die Strafakteneinsichtsverordnung erläutert (S. 47 ff.). In diesen Ausführungen wird bereits auf wichtige Weichenstellungen hingewiesen, die später im Detail erläutert werden. So regeln die Verordnungen u.a. die digitalen Formate und die technische Struktur der elektronischen Akte in Strafsachen (S. 57) und schaffen zum Zwecke der Akteneinsichtsgewährung ein neues Konstrukt, das Repräsentat (S. 58, 63 f.).

Die Schaffung eines solchen Repräsentat stellt eine gewichtige Abweichung vom bisherigen Regelungsansatz dar, geht doch die bisherige Rechtslage davon aus, dass das Einsichtsobjekt gleich dem Aktenobjekt ist (S. 73). Die Akte, die Staatsanwältin oder Staatsanwalt in den Händen hält, wird auf dem Postweg übersandt und liegt der Verteidigung unmittelbar vor. In Wirtschaftsstrafverfahren ist es zwar heute bereits üblich, dass Hauptakte, Sonderhefte und Beweismittelordner in digitaler Form übermittelt werden (per Datenträger oder Download). Dennoch entspricht die Übersendung des Originals der Akte dem gesetzgeberischen Leitbild. Dies soll sich mit der geplanten Einführung des Repräsentats ändern.

Dieser Paradigmenwechsel wird von Karl im ersten Kapitel des Abschnitts B dargestellt (S. 69 ff.). Karl erläutert, wie die elektronische Akte der Zukunft strukturiert wird (S. 75), wie mit Metadaten umzugehen ist (S. 76) und kommt dann auf das Repräsentat zu sprechen (S. 82 ff.), dessen zentrale Schwäche Karl schnell klar benennt, wenn sie darauf hinweist, dass das Repräsentat – anders als die elektronische Akte selbst – auf das PDF/A-Format beschränkt ist (S. 86) und Dateien im Originalformat nur auf Bedarf übermittelt werden sollen (S. 87).

Karl weist auch auf eine weitere Besonderheit hin. So erfordere die Bearbeitung der elektronischen Akte ein eigenes Bearbeitungstool, welches dem Nutzer der elektronischen Akten nicht nur den Zugriff auf die Akte ermögliche, sondern diesen insbesondere in Umfangsverfahren in die Lage versetze, die Akteninhalte zu strukturieren (S. 95 ff.). Angesichts dieser praktischen Bedeutung des Bearbeitungstools wirft Karl die (berechtigte) Frage auf, ob auch das Tool selbst zur formalen Akte gehört (S. 102). Zudem diskutiert sie, ob die nach dem derzeitigen Regelungskonzept zu erfolgende Akteneinsicht durch Bereitstellung des Repräsentats – ohne das Bearbeitungstool – zu einer Beeinträchtigung der Waffengleichheit führen kann (S. 103 ff.). Dabei zieht sie eine Parallele zum Einsatz einer forensischen Analysesoftware im Rahmen der Auswertung von digitalen Beweisen, die aufgrund beschränkter Ressourcen der (Pflicht-) Verteidigung zu einem praktischen Ungleichgewicht führen kann (S. 110 ff.). Karl mahnt, dass in Zukunft Rechtslücken drohen könnten, wenn die eingesetzten Bearbeitungstools einen erheblichen und vom Empfänger des Repräsentats nicht reproduzierbaren Vorteil versprechen (S. 109). Hier schlägt Karl Anpassungen vor, um zukünftigen Konflikten vorzubeugen (S. 172 ff.). Dass der Einsatz von Bearbeitungstools ein beträchtlicher Faktor werden kann, liegt – nicht nur aufgrund des mög-

lichen zukünftigen Einsatzes von KI – auf der Hand. Angesichts stetig zunehmender Datenmengen dürfte nicht nur die Zahl der erhobenen Beweise ansteigen. Es ist ebenso zu erwarten, dass sich auch Umfang und Komplexität der Akte im engeren Sinne erhöhen wird. In Umfangsverfahren, wie z.B. im Bereich Cum-Ex-Ermittlungen, haben Akten bekanntlich bereits einen Umfang angenommen, der einer „händischen“ Durchsicht kaum mehr zugänglich ist. Zu Recht nimmt Karl daher diese Thematik in den Blick und weist auf mögliche Problemstellungen hin.

Ein größeres Risiko sieht Karl in der drohenden Einschränkung der Kontrollmöglichkeiten durch die in den Verordnungen vorgesehenen Limitierungen des Repräsentats. Karl stellt dazu zunächst die rechtlichen und faktischen Beschränkungen des Kontrollrechts in der analogen Verfahrenswelt dar (S. 114 ff.) und widmet sich dann der Problemstellung, dass die elektronische Akte (nur) relativ auf das PDF-Format limitiert wird, das Repräsentat hingegen absolut auf das PDF/A-Format (S. 129 ff.). Hierzu erläutert Karl zunächst im Detail die technischen Hintergründe und vor allem die Bedeutung von Metadaten in der digitalen Welt. Diese Metadaten drohen in Konvertierungsvorgängen, insbesondere bei einer Konvertierung von Dateien in das PDF/A-Format verloren zu gehen (S. 137). Auch Inhalte von Dateien drohen bei der Konvertierung verloren zu gehen (z.B. bei Emails oder Excel-Tabellen, vgl. S. 191) bzw. seien einer Konvertierung in PDF überhaupt nicht zugänglich (z.B. Video-Formate, vgl. S. 191).

Gerade weil in der elektronischen Akte auch andere Dateiformate gespeichert werden können, das Repräsentat aber auf PDF/A beschränkt ist und insoweit zwangsläufig eine Konvertierung stattfindet, drohe ein für das rechtliche Gehör potentiell gefährliches Auseinanderfallen zwischen Akte und Repräsentat (S. 138 f.). Karl resümiert insoweit treffend: „Durch den Einsatz des Repräsentats in den Akteneinsichtsvorgang wird eine technischer Zwischenschritt in Gestalt der formatbegrenzenden Konvertierung eingeführt, der der Kenntnis und Einflussnahme des Einsichtsberechtigten entzogen ist. Darin verbirgt sich ein Verlustrisiko sowohl auf formaler als auch inhaltlicher Ebene.“ (S. 158).

Diese Beschränkung seien dem Ordnungsgeber bewusst gewesen, da er für diese Fälle einen Hinweis im Repräsentat fordere (S. 185). Auch die Wahl von PDF/A sei bewusst erfolgt. Karl stellt insoweit die technischen Grundlagen zum PDF-Format dar (S. 186 ff.) und weist daraufhin, dass im PDF-Format auch andere Dateitypen eingebettet werden könnten (vgl. S. 193), der Gesetzgeber sich aber für das restriktivere PDF/A-Format entschieden habe (vgl. S. 194 ff.). Karl analysiert zwar im Detail, dass es mittlerweile auch im PDF/A-Format neuere Versionen (PDF/A-3, PDF/A-4) gebe, die eine Einbettung anderer Formate ermöglichen (S. 248 ff.). In den Verordnungen sei auch keine Version des PDF/A-Formats ausdrücklich vorgeschrieben (S. 253), eine rechtssichere Lösung sei insoweit aber dennoch zweifelhaft (S. 260). Karl resümiert: „Das PDF/A-Format erwächst dadurch als Grundproblem des gesamten Digitalisierungsprojekts“.

Die Arbeit untersucht auch, wie derartige Probleme in der Verordnung in der Praxis adressiert werden könnten. Hier bringt Karl u.a. § 32f Abs. 1 S. 3 2. Alt. StPO ins Spiel (S. 240 ff.), der die Bereitstellung von Inhalten der elektronischen

Akte auf Antrag und bei Darlegung eines berechtigten Interesses ermöglicht. Diese Option sei zwar bereits wegen des Antragserfordernisses nachteilig (S. 241). Vor allem aber sehe der Verordnungsgeber vor, dass Inhalte der Akte im PDF/A zur Verfügung zu stellen seien (S. 244). Auch für Analogien sieht Karl keinen Raum (S. 246 ff.).

Das Resultat der Betrachtungen ist daher für den Rechtsanwender ernüchternd. Durch die Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts droht eine Divergenz zwischen staatsanwaltschaftlicher Akte und Repräsentat zu entstehen, die bedenklich ist. So nachvollziehbar grundsätzlich die Wahl eines Archivierungsformats für die Ausgestaltung von Aktenführungsbestimmungen ist, so bedenklich ist die Wahl im Rahmen der Gewährung von Akteneinsicht in die elektronische Akte in Strafsachen. Die anwaltliche und staatsanwaltschaftliche Praxis ist aufgefordert, die Entwicklungen in diesem Bereich genau im Blick zu behalten und dafür Sorge zu tragen, dass mit der Digitalisierung des Akteneinsichtsrechts und der Programmierung der Aktenführungssoftware kein (partieller) Rückschritt einhergeht. So ist es derzeit noch gängige Praxis, dass bei Übersendung von Datenträgern in Umfangsverfahren zum Teil auch Dateien in anderen, nicht (verlustfrei) konvertierbaren Formaten übermittelt werden (z.B. Excel-Listen, Videodateien). Sollte hingegen in Zukunft die Erstellung des Repräsentats unter Berücksichtigung der PDF/A-Vorgaben automatisiert werden, könnten derartige, positive Entwicklungen möglicherweise in Vergessenheit geraten.

Ein weiterer von Karl beleuchteter Aspekt des Kontrollrechts ist die Möglichkeit der Authentizitätskontrolle (S. 140 ff.). Hier befasst sich Karl u.a. mit dem Einsatz von Hashwerten als digitaler Fingerabdruck (S. 147) sowie dem Einsatz von Prüfsummen als Vergleichsmechanismus (S. 149). Auch hier schlägt Karl kleinere Anpassungen vor (S. 175).

In ihrer Arbeit befasst sich Karl mit einem weiteren, praxisrelevanten Aspekt, den sie an verschiedenen Stellen und unter verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet. So befasst sich Karl mit der Frage, ob das bisherige Verständnis und die daraus resultierende Abgrenzung zwischen der Akte im engeren Sinne, die dem Einsichtsrecht unterliegt, und dem Beweisstück, welches (nur) dem Besichtigungsrecht unterliegt, im Zeitalter der elektronischen Akte aufrechterhalten werden kann

(S. 207 ff., S. 433 ff.). Ist es zeitgemäß, dass nur das Beweisstück als Beweismittel dienen kann (vgl. dazu S. 222)? Ist es zeitgemäß, wenn der Verzicht auf die Übernahme einer nicht konvertierbaren Datei (z.B. eines Videos) in das Repräsentat mit der Begründung als unproblematisch erachtet wird, dass es sich insoweit ja um ein Beweisstück handle? Karl sieht es insoweit als kritisch an, dass der Verordnungsgeber an diesem traditionellen Konzept festhält (S. 233). Es bedürfe bei einer derartigen Datei nicht des Integritätsschutzes, so dass eine Beschränkung auf die Besichtigung nicht geboten sei (S. 230 f.). Auch sei – anders als bei der heutigen Papierakte – nicht mehr erforderlich, dass eine Datei auf einem gesonderten Datenträger gespeichert wird. Das Aktenführungsprogramm der Staatsanwaltschaft könne als neue Heimat dienen (S. 231). Praktisch könne man diese Dateien über ein Beweisportal zur Verfügung stellen (S. 272 ff.). Damit wäre auch eine formattreue Bereitstellung möglich (S. 278 f.). Bereits nach geltendem Recht, vgl. § 58a Abs. 2 S. 3 StPO, könne eine Bereitstellung von Datenkopien erfolgen (S. 288 ff.). Karl plädiert insoweit für eine Anpassung der relevanten Verordnungen (S. 310 ff.).

Daneben wirft Karl noch einen Blick auf revisionsrechtliche Aspekte (S. 472 ff.). Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung der zentralen Thesen (S. 479 ff.).

III. Resümee

Die Arbeit von Karl ist einem praktisch bedeutenden, wenn auch etwas sperrigen Thema gewidmet. Umso verdienstvoller ist es, dass Karl proaktiv eine äußerst detaillierte Analyse der gesetzlichen, untergesetzlichen, praktischen und technischen Aspekte vorgenommen und zukünftige Konflikte antizipiert hat. Die Dissertation mag für die anwaltliche Praxis zwar nicht gerade einfach zugänglich sein, da die praxisrelevanten Aspekte mit theoretischen Ausführungen verwoben sind und sich der Beantwortung der aufgeworfenen Forschungsfragen unterordnen müssen. Die in der Arbeit diskutierten Themenstellungen werden jedoch einen bedeutenden Einfluss auf die Praxis der Strafverteidigung haben und sollten daher in der anwaltlichen Praxis unbedingt Gehör finden. Rechtspolitik und Praxis sollten das Projekt „elektronische Akte in Strafsachen“ im Blick behalten und die zukünftige Entwicklung kritisch begleiten.