

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

## Redaktion:

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

## Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

## Ständige Mitarbeiter:

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

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

## Aus dem Inhalt:

### Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwältin Dr. Anouschka Velke, LL.M. und Wiss.Mit. Corinna Hannig,  
beide Frankfurt a.M.

Art. 316h EGStGB und Fiskalinteresse –  
Todesstoß für das Rückwirkungsverbot 84

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse, LL.M., Frankfurt a.M.

INTERPOL Red Notices und das Verbot der Doppelbestrafung  
– quo vadis? / INTERPOL Red Notices and the principle of ne  
bis in idem - quo vadis? (zweisprachiger Text / bilingual text) 96

Rechtsanwältin Dr. Victoria Schrader, LL.M. und Rechtsanwältin Darja Alexandra Widerschein  
beide Dresden

Probleme in gedachten Dreiecken?  
Der Einfluss der Zahlung nach § 153a StPO auf den  
versicherungsrechtlichen Haftpflichtprozess 109

### Entscheidungskommentare

Wiss.Mit. Alexandra Balanescovic, Frankfurt a.M.

Keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bei Durchführung  
einer Hauptverhandlung während eines Corona-Lockdowns 117

Dr. Michelle Wiesner-Lameth, LL.M., CFE, Frankfurt a.M.

BAG, Urteil vom 29.04.2021 - 8 AZR 276/20, 16. Mai 2021 124

## Impressum

**Herausgeber:** Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.  
Vertreten durch Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel, Christian Rosinus, Prof. Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.; Dr. Ricarda Schelzke; Dr. Sohre Tschakert

**Kontakt:** info@wi-j.de

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

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

**Webmaster/Layout:** Milena Piel  
Kontakt: webmaster@wi-j.de

**Ständige Mitarbeiter:** LOSTA Folker Bittmann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Dr. André-M. Szesny, LL.M., OSTa Raimund Weyand.

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

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

**Erscheinungsweise:** Vierteljährlich, elektronisch.

**Bezugspreis:** Kostenlos.

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

**ISSN: 2193-9950**

## Inhaltsverzeichnis

### Impressum

II

### Inhaltsverzeichnis

II

### Aufsätze und Kurzbeiträge

84

Rechtsanwältin Dr. Anouschka Velke, LL.M. und Wiss.Mit. Corinna Hannig, beide Frankfurt a.M.  
Art. 316h EGStGB und Fiskalinteresse – Todesstoß für das Rückwirkungsverbot 84

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

INTERPOL Red Notices und das Verbot der Doppelbestrafung – quo vadis?“

INTERPOL Red Notices and the principle of ne bis in idem - quo vadis 96

Rechtsanwältin Dr. Viktoria Schrader, LL.M. und

Rechtsanwältin Darja Alexandra Wiederschein, beide Dresden

Probleme in gedachten Dreiecken? Der Einfluss der Zahlung nach § 153a StPO auf den versicherungsrechtlichen Haftpflichtprozess 109

### Entscheidungskommentare

117

Wiss.Mit. Alexandra Balanescovic, Frankfurt a.M.

Keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bei Durchführung einer Hauptverhandlung während eines Corona-Lockdowns 117

Rechtsanwältin Dr. Michelle Wiesner-Lameth, LL.M., CFE, und Dr. Mathias Grzesiek, beide Frankfurt a.M.

Reichweite der Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungskorrespondenz 121

Rechtsanwältin Dr. Michelle Wiesner-Lameth, LL.M., CFE, Frankfurt a.M.

BAG, Urteil vom 29.04.2021 - 8 AZR 276/20, 16. Mai 2021 124

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzstrafrecht 128

### Veranstaltungen und politische Diskussion

133

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Also doch Deckmantelgesetzgebung! „Klammheimliche“ Reform des sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellungsverfahrens in § 7a SGB IV 133

Rechtsanwalt Claus Erhard, München

Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Wechselwirkungen von HinSchG-E und VerSanG-E“ vom 21.4.2021 141

### Rezensionen

144

Rechtsanwalt Dr. Maximilian Zeller, Köln

Gerst (Hrsg.): Zeugen in der Hauptverhandlung 144

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

Parigger/Helm/Stevens-Bartol (Hrsg.): Arbeits- und Sozialstrafrecht 146

Rechtsanwalt Raoul Beth, Berlin

Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge: Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen 148

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Strafprozessrecht

Rechtsanwältin Dr. Anouschka Velke, LL.M. und Wiss.Mit. Corinna Hannig,  
beide Frankfurt a.M.

# Art. 316h EGStGB und Fiskalinteresse – Todesstoß für das Rückwirkungsverbot

Kritische Stellungnahme zum Beschluss des BVerfG vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19.

## I. Einführung

Das Instrument der strafrechtlichen Vermögensentziehung – früher als „Verfall“ bezeichnet – weist zunehmende Relevanz für das Strafverfahren auf. Seit seiner erstmaligen gesetzlichen Einführung<sup>1</sup> war das Recht der Vermögensentziehung Gegenstand zahlreicher Reformen und Verschärfungen.<sup>2</sup> Die jüngste Reform erfuhr das Vermögensentziehungsrecht mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/42/EU<sup>3</sup> durch das am 1. Juli 2017<sup>4</sup> in Kraft getretene „Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017“.

Als Reaktion auf erhebliche Kritik zur gesetzlichen Konzeption der Verfallsvorschriften – die §§ 73 ff. StGB a.F. wurden als zu komplex<sup>5</sup>, „legislatorisches Monstrum“<sup>6</sup> und „praxisuntauglich“<sup>7</sup> bezeichnet – wollte der Gesetzgeber die §§ 73 ff. StGB vollständig neu fassen.<sup>8</sup> Dem Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten solle entgegengewirkt werden („Straftaten sollen sich nicht lohnen“),<sup>9</sup> da sonst die Gefahr bestünde, dass die Durchführung einer Kosten-Nutzen-Abwägung die Inkaufnahme einer Strafrechtssanktion als wirtschaftlich profitabler erscheinen lasse.<sup>10</sup> Von diesem Leitgedanken getragen rechtfertigt der Gesetzgeber sämtliche die staatlichen Eingriffsbefugnisse ausweitenden gesetzlichen Neuregelungen zur Abschöpfung strafrechtswidriger Vermögenswerte, ohne Rücksicht auf fundamentale Prinzipien der Verfassungs- und Strafrechtsordnung.

Dies lässt sich insbesondere bei der Neuregelung zur selbstständigen Entziehung gemäß § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB i.V.m. Art 316h EGStGB erkennen. Der Gesetzgeber entkoppelte die selbstständige Entziehung nicht nur von der Verjährung,<sup>11</sup> die wesentlich

<sup>1</sup> „Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969“.

<sup>2</sup> „Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes des StGB u.a. v. 28. Februar 1992“; „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15. Juli 1992“; „Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten v. 24. Oktober 2006“.

<sup>3</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Entziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union.

<sup>4</sup> BGBl. I vom 21.04.2017 S. 872. Das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes ergibt sich aus Art. 8.

<sup>5</sup> Zust. Kempf/Schilling, Vermögensabschöpfung, 2007, Rn. 2; Rönnau aaO. (Fn. 1), Hofmann, wistra 11/2008, 401 m.w.N.

<sup>6</sup> Achenbach, FS Blau, 1985, S. 7, 11.

<sup>7</sup> Schall, Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben, S. 125 in: Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, Bd. 3, Unternehmenskriminalität, 1996.

<sup>8</sup> RegE, BT-Drs. 18/952, 2.

<sup>9</sup> vgl. RegE, BT-Drs. 18/952, 45: „Ein Großteil der jährlich begangenen Straftaten zielt auf Profit ab. Kriminalitätsbekämpfung ohne wirksame strafrechtliche Vermögensabschöpfung wäre deshalb unvollkommenes Stückwerk. Dürfen Straftäter deliktisch erlangte Vermögenswerte dauerhaft behalten, würde nicht nur das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung nachhaltig Schaden nehmen.“

<sup>10</sup> Beckemper, ZJS 1/2020, 17.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 16.

zur Gewährleistung von Rechtssicherheit beiträgt,<sup>12</sup> sondern erachtet auch eine – grundsätzlich verfassungswidrige<sup>13</sup> – echte Rückwirkung als kein Hindernis zur Verfolgung von Fiskalinteressen. Es liegt auf der Hand, dass es die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts gewesen wäre, eine „objektive Verfassungskontrolle der Gesetzgebung“<sup>14</sup> vorzunehmen.

Dieser Aufgabe wird der Zweite Senat des BVerfG mit seinem Beschluss vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19 jedoch nicht gerecht, indem er (1) eine Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG mit Verweis auf die Einziehung als „quasi-konditionelle Maßnahme“ verneint, um sodann (2) zugunsten des Fiskus mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz zu brechen.

Bemerkenswert an dieser Entscheidung sind insbesondere zwei Aspekte: Der Entscheidung liegt ein Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats des BGH zugrunde – derartige Vorlagen im Wege der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG sind äußerst selten.<sup>15</sup> Ferner bejaht der Zweite Senat die Verfassungsmäßigkeit der *rückwirkenden* selbstständigen Einziehung, was einem Paukenschlag gleichkommt. Durch den damit verbundenen Rechtsbruch mit dem Grundsatz des allgemeinen Rückwirkungsverbots impliziert die Entscheidung eine Entwertung des verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutzes. Im Ergebnis werden Einziehungsadressaten einer *unzumutbaren* und *unverhältnismäßigen* strafrechtlichen Abschöpfungspraxis ausgesetzt.

Allein die im Jahre 2018 eingezogenen Vermögenswerte in Höhe von ca. 1,87 Mrd. Euro<sup>16</sup> verdeutlichen, dass sich die Gesetzesreform aus Sicht des Gesetzgebers – im Vorjahr wurden „nur“ ca. 200 Mio. Euro eingezogen<sup>17</sup> – gelohnt hat. Geblendet von derartigen Abschöpfungssummen hebt der Gesetzgeber kontinuierlich zentrale Schutzregelungen der Rechtsordnung unter Berufung auf die „Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“<sup>18</sup> ohne Rücksicht auf erhebliche Existenzrisiken der Einziehungsadressaten<sup>19</sup> aus. Sofern das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der Reformgesetze ausschließlich anhand des gesetzgeberischen Willens beurteilt, ist nicht verwunderlich, dass der verfassungsrechtlich garantierte Vertrauensschutz zu einer leeren Worthülse wird.

Die Verfasserinnen werden in dem nachfolgenden Beitrag aufzeigen, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung fundamentale Grundlagen des Strafrechts zugunsten fiskalischer Belange außer Acht lässt.

## II. Rechtliche Ausgangslage

Gemäß § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB können Taterträge aus Erwerbstaten eingezogen werden, obwohl hinsichtlich der Erwerbstat Verfolgungsverjährung eingetreten ist. Mithin entkoppelte der Gesetzgeber die Vermögenseinziehung von der Verjährung der Erwerbstat.<sup>20</sup> Dies ist beachtlich, da die Neuregelung zugleich außerdem mit Art. 316h EGStGB die Bindung der Einziehung an das in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 StGB normierte Rückwirkungsverbot aufhebt.<sup>21</sup>

Der Wirkungsumfang dieser Neuregelung wird mit Art. 316h EGStGB massiv ausgeweitet, indem nach dieser Vorschrift die Einziehung von Vermögenswerten aus verjährten Erwerbstaten nunmehr selbst dann zulässig ist, wenn die Erwerbstat bereits vor Inkrafttreten des Reformgesetzes am 1. Juli 2017 verjährt war. Hier wird also expressis verbis das in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 StGB normierte Rückwirkungsverbot aufgehoben. Die

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 64.

<sup>13</sup> Stern, 833; Sachs/GG, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 133 m.w.N.

<sup>14</sup> Papier/Merton/Papier, HB der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, § 80, S. 1008, Rn. 35.

<sup>15</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 210.

<sup>16</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, „Staatsanwaltschaften“, 2018, 13.

<sup>17</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, „Staatsanwaltschaften“, 2017, 18. Allerdings enthält die Berechnung keine Differenzierung zwischen eingezogenen Vermögenswerten vor und nach dem am 1. Juli 2017 in Kraft getretenen Reformgesetz.

<sup>18</sup> RegE, BT-Drs. 18/9525, 45.

<sup>19</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 403; Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 185; Park, StraFo 2002, 73, 77; Rönnau, ZRP 2004, 191, 194; Tsambikakis, GmbHR 2005, 331; Berthel, Kriminalistik 2002, 28, 31.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 16.

<sup>21</sup> Hennecke, NZWiSt 4/2018, 122; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Verfassungsausschuss unter Mitwirkung des Strafrechtsausschusses, Nr. 44/2019, November 2019, 13.

beachtliche Dimension der Lossagung vom Rückwirkungsverbot tritt überdies zutage beim Blick auf die bisher nur aus dem Zivilrecht bekannte, neuerdings speziell für den Einziehungsanspruch des Staates bestimmte, 30-jährige Dauer der Verjährung.<sup>22</sup> Da die Länge der strafrechtlichen Verjährungsfrist von der Deliktsschwere abhängt,<sup>23</sup> kennt das StGB derart lange Verjährungsfristen ansonsten nur im Hinblick auf Straftaten, durch die erhebliches Unrecht verwirklicht worden ist,<sup>24</sup> beispielsweise bei § 212 Abs. 2 StGB.

Im Ergebnis ermöglicht die Neuregelung gemäß Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB dem Staat bis zu 30 Jahren nach Beendigung der Erwerbstätigkeitsstrafrechts-widrige Taterträge beim Einziehungsadressaten einzuziehen, selbst wenn die Erwerbstätigkeitsstrafrechts-tat bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Juli 2017 verjährt war. Für eine 2010 beendete und im Jahr 2015 verjäherte Straftat ergibt sich danach anschaulich als Konsequenz, dass eine Einziehung von Taterträgen noch bis ins Jahr 2040 erfolgen kann, ungeachtet der Tatsache, dass im Zeitpunkt der Begehung der Straftat eine derartige den Zeitraum der Strafverfolgung Jahrzehnte überdauernde Zugriffsberechtigung des Staates gar nicht angedroht war.

Dies ist hochproblematisch, da die Neuregelung der selbstständigen Einziehung gemäß § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB fundamentale Prinzipien des Strafrechts eklatant verletzt, indem sie das Rückwirkungsverbot gänzlich abschafft und die Verjährungsfrist stark ausdehnt.<sup>25</sup>

### III. Die Position des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit von Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB befasst sich der Beschluss des Zweiten Senats des BVerfG vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19. Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

#### 1. Landgericht Oldenburg

Das Landgericht Oldenburg sprach den Leiter eines fleischverarbeitenden Unternehmens und den Geschäftsführer eines Personaldienstleistungsunternehmens vom Vorwurf der illegalen Beschäftigung von bulgarischen Ausländern mit Urteil vom 17. Oktober 2017 wegen Verfolgungsverjährung frei.<sup>26</sup> Gegen die von den Angeklagten betriebenen Unternehmen ordnete das Gericht die selbstständige Vermögenssicherung an – so sollten bei dem fleischverarbeitenden Unternehmen (Nebenbeteiligte zu 1) ca. 10,5 Millionen Euro und bei dem Personaldienstleistungsunternehmen (Nebenbeteiligte zu 2) ca. 72.000 Euro eingezogen werden.<sup>27</sup> Die Nebenbeteiligten zu 1 und 2 legten gegen die Einziehungsentscheidungen des Landgerichts Revision ein.<sup>28</sup>

#### 2. Revision und Vorlage des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs

Der 3. BGH-Strafsenat setzte das Revisionsverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG aus.<sup>29</sup> Anlass für den Vorlagebeschluss des 3. BGH-Senats<sup>30</sup> waren erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit von Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB mit dem allgemeinen – im Rechtsstaatsprinzip verankerten – Rückwirkungsverbot.<sup>31</sup> Aus Sicht des 3. BGH-Strafsenats sollte Art. 316h EGStGB insoweit verfassungswidrig sein, als die Vorschrift die Einziehung von Taterträgen aus Straftaten ermöglicht, die bereits vor Inkrafttreten der Norm am 1. Juli 2017 verjährt sind. Die Vorschrift greife nachträglich ändernd in vor Verkündung des Gesetzes abgeschlossene Sachverhalte ein, auf deren Bestand der Täter vertrauen dürfe. Bemerkenswert ist somit, dass sämtliche dem 3. BGH-Senat angehörende Berufsrichter von der Unverein-

<sup>22</sup> vgl. § 76b Abs. 1 Satz 1 StGB.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 158.

<sup>24</sup> vgl. § 78 Abs. 3 Nr. 1 StGB; Hennecke, NZWiSt 4/2018, 122.

<sup>25</sup> Zust. Hennecke, NZWiSt 4/2018, 122.

<sup>26</sup> Urt. LG Oldenburg v. 17.10.2017 – 2 Kls 950 Js 42953.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 26.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 33.

<sup>29</sup> Derartige Vorlagen sind äußerst selten, Saliger, ZIS 4/2020, 210.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18.

<sup>31</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 39.



barkeit des Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB mit dem im Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz des Vertrauensschutzes *überzeugt* waren.<sup>32</sup>

### 3. Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat sich den verfassungsrechtlichen Bedenken des 3. BGH-Strafsenats nicht angeschlossen. Im Ergebnis hat der Zweite Senat zwar der Rechtsauffassung des 3. BGH-Strafsenats zugestimmt, dass der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG mangels Strafcharakters der Vermögenseinziehung nicht eröffnet sei.<sup>33</sup> Die Vermögenseinziehung sei „keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“.<sup>34</sup> Allerdings vertritt der Zweite Senat des BVerfG – anders als der 3. BGH-Strafsenat – die Auffassung, dass die von Art. 316h EGStGB angeordnete echte Rückwirkung „durch überragende Belange des Gemeinwohls“ gerechtfertigt sei.<sup>35</sup> Das Vertrauen des Betroffenen in den Bestand der Rechtslage sei in Bezug auf rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile nicht schutzwürdig, sodass der Staat auch nach Verjährung der Erwerbstat in die Vermögensordnung eingreifen dürfe.<sup>36</sup> Die Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG ist nicht einstimmig ergangen.<sup>37</sup>

## IV. Kritische Analyse

Die Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19 zur Verfassungsmäßigkeit von Art. 316h EGStGB i.V.m. § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB stößt auf erhebliche rechtliche Bedenken.

### 1. Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG – Rechtsnatur der Vermögenseinziehung

Im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

Der Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG bezieht sich ausdrücklich auf die *Strafe*. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sollen darunter u.a. der materiell-rechtliche Straftatbestand,<sup>38</sup> die Strafandrohung,<sup>39</sup> und die dem Schuld Ausgleich dienenden Sanktionen (Hauptstrafen, Nebenstrafen, Nebenfolgen),<sup>40</sup> fallen. Dass der Wortlaut allein den Regelungsinhalt einer Vorschrift nicht begrenzen kann, wird jedoch schon dadurch ersichtlich, dass Ordnungswidrigkeiten<sup>41</sup>, und disziplinar- und berufsrechtliche Sanktionen<sup>42</sup> vom Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG als erfasst verstanden werden.

Der Zweite Senat des BVerfG versteht die Vermögenseinziehung nicht als Strafe, sondern als „eine Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“.<sup>43</sup>

#### a) „Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“

Sowohl der Gesetzgeber als auch der Zweite Senat des BVerfG stellen zwecks Bestimmung der Rechtsnatur der Vermögenseinziehung gemäß §§ 73 ff. StGB auf Wortlaut, Systematik und Wertungen des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts gemäß §§ 812 ff. BGB ab.<sup>44</sup> Durch die Übertragung von zivilrechtlichen Rechtsgedanken aus § 817 S. 2

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 74.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 104, 130.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 106.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 144.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 161.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 163.

<sup>38</sup> BVerfGE 25, 269 [286].

<sup>39</sup> BVerfGE 45, 363 [371].

<sup>40</sup> BVerfGE 25, 269, [285 f.].

<sup>41</sup> Wolff, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, HB der Grundrechte, 2013, § 134, S. 1378, Rn. 29.

<sup>42</sup> Remmert/Maunz/Dürig, GG, 2020, Art. 103 Abs. 2, Rn. 58; Wolff/Merten/Papier, HB der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 134, S. 1385, Rn. 32.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 106.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 115.

BGB und §§ 818 Abs. 4, 819 BGB in das strafrechtliche Instrument der Vermögensabschöpfung werde nach Meinung des BVerfG ersichtlich, dass der Gesetzgeber keine „neue pönale Rechtsfolge schaffen wollte“, sondern diese ein „eigenständiges Instrument zur Korrektur irregulärer Vermögenszuordnungen“ darstelle.<sup>45</sup>

Diese Begründung ist aus zahlreichen Gründen fragwürdig, und insgesamt nicht überzeugend.

Zunächst ist das reine Abstellen auf den Willen des Gesetzgebers zwecks Bewertung der Rechtsnatur einer Maßnahme zirkulär. Sofern der Zweite Senat die Einordnung der Vermögenseinziehung als „quasi-konditionelle Maßnahme“ auf der Grundlage des gesetzgeberischen Willens vornimmt, verkennt der Senat seine eigene unabhängige Prüfungskompetenz. Dass der Gesetzgeber den Charakter der Vermögenseinziehung mit dem „Gesetz zur Reform der Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017“ nicht ändern wollte,<sup>46</sup> heißt nicht, dass er dies nicht trotzdem getan hat. Mithin bringt eine Überbetonung der historischen Auslegung keinen Erkenntniszuwachs.

Vielmehr stellt sich die Frage, weshalb die ursprüngliche Orientierung an zivilrechtlichen Rechtsgedanken im Gesetzgebungsverfahren ausschlaggebend für die *strafrechtliche* Bewertung der *strafrechtlichen* Maßnahme sein soll. Das Zivil- und Strafrecht stellen Rechtsgebiete mit unterschiedlichen Regelungsbereichen dar<sup>47</sup> – das Zivilrecht regelt die horizontale Rechtsbeziehung zwischen Bürgern zueinander, während das Strafrecht das vertikale Verhältnis zwischen Staat und Bürgern regelt.<sup>48</sup> Da das Strafrecht eine Ultima-Ratio-Funktion in der Rechtsordnung wahrnimmt, muss nicht alles, was im Zivilrecht verboten ist, auch zwangsläufig im Strafrecht verboten sein, sog. asymmetrische Zivilrechtsakzessorietät.<sup>49</sup>

Auch ein Vergleich der Interessenlage des Begünstigten im Bereicherungsrecht und strafrechtlichen Vermögensabschöpfungsrecht zeigt auf, dass die Ausrichtung der Rechtsgebiete derart konträr ist, sodass die Einordnung der Vermögenseinziehung anhand zivilrechtlicher Maßstäbe nicht überzeugen kann.

Der Begünstigte im zivilrechtlichen Bereicherungsrecht verfolgt mit Geltendmachung eines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB das Ziel, einen Vermögenswert zurück zu erlangen, der rechtsgrundlos verschoben wurde.<sup>50</sup> Dem Gesetzgeber kommt es bei der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung hingegen auf Prävention an<sup>51</sup> – der Täter soll durch das Behaltendürfen von Gewinnen nicht auf die Idee kommen, dass sich die Straftat gelohnt habe – und will dadurch das zukünftige Verhalten des Straftäters beeinflussen. Im Unterschied zum Bereicherungsrecht, das sich ausschließlich auf die Korrektur vergangener Vermögensverschiebungen bezieht, ist die Vermögenseinziehung in erster Linie zukunftsgerichtet. Das heißt, sie soll vor allem dazu dienen, den Straftäter zu gesetzeskonformem Verhalten zu motivieren. Im Fokus des Gesetzgebers steht die Resozialisierung des Straftäters, seine Persönlichkeit und nicht der durch die Straftat verursachte vermögensrechtliche Vorgang.<sup>52</sup> Eine inhaltliche Auseinandersetzung des Zweiten Senats mit der Problematik, die sich aus der Vermischung der für völlig unterschiedliche Zwecke geschaffenen Rechtsinstitute unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ergibt, fehlt.

Signifikante Unterschiede bestehen auch im Vergleich der Rechtsfolge aus § 818 Abs. 1 oder 2 BGB mit dem zulässigen Umfang einer Vermögenseinziehung. Das Zivilrecht will den Kondiktionsgläubiger so stellen, wie er vor der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung stand, sodass vordergründig (Natural-)Restitution erreicht werden soll.<sup>53</sup> Bei der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung wird nicht das Vermögen eingezogen,

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 115.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 117.

<sup>47</sup> Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 5.

<sup>48</sup> Gebauer, Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – insbesondere aus Erlösen aus Kapitalmarktdelikten, Berlin 2019, 43.

<sup>49</sup> Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht EAT, Rn. 172, 222; Schünemann, in: LK, § 266 Rn. 93.

<sup>50</sup> Hoyer, GA 1993, 406 (417 f.).

<sup>51</sup> Gebauer, 45.

<sup>52</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

<sup>53</sup> Gebauer, 46.

das beim Opfer fehlt, sondern sämtliches – sowohl legal als auch illegal erworbenes<sup>54</sup> – Vermögen, das im Zusammenhang mit der Erwerbstat steht, ohne Abzug der Aufwendungen des Täters.<sup>55</sup> Diese unterschiedlichen Ergebnisse können auch nicht mit einem Verweis auf §§ 818 Abs. 4, 819 BGB entkräftet werden, da der Konditionsschuldner in diesem Fall gerade nicht nach den §§ 812 ff. BGB, sondern nach den allgemeinen Vorschriften haftet.<sup>56</sup> Es ist daher festzustellen, dass „mit Einführung des Bruttoprinzips keine Annäherung, sondern vielmehr eine Distanzierung zum Bereicherungsrecht erfolgte“<sup>57</sup>. Die Einziehungssumme kann größer ausfallen als dem Konditionsgläubiger im Zivilrecht zustünde.<sup>58</sup>

Mithin trifft die in gewissen Ansätzen vorhandene Wesensähnlichkeit der Vermögenseinziehung mit dem zivilrechtlichen Bereicherungsrecht keine Aussage über deren Rechtsnatur als Maßnahme des Strafrechts.

#### b) Strafcharakter der Einziehung – Was ist eine Strafe?

Dies wirft zwangsläufig die Frage auf, welche konstitutiven Elemente eine Strafe aufweist und inwiefern die Vermögenseinziehung davon abweicht. Seit über hundert Jahren wird auf diese Frage eine einheitliche Antwort gesucht.<sup>59</sup> Das BVerfG definiert die Strafe als „die Auferlegung eines Rechtsnachteils wegen einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat“<sup>60</sup>. Weitere Merkmale der Strafe sind die (1) Zufügung eines Übels, (2) eine der Strafe innewohnende sozioethische Missbilligung und (3) die Verfolgung eines Strafzwecks.<sup>61</sup>

##### aa) Zufügung eines Übels

Da die Einziehung das Vorliegen einer „rechtswidrigen Tat“ gemäß § 73 Abs. 1 StGB, mithin keine schuldhafte Tatbegehung, voraussetzt, sind dogmatische Zweifel an dem Strafcharakter der Einziehung nachvollziehbar. Ausschlaggebend muss aber sein, wie eine staatliche Maßnahme auf den Einziehungsbetroffenen *wirkt*.<sup>62</sup>

Tatsächlich führt die aktuelle Rechtslage – spätestens seit der Einführung des Bruttoprinzips<sup>63</sup> – zu erheblichen Risiken für betroffene Unternehmen,<sup>64</sup> und „Dritte“ sowie deren Angestellte,<sup>65</sup> Zulieferer und Gläubiger.<sup>66</sup> Dem Einziehungsbetroffenen bleibt nicht nur der Abzug seiner getätigten Aufwendungen verwehrt,<sup>67</sup> die Einziehungshöhe wird auch nicht mehr durch den Wert seines Vermögens begrenzt,<sup>68</sup> sondern führt allenfalls zur Aussetzung der Vollstreckung der Einziehung.<sup>69</sup> Wenn aber eine Einziehungsanordnung gegenüber dem Einziehungsbetroffenen trotz fehlender Bereicherung ergehen kann, ist eindeutig, dass der Gesetzgeber die Vermögenseinziehung gerade nicht als vermögenskorrigierendes Instrument, sondern als repressiv-wirkendes Strafübel ausgestaltet hat.

Darüber hinaus steht die Eingriffsintensität der Vermögenseinziehung der Wirkung einer verfassungswidrigen Vermögensstrafe<sup>70</sup> nicht nur in nichts nach, sondern erreicht seit der Einführung des Bruttoprinzips sogar ein noch weitreichenderes, potentiell exis-

<sup>54</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 402; Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 182; Schmid/Winter, NSTZ 2002, 8, 9; Gebauer, 61.

<sup>55</sup> Vgl. § 73d StGB

<sup>56</sup> Hoyer, GA 1993, 406 (415).

<sup>57</sup> Gebauer, 47.

<sup>58</sup> Zust. Gebauer, 47; Joecks in: MK StGB, 3. Aufl., 2016, § 73 Rn. 13.

<sup>59</sup> Wolff/Merten/Papier, HB der Grundrechte, Band V, 2013, § 134, S. 1385 Rn. 29.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 107.

<sup>61</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 107; Beschluss BVerfG v. 03.02.1959 – 2 BvL 10/56; Gebauer, 59.

<sup>62</sup> Hofmann, wistra, 11/2008, 405; Hoyer, GA 1993, 406, 414; Gebauer, 51, 63.

<sup>63</sup> Durch das „Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des StGB u.a. v. 28. Februar 1992“.

<sup>64</sup> Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 185.

<sup>65</sup> Park, StraFo 2002, 73, 77; Rönnau, ZRP 2004, 191, 194.

<sup>66</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 403.

<sup>67</sup> Vgl. § 73d StGB

<sup>68</sup> Vgl. § 43a Abs. 1 Satz 1 StGB a.F.

<sup>69</sup> Vgl. § 459g StPO

<sup>70</sup> BVerfG, wistra 2002, 175 ff. = StV 2002, 247 ff.



tenzvernichtendes Ausmaß,<sup>71</sup> das auch zur Insolvenz des Einziehungsbetroffenen führen kann.<sup>72</sup> Da der Einziehungsadressat nach der Einziehung wirtschaftlich schlechter stehen kann, als er vor der Begehung der Erwerbstat stand, weist die Einziehung ein für die Strafe konstitutives *tatvergeltendes* Übel auf.<sup>73</sup> Dies ergibt sich auch daraus, dass sowohl die Verhängung einer Freiheits- oder Geldstrafe<sup>74</sup> als auch sogar die Anordnung von Untersuchungshaft<sup>75</sup> teilweise weniger belastend für den Einziehungsadressaten sein kann.<sup>76</sup>

Trotz dieser erheblichen Auswirkungen der Vermögenseinziehung – die aus der Perspektive des Einziehungsadressaten nichts anderes als ein Übel darstellen – hält der Zweite Senat an seiner Bewertung fest. Dabei scheint es bemerkenswerterweise keine Rolle zu spielen, ob – und wie belastend – der Einziehungsadressat die Vermögenseinziehung empfindet.<sup>77</sup> Obgleich der Einziehungsadressat mit der Erwerbstat kaum Gewinne erzielt hat,<sup>78</sup> ist es nach aktueller Rechtslage möglich, Beträge in Millionenhöhe abzuschöpfen.<sup>79</sup> Abschöpfungssummen in Höhe von 995 Millionen Euro im Zusammenhang mit dem „Diesel-Abgasskandal“ zeigen eindrucksvoll auf, dass die staatlichen Eingriffsinstrumente (scheinbar) unbegrenzt einsetzbar sind.<sup>80</sup>

Aus Sicht des Zweiten Senats erfordert die Einordnung einer Sanktion als Übel jedoch nicht nur, dass die Sanktion faktisch wie ein Übel wirkt, sondern es müssen auch weitere wertende Kriterien (wie der Rechtsgrund der Anordnung und der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck) berücksichtigt werden.<sup>81</sup> Der Gesetzgeber habe dem Einziehungsbetroffenen kein Übel zufügen wollen, sondern wolle einen Vermögensvorteil beseitigen, um Tatanreize zu verhindern.<sup>82</sup> Auch an dieser Stelle argumentiert der Zweite Senat jedoch tautologisch. Wie bereits ausgeführt, kann der Wille des Gesetzgebers für die Einordnung der Rechtsnatur der Einziehung nicht allein ausschlaggebend sein.<sup>83</sup> In einem solchen Fall entstünde die absurde Situation, in der der Wille des Gesetzgebers ausreichte, um den Charakter von typischen Kriminalstrafen wie z.B. den Freiheitsentzug in rein „präventive Maßnahmen“ zu ändern.<sup>84</sup> Konsequenterweise müsste man sodann die Frage stellen, welche Funktion dem BVerfG zugedacht sein soll, sofern dem Gesetzgeber eine allgemein-verbindliche und unanfechtbare Definitionsmacht zustünde. Unbestreitbar handelt es sich aber bei der historischen Auslegung nur um eine von diversen Auslegungsmethoden, deren Vielfalt der Zweite Senat in seinem Beschluss vom 10. Februar 2021 nicht ausgeschöpft hat. So deutet gerade der *Telos* des Reformgesetzes („Straftaten sollen sich nicht lohnen“) darauf hin, dass der Gesetzgeber den Strafzweck der Spezial- und Generalprävention mit der Neuregelung der Vermögenseinziehung verfolgte.<sup>85</sup>

<sup>71</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 404.

<sup>72</sup> Michalke, aaO. (Fn. 17, S. 99 und 101; Wehnert/Mosiek, StV 2005, 568, 570; Kempf/Schilling, StraFo 2006, 180, 185, 188.

<sup>73</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 406; Kracht, wistra 2000, 326 (329); Gebauer, 60; Eser in Küper: Beiträge zur Rechtswissenschaft: FS für Stree und Wessels, 1993, S. 844; Meyer ZRP, 1990, 89, Rn. 60; Weblau, StV 1991, 231; Eser, Sanktionen, 90; Kaiser, wistra 2000, 121, 123; Kilching, wistra 2000, 241, 244; Cramer, FS Meyer-Goner, 2001, S. 739 a.E.

<sup>74</sup> Gebauer, 61.

<sup>75</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 402.

<sup>76</sup> Zust. Gebauer, 61, 63; Wehnert/Mosiek, StV 2005, 568, 570.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 120.

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 27.11.2013 – 3 StR 5/13 – juris Rn. 28.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 02.12.2005 – 5 StR 119/05 – juris Rn. 48; OLG Stuttgart, Urt. v. 06.06.2014 – 2 Ss 541/13.

<sup>80</sup> Vgl. Bußgeldbescheid der StA Braunschweig gegen die Volkswagen AG in Höhe von 1 Mrd. Euro, StA Braunschweig Bußgeld Bescheid vom 13.06.2018 – 411 Js 27840/18; siehe auch Volkswagen AG Mitteilung vom 13.06.2018, abrufbar unter <<https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/bussgeldbescheid-durch-die-staatsanwaltschaft-braunschweig-gegen-volkswagen-im-zusammenhang-mit-der-dieselkrise-erlassen-91>> (23.04.2021).

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 107.

<sup>82</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 110.

<sup>83</sup> Zust. Hofmann, wistra 11/2008, 405; Eser/Schönke/Schröder, 27. Aufl., 2006, Vorbem. § 73 Rn. 19; Gebauer, 51.

<sup>84</sup> Hofmann, wistra 11/2008, 405; Gebauer, 51.

<sup>85</sup> Zust. Hohn, wistra 2003, 321 (325); Horn, in SK-StGB, § 46 Rn. 5 ff.

## bb) Sozialethische Missbilligung

Definitiv spricht der Zweite Senat der Vermögensentziehung die Wirkung einer sozial-ethischen Missbilligung ab.<sup>86</sup> Auch hier verweist das Gericht auf den gesetzgeberischen Willen, der primär einen rechtswidrigen Zustand für die Zukunft beseitigen wolle, und der Vermögensentziehung daher kein für die Kriminalstrafe typischer, tadelnder Charakter innewohne.<sup>87</sup> Eine sozialethische Missbilligung erfordert die Wahrnehmung der Öffentlichkeit von der staatlichen Maßnahme.<sup>88</sup> Die Anordnung der Entziehung ist als Bestandteil des Urteilstenors für die Öffentlichkeit wahrnehmbar.<sup>89</sup> Gleiches tritt ein, wenn die Entziehung im Beschlusswege angeordnet wird. Hier kommt die Anordnung der Entziehung spätestens im Zuge der Vollstreckung an die Öffentlichkeit. Zusätzlich trägt die Berichterstattung in Druck-, Rundfunk- und Fernsehmedien über die „Wirtschaftsskandale“ der Gegenwart gerade dazu bei, dass die Gesellschaft über die Entziehung von hohen Beträgen bei den Beschuldigten unterrichtet wird.<sup>90</sup> Dies bewirkt, dass die Entziehung – wie auch die Kriminalstrafe – ein Genugtuungsgefühl als Ausdruck von Gerechtigkeitsempfinden hervorruft.<sup>91</sup> Insofern lässt sich eine Entziehung gerade nicht von einem Unwerturteil trennen.

## cc) Verfolgung eines Strafzwecks

Der Zweite Senat vermeidet es zuzugeben, dass sich die kriminalpolitische Zielsetzung des Gesetzgebers mit dem Strafzweck der Spezial- und Generalprävention deckt.<sup>92</sup> Zwar wird ausdrücklich festgehalten, dass die Vermögensentziehung positive Generalprävention bezweckt. Allerdings wird anschließend die damit zur Strafe gezogene Parallele sogleich in ihrer Bedeutung mit dem Hinweis relativiert, dass positive Generalprävention auch in anderen Rechtsgebieten zur Geltung komme.<sup>93</sup> Gleichwohl spricht das nachstehende Resümee des Gerichts über die Abschreckungsfunktion bei Tätern und allen anderen für sich: „Die Wegnahme deliktisch erlangter Vermögenswerte sollte dem Täter, wie auch der Rechtsgemeinschaft, vor Augen führen, dass strafrechtswidrige Bereicherungen nicht geduldet werden und Straftaten sich nicht lohnen.“<sup>94</sup> Die staatliche Reaktion auf die vor Inkrafttreten der Neuordnung verjährten Taten wirkt damit in erster Linie repressiv-vergeltend. Auch wenn der Zweite Senat das Kind nicht beim Namen nennt, möglicherweise um nicht letztlich doch für die Entziehung die Geltung des Rückwirkungsverbots zu bejahen, ist unbestreitbar: Die Vermögensentziehung weist eine *tatvergeltende* Wirkung auf.<sup>95</sup>

## dd) Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Entziehung wesentliche Übereinstimmungen mit der Strafe aufweist.<sup>96</sup> Die Vermögensentziehung erlegt dem Entziehungsadressaten ein tatvergeltendes Übel auf, hat sozial-ethisch-missbilligende Ausstrahlung und verfolgt den Zweck der Spezial- und Generalprävention. Zusätzlich weist sie einen repressiven Charakter auf.<sup>97</sup> Die Betonung des „präventiven Charakters“ der Entziehung als Argument für den fehlenden Strafcharakter ist daher abwegig, da Prävention nach h.M. als Grundpfeiler der Legitimation von Strafe verstanden wird.<sup>98</sup>

<sup>86</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 113.

<sup>87</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 113.

<sup>88</sup> Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, S. 9 ff., 13 ff.; Gebauer, 48, 64.

<sup>89</sup> Gebauer, 64.

<sup>90</sup> vgl. Bußgeldbescheid der StA Braunschweig gegen die Volkswagen AG in Höhe von 1 Mrd. Euro, StA Braunschweig Bußgeld Bescheid vom 13.06.2018 – 411 Js 27840/18; siehe auch Volkswagen AG Mitteilung vom 13.06.2018, abrufbar unter <https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/bussgeldbescheid-durch-die-staatsanwaltschaft-braunschweig-gegen-volkswagen-im-zusammenhang-mit-der-dieselkrise-erlassen-91> (23.04.2021).

<sup>91</sup> Zust. Gebauer, 64.

<sup>92</sup> Zust. Hohn, wistra 2003, 321 (325); Horn, in SK-StGB, § 46 Rn. 5 ff.

<sup>93</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 114.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 114.

<sup>95</sup> Zust. Gebauer, 61, 63; Wehnert/Mosiek, StV 2005, 568, 570.

<sup>96</sup> Einen Strafcharakter bejahend: Becker/Heuer, StV 4/2020, Editorial I; Eser in Küper: Beiträge zur Rechtswissenschaft: FS für Stree und Wessels, 1993, S. 848.

<sup>97</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

<sup>98</sup> Rönau in: MAH, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 13 Rn. 45; Hofmann, wistra 11/2008, 406; Hoyer, GA 1993, 406, 421 m.w.N.

c) Europarechtliche Würdigung – Konventionskonforme Auslegung

Der Zweite Senat sieht keine Unstimmigkeiten zwischen der Einordnung der Vermögenseinziehung als „quasi-konditionelle Maßnahme“ und dem Rechtsverständnis der EMRK.<sup>99</sup> Die Vermögenseinziehung sei keine Strafe gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK.<sup>100</sup>

Die EMRK gilt als einfaches Bundesrecht und steht hierarchisch unter dem Grundgesetz.<sup>101</sup> Völkerrechtliche Wertungen haben aber gemäß Art. 25 GG Ausstrahlungswirkung (Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG), sodass die EMRK als Auslegungshilfe für die Interpretation der Grundrechte dient.<sup>102</sup> Insofern muss die Rechtsprechung bei der Anwendung nationalen Rechts an eine konventionskonforme Auslegung denken.<sup>103</sup> Der Begriff der Strafe wird autonom – d.h. losgelöst von dem jeweiligen nationalen Rechtsverständnis – bestimmt.<sup>104</sup> Maßgeblich für das Vorliegen einer Strafe nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK sind die der sog. *Welch*-Rechtsprechung<sup>105</sup> des EGMR zugrunde liegenden Kriterien.<sup>106</sup> Dazu gehören u.a. (1) der Zweck und die Natur der Maßnahme, (2) die Charakterisierung der Maßnahme durch nationales Recht, und (3) die Schwere der Maßnahme.<sup>107</sup> Gleichwohl sei es möglich, dass eine Strafe sowohl präventive als auch repressive Zwecke verfolge.<sup>108</sup>

Diese Maßstäbe sind aus Sicht des Landgerichts Kaiserslautern<sup>109</sup> und des Deutschen Anwaltsvereins<sup>110</sup> bei der Vermögenseinziehung erfüllt. Bemerkenswert ist zudem, dass der EGMR die Einziehung nach Vorschriften anderer europäischer Staaten (Großbritannien<sup>111</sup> und Italien<sup>112</sup>) bereits als Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK bewertet hat. Für deutsches Recht hat der EGMR bislang die rückwirkend angeordnete Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne der EMRK eingeordnet.<sup>113</sup> Eine entsprechende Entscheidung zur rückwirkenden Vermögenseinziehung würde enorme Signalwirkung gegenüber dem deutschen Gesetzgeber entfalten – ob der Gerichtshof die Vermögenseinziehung gemäß §§ 73 ff. StGB als Kriminalstrafe klassifizieren wird, bleibt jedoch abzuwarten.

2. Allgemeines Rückwirkungsverbot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG

Der Zweite Senat sieht in dem von ihm eingenommenen Standpunkt keinen Verstoß gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG und gewährt so Fiskalinteressen den Vortritt vor verfassungsrechtlich garantierter Rechtssicherheit. Der streitgegenständliche Art. 316h EGStGB entfalte zwar eine grundsätzlich verfassungswidrige echte Rückwirkung; diese sei im vorliegenden Fall aber ausnahmsweise wegen „überragende[r] Belange des Gemeinwohls“ zulässig.<sup>114</sup>

Diese Entscheidung ist ein Paukenschlag und bedeutet einen Rechtsbruch mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz.

<sup>99</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 122.

<sup>100</sup> Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK: „Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit der Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.“ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 125.

<sup>101</sup> BVerfGE 111, 307 (315 ff.); *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541 m.w.N.

<sup>102</sup> BVerfGE 74, 370; BVerfGE 82, 115 (120); *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541.

<sup>103</sup> BVerfGE 74, 358 (370); *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541.

<sup>104</sup> *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 533; *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>105</sup> EGMR, Ur. v. 09.02.1995 – Nr. 17440/90 (*Welch v Großbritannien*) Rn. 28.

<sup>106</sup> vgl. *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>107</sup> vgl. *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>108</sup> S. EGMR, Ur. v. 09.02.1995 – 17440/99 (*Welch v Großbritannien*), Rn. 27, 28; *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 541 m.w.N.; *Eller*, BRJ 1/2010, 22.

<sup>109</sup> Ur. v. 20. September 2017 – 7 KLS 6052 Js 8343/16 (3).

<sup>110</sup> Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme 44/2019, S. 16.

<sup>111</sup> EGMR, Ur. v. 9.2.1995 – 1/1994/448/527.

<sup>112</sup> EGMR, Ur. 30.8.2007 – 7509/01 (*Sud Fondi S.r.l. u.a. v Italien*).

<sup>113</sup> EGMR, Ur. v. 17.12.2009 – 19359/04 (*M v Deutschland*), Rn. 93–103, 122–137 = NSTz 2010, 263 m. Anmerkung *Eschelbach* NJW 2010, 2499; *Renzikowski*, ZIS 6/2011, 531 (FN. 2) m.w.N.

<sup>114</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn.144.

a) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Nach der Rechtsprechung des BVerfG gibt es – abgesehen von dem ausschließlich für Strafgesetze geltenden Art. 103 Abs. 2 GG – kein „generelles Rückwirkungsverbot“.<sup>115</sup> Vielmehr differenziert das BVerfG im Rahmen des sog. allgemeinen Rückwirkungsverbots zwischen echter und unechter Rückwirkung.<sup>116</sup>

Ein Gesetz entfaltet echte Rückwirkung, wenn es „nachträglich ändernd in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingreift. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“).“<sup>117</sup> Dies ist bei Art. 316h EGStGB der Fall, da die Einziehung von Taterträgen auch dann möglich sein soll, wenn die Erwerbstät bereits vor Verkündung der Rechtsnorm am 1. Juli 2017 *verjährt* ist.<sup>118</sup> Eine rechtliche Neubewertung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts ist auf Grundlage des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutzes verboten;<sup>119</sup> eine echte Rückwirkung entfaltende Rechtsnorm ist grundsätzlich verfassungswidrig, und mithin nichtig.<sup>120</sup>

Eine verfassungswidrige echte Rückwirkung kann aber in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, beispielsweise wenn (1) keine Vertrauensbetätigung vorliegt, oder (2) ein Vertrauen auf den Bestand einer Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war.<sup>121</sup> Das BVerfG konkretisiert diese Ausnahmen durch spezielle Fallgruppen, in denen kein schutzwürdiges Vertrauen vorliegen soll, z.B.

- wenn der Bürger nicht in den Fortbestand der Rechtslage vertrauen, sondern mit einer Änderung rechnen musste<sup>122</sup>
- wenn die Rechtslage unklar und verworren war, sodass mit der Änderung gerechnet werden musste<sup>123</sup>
- wenn ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtslage bestanden<sup>124</sup>
- wenn ein Zustand allgemeiner und erheblicher Rechtsunsicherheit besteht<sup>125</sup>
- wenn überragende Belange des Gemeinwohls dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen<sup>126</sup>
- wenn nur der Rechtsschein einer ungültigen Rechtsnorm bestand<sup>127</sup>
- wenn die Gesetzesänderung mit keinem oder nur unerheblichen Schaden für Betroffene verbunden ist (sog. Bagatellvorbehalt)<sup>128</sup>

Die Lösungsansätze des BVerfG sind Gegenstand erheblicher Kritik und werden als „diffus“<sup>129</sup>, „unbefriedigend“<sup>130</sup> und „nicht mehr berechenbar und vorhersehbar“<sup>131</sup> bezeichnet. Tatsächlich seien sie nicht geeignet, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu erreichen und sollten daher modifiziert werden.<sup>132</sup>

Dieser Eindruck bestätigt sich im Hinblick auf die Entscheidung des Zweiten Senats zur Verfassungsmäßigkeit von Art. 316h EGStGB. Denn obwohl keine der vom BVerfG entwickelten Fallgruppen auf die von Art. 316h EGStGB angeordnete rückwirkende Einzie-

<sup>115</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 20, S. 832.

<sup>116</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 131.

<sup>117</sup> BGH, Beschl. v. 7.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 44.

<sup>118</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 135; BGH, Beschl. v. 7.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 45.

<sup>119</sup> BVerfGE 13, 261 (271); 127, 1 (16 f.).

<sup>120</sup> *Stern*, 833; *Sachs/GG*, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 133 m.w.N.

<sup>121</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 138; *Stern*, Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 20, S. 834.

<sup>122</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 261 (272); 18, 429 (439).

<sup>123</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 7, 129 (151 ff.); *Stern*, 849 m.w.N.

<sup>124</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 215 (225); *Stern*, 849 m.w.N.

<sup>125</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 72, 302 (325 f.); 131; 20 (41).

<sup>126</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 261 (272); 18, 429 (439).

<sup>127</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 13, 261 (272); 18, 429 (439).

<sup>128</sup> BVerfG, Ur. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, 143; BVerfGE 30, 367 (389); 72, 200 (258)M 95, 64 (87).

<sup>129</sup> *Stern*, 832.

<sup>130</sup> *Sachs/GG*, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 132 m.w.N.

<sup>131</sup> *Stern*, 835.

<sup>132</sup> *Stern*, 836.

hung einschlägig ist,<sup>133</sup> soll diese aus Sicht des Zweiten Senats verfassungskonform sein.

## b) Stellungnahme

Die Entscheidung des Zweiten Senats unterläuft den verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutz der Bürger. Lägen der komprimierten Begründung des Zweiten Senats zumindest überzeugende Argumente zugrunde, könnte man über die defizitäre Auseinandersetzung des Senats mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinwegsehen. Die Argumente des Zweiten Senats können aber keinesfalls überzeugen, sodass zumindest nicht unerhebliche Zweifel angebracht sind, ob das BVerfG mit dem gegenständlichen Urteil „zur stetigen objektiven Verfassungskontrolle der Gesetzgebung“<sup>134</sup> beigetragen hat.

Zunächst führt der Zweite Senat aus, dass das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, die Rechtsprechung durch Einführung der Übergangsregelung von ihrem erheblichen Prüfungsaufwand aufgrund von § 2 Abs. 3 StGB (sog. Meistbegünstigungsprinzip) zu entlasten,<sup>135</sup> legitim sei und allgemein-verbindliche Abschöpfungsregelungen auch geeignet seien, dieses Ziel zu erreichen. Der Zweite Senat erkennt aber, dass der Einziehungsadressat bereits durch die „normale“ Einziehung erheblich belastet wird,<sup>136</sup> und eine Steigerung der Eingriffsintensität durch eine *rückwirkende* Abschöpfungspraxis nur dann verhältnismäßig wäre, wenn die *rückwirkende* Einziehung das *mildeste*, unter mehreren gleich geeigneten Mitteln darstellen würde. Eine pauschale rückwirkende Einziehungsregelung zu Lasten des Bürgers, um den Gerichten Arbeitsaufwand zu ersparen, ist aber schwerlich das mildeste Mittel. Vielmehr hat das BVerfG in der Vergangenheit bereits entschieden, dass eine Vereinfachung der Rechtsanwendung „durch Erstreckung der Neuregelung auf alle laufenden Verfahren“<sup>137</sup> keine echte Rückwirkung rechtfertige.<sup>138</sup> Welche besonderen Umstände es rechtfertigen sollen, von dieser Grundüberlegung im vorliegenden Fall abzuweichen, wird nicht einmal andeutungsweise erörtert.

Vielmehr betont der Zweite Senat, dass es „überragend wichtig“<sup>139</sup> sei, die Einziehung von strafrechtswidrigen Taterträgen trotz Verfolgungsverjährung zu ermöglichen,<sup>140</sup> um positive Generalprävention zu erreichen.<sup>141</sup> Übersetzt bedeutet dies, dass nicht der „abträgliche Eindruck eines erheblichen Vollzugsdefizits“<sup>142</sup> entstehen solle. Diese Argumentation ist nicht nur inkonsequent, da der Zweite Senat zunächst die Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG mit Verweis auf den fehlenden Strafcharakter der Einziehung verneint, um sodann die von Art. 316h EGStGB angeordnete echte Rückwirkung mit dem Verweis auf den für die Kriminalstrafe konstituierenden Strafzweck der Generalprävention zu rechtfertigen. Sie setzt sich vielmehr rigoros darüber hinweg, dass der für den Einziehungsadressaten unvorhersehbare Eingriff auf (teilweise *legales*) Privatvermögen durch Einziehungsanordnungen gemäß Art. 316 h EGStGB offenkundig *unverhältnismäßig* ist.

Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Einziehungsadressat kein schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand einer strafrechtswidrigen Vermögenslage habe.<sup>143</sup> **Bis zur Einführung von § 76a Abs. 2 S.1 StGB n.F. durfte der Bürger davon ausgehen und sich darauf einrichten, dass es mit Eintritt der Verfolgungsverjährung nicht mehr zu einer staatlichen Intervention kommen werde.**

<sup>133</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211; BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 192/18, Rn. 51–52.

<sup>134</sup> Papier/Merton/Papier, HB der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, § 80, S. 1008, Rn. 35.

<sup>135</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 149.

<sup>136</sup> Zust. Heine, NStZ 2015, 136; Gebauer, 57.

<sup>137</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.

<sup>138</sup> BVerfGE 30, 367 (391).

<sup>139</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 150.

<sup>140</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 149; Zust. BT-Drs. 18/11640, 84.

<sup>141</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 151: „Durch die Vermögensabschöpfung soll in normbegründender Weise sowohl dem Straftäter als auch der Rechtsgemeinschaft vor Augen geführt werden, dass eine strafrechtswidrige Vermögensmehrung von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird und deshalb keinen Bestand haben kann. Die Einziehung solcher strafrechtswidrig erlangten Werte soll die Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung und so die Rechtstreue der Bevölkerung stärken.“

<sup>142</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 151.

<sup>143</sup> So das BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19, Rn. 153–154.

**Dieses verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen in die bestehende Rechtslage geht dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit vor.**<sup>144</sup> Der 3. BGH-Strafsenat führt zutreffend aus:

„Regelungen über die Verjährung haben einen eigenständigen Wert, der ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip wurzelt. Sie sind Ausdruck der Gewährleistung von Rechtssicherheit, die als berechtigtes Interesse des Bürgers, irgendwann nicht mehr mit einer Intervention des Staats rechnen zu müssen, mit dem entgegenstehenden Anliegen der Allgemeinheit an der Durchsetzung der materiellen Rechtslage in Ausgleich zu bringen ist. (...) Ihr Sinn ist es, nach Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit Rechtssicherheit für den Beschuldigten (oder den Nebenbeteiligten) herzustellen, wobei diesem Bedürfnis dann ein höheres Gewicht als der materiellen Gerechtigkeit beigemessen wird. (...) Auf diese Weise begründen die Verjährungsvorschriften – der materiellen Rechtslage zuwider – ein von Amts wegen zu beachtendes, nicht behebbares Verfahrenshindernis, das der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dient.“<sup>145</sup>

Die Entkopplung der selbstständigen Einziehung von der Verfolgungsverjährung stellt bereits eine gravierende Verschärfung der staatlichen Eingriffsbefugnisse zu Lasten des Bürgers dar. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Verschärfung zusätzlich noch mit einer echten Rückwirkung durch Art. 316h EGStGB versehen wurde, zumal weder der Gesetzgeber noch der Zweite Senat eine überzeugende Rechtfertigung hierfür liefern. Der immer wiederkehrende – im Ergebnis aber klägliche – Versuch, die Reformgesetze durch eine Vergleichbarkeit mit dem Zivilrecht zu rechtfertigen, kann auch im Hinblick auf die echte Rückwirkung nicht überzeugen, da zivilrechtliche Schadensersatzansprüche – auch im Hinblick auf § 852 BGB – einer Verjährung unterliegen.<sup>146</sup>

Mithin begründet der Wille des Gesetzgebers, eine – bereits im alten Recht bestehende<sup>147</sup> – Missbilligung strafrechtswidriger Vermögenslagen durch Einführung der Neuordnung zu intensivieren, noch nicht die – nur in äußersten Ausnahmefällen – erlaubte echte Rückwirkung. Nicht jede kriminalpolitisch reizvolle Reform kann und sollte die Rechtssicherheit aushebeln, denn „[w]ollte man schon die schiere Ersetzung eines alten durch ein neues Paradigma für den Gesetzgeber genügen lassen, um eine echte Rückwirkung zu rechtfertigen, bliebe von dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vertrauensschutz und dem darin wurzelnden Ausnahmecharakter zulässiger echter Rückwirkung nichts mehr übrig.“<sup>148</sup>

## V. Fazit

Die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, wonach es sich bei der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung um keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern „lediglich“ um eine Maßnahme eigener Art mit konklusionsähnlichem Charakter handelt, hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Einziehung erfüllt sämtliche Wesensmerkmale einer Kriminalstrafe. Die in Art. 316h Satz 1 EGStGB angeordnete Rückwirkung von Rechtsfolgen ist deshalb – entgegen der Betrachtungsweise des erkennenden Senats des Bundesverfassungsgerichts – auch an Art. 103 Abs. 2 GG und nicht allein an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen. In jedem Fall entfaltet Art. 316h EGStGB eine verfassungswidrige echte Rückwirkung, die zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundsätze des Strafverfahrens auch nicht ausnahmsweise wegen „überragender[n] Belange[n] des Gemeinwohls“ zulässig sein kann. Das Anliegen des Bundesverfassungsgerichts, den Gesetzgeber darin zu unterstützen, dass Straftaten sich nicht lohnen sollen, ist per se nachvollziehbar. Gleichwohl müssen im Interesse von Rechtssicherheit und hierauf gegründetes Vertrauen der Bürger auch ungewollte und unangenehme Auswirkungen der Einhaltung unserer verfassungsrechtlichen Grundsätze ertragen und hingenommen werden. Die Tatsache, dass die Entscheidung des Zweiten Senats nicht einstimmig erfolgt ist, zeigt,

<sup>144</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 64.

<sup>145</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 64.

<sup>146</sup> BGH, Beschl. v. 07.03.2019 – 3 StR 192/18, Rn. 68–69.

<sup>147</sup> BT-Drs. 11/11623, 1, 4, 5 ff.

<sup>148</sup> Saliger, ZIS 4/2020, 211.



dass selbst innerhalb des Zweiten Senats an der Richtigkeit der Entscheidung Zweifel bestanden.

---

#### Internationales

---

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

Der Beitrag „**INTERPOL Red Notices und das Verbot der Doppelbestrafung– quo vadis?**“ wird nachfolgend zweisprachig wiedergegeben, sowohl in deutscher Fassung als auch in einer eigenständigen – und deshalb leicht divergierenden – englischsprachigen Fassung.

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

## INTERPOL Red Notices und das Verbot der Doppelbestrafung– quo vadis?

*Zugleich eine Besprechung von EuGH, Urteil v. 12. Mai 2021*

### I. Einführung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich mit Urteil vom 12. Mai 2021 erstmals zu der Frage der Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung (ne bis in idem) bei Auslieferungsverfahren mit Drittstaaten anlässlich einer INTERPOL Red Notice positioniert. Zuvor hatte das Oberlandesgericht Frankfurt am Main am 19. Mai 2020 in einem Auslieferungsverfahren, dem ein Auslieferungersuchen der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) zugrunde lag, bereits weitsichtig entschieden, dass Art. 54 SDÜ im bilateralen Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten Anwendung findet, wenn der Verfolgte bereits wegen derselben Tat in einem Vertragsstaat rechtskräftig strafrechtlich sanktioniert wurde und sich der Heimatstaat des Verfolgten auf dieses Auslieferungshindernis beruft.<sup>1</sup>

Nach Auffassung des EuGH steht das im EU- und Schengen-Recht verankerte Verbot der Doppelbestrafung der Festnahme einer Person aufgrund einer Red Notice entgegen, wenn in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung die Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung wegen derselben Tat festgestellt wurde, auf die sich die Red Notice bezieht. Der EuGH legt den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union insofern auf, Rechtsschutzmöglichkeiten einzurichten, damit eine solche gerichtliche Entscheidung zur Anwendbarkeit von ne bis in idem auf nationaler Ebene erwirkt werden kann.

Auch wenn eine solche Rechtsschutzmöglichkeit dem Grunde nach begrüßenswert ist, stellt sich die Anschlussfrage, ob hierdurch für Betroffene einer Red Notice tatsächlich Rechtssicherheit geschaffen wird. Der EuGH hat sich letztlich lediglich zu dem „Musterfall“ geäußert, der auch Grundlage der Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden war: Wenn der Betroffene Kenntnis von einem internationalen Festnahmeersuchen hat, soll nach nationalem Recht ein Rechtsweg offenstehen, um die Anwendbarkeit von ne bis in idem gerichtlich – oftmals im europäischen Heimatland – feststellen zu lassen.

In vielen Fällen haben Betroffene einer Red Notice jedoch keinerlei Kenntnis darüber, dass ein internationales Festnahmeersuchen gegen sie vorliegt. Die Festnahme im EU- und Schengen-Gebiet ist auch nach der Rechtsprechung des EuGH weiterhin zulässig, um dann die entsprechenden Informationen zur Überprüfung der Anwendbarkeit von ne bis in idem einzuholen.

>

<sup>1</sup> OLG Frankfurt am Main, 2 AuslA 3/20, StV 2020, 620, m. Anm. Gazeas.

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

## INTERPOL Red Notices and the Prohibition of Double Jeopardy - quo vadis?

*Also a comment on European Court of Justice's judgement of May 12, 2021*

### I. Introduction

In its ruling of May 12, 2021, the European Court of Justice (ECJ) took a position for the first time regarding the applicability on the prohibition of double jeopardy (ne bis in idem) in extradition proceedings with non-member states due to an INTERPOL Red Notice. Previously, on May 19, 2020, in extradition proceedings based on a request from the United States of America (USA), the Higher Regional Court of Frankfurt am Main had already ruled that Art. 54 of the Schengen Convention applies in bilateral extradition proceedings with third countries if the person concerned has already been sanctioned under criminal law for the same act in a Contracting State to the Schengen Agreement and the home state of the person concerned raises the principle of ne bis in idem.<sup>1</sup>

According to the ECJ, the prohibition of double jeopardy in EU and Schengen Law precludes the arrest of a person based on a Red Notice if the applicability of the prohibition of double jeopardy has been established by a final court decision in a Contracting or Member State regarding the same acts as those on which the Red Notice is based. In this respect, the ECJ requires the Member States of the European Union to establish legal remedies to obtain a court decision on the applicability of ne bis in idem at the national level.

Even though further legal protection through legal remedies are helpful, the follow-up question is whether legal remedies provide legal certainty for persons affected by a Red Notice. The ECJ ultimately only ruled on the "textbook case", which was the basis of the request for a preliminary ruling by the Administrative Court of Wiesbaden: the person concerned was aware of an INTERPOL Red Notice, while being in the European home country. Therefore, legal remedies should be available under national law to determine the applicability of ne bis in idem by a court.

However, in many cases of a Red Notice, persons concerned are not aware that an international arrest request has been issued against them. According to the ECJ, ne bis in idem does not preclude an arrest in Contracting and Member States in order to obtain the relevant information from the competent authorities of the Contracting or Member State to verify the applicability of ne bis in idem.

\* The footnotes refer mainly in German to the original German references.

<sup>1</sup> OLG Frankfurt am Main, StV 2020, 620 ff., m. Anm. Gazeas.

Dieser Beitrag bespricht die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 und zeigt einzelne praxisrelevante Fallkonstellationen im Zusammenhang mit internationalen Festnahmeersuchen und die in diesen Fällen weiterhin bestehende Rechtsunsicherheit auf.

## II. Zur Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021

Die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 erfolgte, nachdem das Verwaltungsgericht Wiesbaden dem EuGH unter Aussetzung des Verfahrens gemäß Art. 267 AEUV sechs Fragen zur Vorabentscheidung vorlegte.<sup>2</sup> In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren klagte der ursprünglich von einer INTERPOL Red Notice Betroffene gegen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundeskriminalamt (BKA), und beantragte, alle geeigneten Maßnahmen zur Löschung der Red Notice, der ein US-Haftbefehl zugrunde lag, zu erreichen. Gegen den Betroffenen wurde zuvor ein Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft München I wegen derselben Tat geführt, das gemäß § 153a Abs. 1 StPO nach Erfüllung einer Geldauflage endgültig eingestellt wurde.

Das Verwaltungsgericht Wiesbaden wandte sich mit der Kernfrage<sup>3</sup> an den EuGH, ob Art. 54 SDÜ und Art. 21 Abs. 1 AEUV jeweils i. V. m. Art. 50 GRCh der vorläufigen Festnahme in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat auf Grundlage einer INTERPOL Red Notice entgegenstehen, wenn die betreffende Person in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat bereits wegen derselben Tat Gegenstand einer Strafverfolgung gewesen ist und dieses Verfahren von der Staatsanwaltschaft, nachdem die betreffende Person bestimmte Auflagen erfüllt hatte, eingestellt wurde [67<sup>4</sup>].

1. Auf Ebene der Zulässigkeit der Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden wurde durch einige Mitgliedsstaaten eingeworfen, dass diese rein hypothetischer Natur seien. Dies wurde u. a. damit begründet, dass der Verfolgte von seinem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht habe [44]. Der EuGH ließ sich auf diese Argumentation, die offensichtlich allein bezweckte, den Rechtsschutz des Klägers vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden zu beschneiden, nicht ein. Die Klage vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden sei gerade erhoben worden, um die notwendigen Voraussetzungen dafür zu schaffen, um von dem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen zu können, ohne Gefahr zu laufen, in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat aufgrund einer Red Notice festgenommen zu werden [54].

The purpose of this article is to discuss the ECJ's decision of May 12, 2021, and to examine individual scenarios to highlight the continuous legal uncertainty for the persons concerned.

## II. The ECJ's Judgement of May 12, 2021

The decision of May 12, 2021, by the ECJ followed the six questions of the Administrative Court of Wiesbaden for a preliminary ruling under Art. 267 TFEU.<sup>2</sup> In the proceedings of the Administrative Court of Wiesbaden, the person affected by an INTERPOL Red Notice brought a legal action against Germany, represented by the Federal Criminal Police Office (BKA), seeking all appropriate measures to delete the INTERPOL Red Notice, which was based on a U. S. Arrest Warrant. The investigations by the Munich Public Prosecutor's Office I into the person concerned because of the same offence were already terminated pursuant to Section 153a (1) of the German Code of Criminal Procedure (StPO).

The Administrative Court of Wiesbaden turned to the ECJ with the main question<sup>3</sup> of whether Art. 54 of the Schengen Convention and Art. 21 (1) TFEU, each in connection with Art. 50 CFR, preclude provisional arrest in a Contracting or Member State on the basis of an INTERPOL Red Notice if the person in question has already been subject of a criminal prosecution in a Contracting or Member State for the same act and these proceedings were terminated by the Public Prosecutor's Office [67<sup>4</sup>].

1. Regarding the admissibility of the questions raised by the Administrative Court of Wiesbaden, some Member States objected to the ECJ that the questions referred were of hypothetical nature because the person concerned did not leave the country [44]. The ECJ did not accept this argument, which obviously had the sole purpose of limiting the legal protection of the plaintiff at the Administrative Court of Wiesbaden. According to the ECJ, the plaintiff initiated proceedings at the Administrative Court of Wiesbaden in order to create the necessary conditions for him to be able to leave the country without risking an arrest in a Contracting or Member State on the basis of a Red Notice [54].

<sup>2</sup> VG Wiesbaden (6. Kammer), Beschluss vom 27. Juni 2019 - 6 K 565/17, BeckRS 2019, 12928.

<sup>3</sup> Der EuGH prüfte die Vorlagefragen 1 bis 3 zusammen, siehe EuGH, Urt. v. 12. Mai 2021, C-505/19, Rz. 67.

<sup>4</sup> Auch im Folgenden ein Verweis auf die Randziffern von EuGH, Urt. v. 12. Mai 2021, C-505/19.

<sup>2</sup> VG Wiesbaden (6. Kammer), Beschluss vom 27. Juni 2019 - 6 K 565/17, BeckRS 2019, 12928.

<sup>3</sup> The ECJ examined questions 1 to 3 together, see ECJ, judg. of May 12, 2021, C-505/19, para. 67.

<sup>4</sup> In the following a reference to the paragraphs (para) of ECJ, judg. of May 12, 2021, C-505/19.

Eine weitere Zulässigkeitschürde nahm der EuGH zu dem Einwand, die Vorlagefragen seien gegenstandslos geworden, da die verfahrensgegenständliche Red Notice bereits am 5. September 2019 gelöscht wurde [48]. Das Vorabentscheidungsverfahren des Verwaltungsgerichts Wiesbaden wurde am 27. Juni 2019 gestellt. In dem verwaltungsrechtlichen Verfahren beantragte der Kläger – nach der zwischenzeitlichen Löschung der Red Notice – festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet sei, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass INTERPOL wegen desselben Sachverhalts, der Gegenstand der ihn betreffenden Red Notice gewesen sei, eine neue Red Notice herausgibt, und eine ggfs. neue Red Notice zu löschen [59]. Demnach hatte sich der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens nicht erledigt und die Beantwortung der Vorlagefragen war nach wie vor für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich [60].

Der EuGH stellte lediglich die Unzulässigkeit der Vorlagefrage 5 fest. Angefragt wurde insoweit, ob das Niveau des Schutzes personenbezogener Daten bei INTERPOL ausreiche, damit die der Richtlinie 2016/680 unterliegenden Behörden solche Daten an INTERPOL übermitteln dürfen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden habe die Bedeutung für die Entscheidung des Rechtsstreits im Ausgangsverfahren nicht ausreichend dargelegt [64 ff.].

2. Bei der Prüfung der Vorlagefragen 1, 2 und 3 befasste sich der EuGH im Kern mit dem Strafklageverbrauch durch eine staatsanwaltliche Abschlussentscheidung nach § 153a Abs. 1 StPO, den Schutzbereichen von Art. 54 SDÜ, Art. 21 AEUV und Art. 50 GRCh sowie mit der Erforderlichkeit eines gerichtlichen Rechtsschutzes für Verfolgte durch eine INTERPOL Red Notice.

a) In ständiger Rechtsprechung bestätigte der EuGH, dass das Verbot der Doppelbestrafung auch dann greife, wenn die Entscheidung nicht von einem für Strafsachen zuständigen Gericht, sondern von einer anderen Stelle erlassen wurde. Insofern entfalte § 153a StPO entsprechende Rechtskraft i. S. d. Art. 54 SDÜ<sup>5</sup> [73 f.].

b) Anschließend wurde thematisiert, ob durch eine vorläufige Festnahme aufgrund einer Red Notice überhaupt eine „Verfolgung“ im rechtstechnischen Sinne i. S. v. Art. 54 SDÜ erfolge. Im Ergebnis bejahte der EuGH – in Zustimmung des Schlussantrags von Generalanwalt beim EuGH Bobek<sup>6</sup> – eine „Verfolgung“ der Person, da die vorläufige Festnahme durch Vertrags- und Mitgliedsstaaten aufgrund einer Red Notice geeignet sei, den Schutzzweck des Art. 54 SDÜ und damit das Verbot der Doppelbestrafung zu beeinträchtigen.

Another objection was that the questions from the Administrative Court of Wiesbaden had become irrelevant because the relevant Red Notice had already been deleted on September 5, 2019 [48]. The request for a preliminary ruling from the Administrative Court of Wiesbaden was made on June 27, 2019. In the proceedings at the Administrative Court of Wiesbaden the plaintiff applied – after the deletion of the Red Notice – for a declaratory judgement (*Feststellungsklage*) which states that from now on, Germany has an obligation to take all measures necessary, firstly, in order to avoid any new Red Notices in respect of the same acts being published by INTERPOL and secondly, to erase any new Red Notice in the event that it should be published by INTERPOL [59]. Accordingly, the dispute in the main proceedings had not been resolved and the answers to the questions referred remained necessary for the resolution of the dispute [60].

The ECJ only found that question 5 was inadmissible. The question was whether the level of protection of personal data at INTERPOL was sufficient to allow the authorities subject to Directive 2016/680 to transfer data to INTERPOL. The Administrative Court of Wiesbaden had not sufficiently explained the relevance for the decision of the dispute in the main proceedings [64 et seq.].

Regarding questions 1, 2 and 3, the ECJ essentially dealt with the termination of the German criminal proceedings by the prosecution pursuant to Section 153a (1) of the German Code of Criminal Procedure, the related scope of Art. 54 of the Schengen Convention, Art. 21 TFEU and Art. 50 CFR, as well as the necessity of judicial protection for the person affected.

a) The ECJ already stated before that *ne bis in idem* also applies to procedures according to Section 153a of the German Code of Criminal Procedure. In those proceedings the public prosecutor of a Member State terminates the case, without the involvement of a court and without an indictment, once the accused person has fulfilled certain obligations<sup>5</sup> [73 et seq.].

b) Subsequently, the ECJ discussed whether a provisional arrest on the basis of a Red Notice constitutes „persecution“ in the meaning of Art. 54 of the Schengen Convention. As a result, the ECJ – in agreement with the opinion of Advocate General Bobek<sup>6</sup> – confirmed that the provisional arrest by Contracting and Member States on the basis of a Red Notice is considered „persecution“ because the protective purpose of Art. 54 of the Schengen Convention is affected.

<sup>5</sup> Unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 11. Februar 2003, „Gözütok“/„Brügge“, C-187/01 und C-385/01, Rn. 22, 27 und 48; EuGH, Urt. v. 10. März 2005, „Miraglia“, C-469/03, Rn. 34 f.; siehe grundlegend Reichling, Europäische Dimensionen des „ne bis in idem“-Grundsatzes – Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, StudZR 2006, 447, 454 ff.

<sup>6</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 60–64.

<sup>5</sup> With reference to ECJ, judg. of February 11, 2003, „Gözütok“/„Brügge“, C-187/01 and C-385/01, paras. 22, 27 and 48; ECJ, judg. of March 10, 2005, „Miraglia“, C-469/03, paras. 34, 35; siehe grundlegend Reichling, Europäische Dimensionen des „ne bis in idem“-Grundsatzes – Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, StudZR 2006, 447, 454 ff.

<sup>6</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 60–64.

Sinn und Zweck von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh sei es, dass niemand wegen einer Straftat, deretwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sei, in einem Strafverfahren erneut verfolgt und bestraft werden dürfe. Art. 54 SDÜ impliziere „*zwingend*“, dass ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme bestehe und dass jeder von ihnen die Anwendung des in den anderen Vertragsstaaten geltenden Strafrechts akzeptiere, auch wenn die Durchführung nach eigenem nationalem Recht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Zu dieser Vertragsdisziplin seien die Staaten jedoch nur verpflichtet, wenn feststehe, dass die Person wegen derselben Tat bereits von einem anderen Vertragsstaat oder Mitgliedsstaat rechtskräftig verurteilt worden sei. Dies erfordere auch, die Vertragsstaaten nach entsprechenden Informationen – wie in Art. 57 SDÜ vorgesehen – zu ersuchen, um selbst zu beurteilen, ob das Verbot der Doppelbestrafung zum Tragen komme [80 ff.].

Die vorläufige Festnahme einer Person aufgrund einer Red Notice könne, sofern die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung fraglich sei, einen „*unerlässlichen Zwischenschritt*“ darstellen, um die insoweit erforderliche Überprüfung vorzunehmen und zugleich der Gefahr zu begegnen, dass die Person flüchte und sich damit einer etwaigen Verfolgung des Drittstaats entziehe. Die vorläufige Festnahme sei zwar eine Beschränkung der Freizügigkeit der betroffenen Person, allerdings sei dies durch das legitime Ziel der Vermeidung von Straflosigkeit gerechtfertigt [84 ff.].<sup>7</sup>

Sobald die Behörden eines Vertrags- oder Mitgliedsstaats jedoch Kenntnis davon erlangen würden, dass in einem anderen Vertrags- oder Mitgliedsstaat eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zur Feststellung der Anwendbarkeit von *ne bis in idem* ergangen sei, stünden sowohl das gegenseitige Vertrauen der Vertragsstaaten als auch die garantierte Freizügigkeit einer vorläufigen Festnahme bzw. Inhaftierung entgegen [89].

Es folgt die bedeutendste Feststellung des EuGH in dieser Entscheidung: Um in diesen Fällen die „*praktische Wirksamkeit*“ der genannten Normen zu gewährleisten, obliege es den Mitglieds- und Vertragsstaaten sicherzustellen, dass „*Rechtsbehelfe*“ zur Verfügung stehen, die es den betroffenen Personen ermöglichen, eine „*rechtskräftige gerichtliche Entscheidung*“ zu erwirken, mit der festgestellt wird, dass das Verbot der Doppelbestrafung greife [92].

Der EuGH erlegt somit den Mitglieds- und Vertragsstaaten die Pflicht auf, eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Überprüfung der Anwendbarkeit von *ne bis in idem* einzurichten.

The purpose of Art. 54 of the Schengen Convention and Art. 50 CFR is that no one may be prosecuted and punished again in criminal proceedings for an offense for which they have already been convicted or acquitted in another Contracting Party. Art. 54 of the Schengen Convention implies that there is mutual trust between the Contracting States in their respective criminal justice systems and that each of them accepts the application of the criminal law in force in the other Contracting States, even when the outcome would be different if its own national law were to apply. However, States were required to exercise this treaty discipline only if it was established that the person had already been finally convicted of the same offence by another Contracting or Member State. This also requires the possibility of requesting relevant information from Contracting States – according to Art. 57 of the Schengen Convention – in order to examine whether the prohibition of double jeopardy actually applies [80 et seq.].

The provisional arrest of a person on the basis of a Red Notice could, if the application of the prohibition of double jeopardy was questionable, represent an „*essential step*“ in order to carry out the necessary checks while avoiding the risk that the person concerned may abscond and thus avoid potential prosecution [84 et seq.].<sup>7</sup>

However, as soon as the authorities of a Contracting or Member State become aware that a final judicial decision has been made in another Contracting or Member State, thereby establishing that the *ne bis in idem* principle applies with regard to the acts covered by that Red Notice, the mutual trust of the Contracting States as well as the right to freedom of movement precludes provisional arrest [89].

This is followed by the most significant finding of the ECJ in its decision: In order to ensure the effectiveness of *ne bis in idem*, Member and Contracting States must ensure the availability of legal remedies enabling the persons concerned to obtain a final judicial decision establishing that the *ne bis in idem* principle applies [92].

In addition, the ECJ pointed out that the extradition treaty between the European Union and the U.S. of June 25, 2003, does not expressly provide that the Member States may refuse extradition on the grounds of *ne bis in idem*.

<sup>7</sup> Unter Verweis auf u. a. „*Petruhhin*“, EuGH NJW 2017, 378 ff.

<sup>7</sup> Unter Verweis auf u. a. „*Petruhhin*“, EuGH NJW 2017, 378 ff.

Zudem wies der EuGH darauf hin, dass das Auslieferungsabkommen zwischen der Europäischen Union und den USA vom 25. Juni 2003 zwar nicht ausdrücklich vorsehe, dass die Mitgliedsstaaten eine Auslieferung wegen des Verbots der Doppelbestrafung verweigern dürften. Allerdings finde Art. 54 SDÜ gleichwohl Anwendung, da durch die vorläufige Festnahme eine Strafverfolgung im Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten erfolge, die für die betreffende Person dieselben negativen Auswirkungen habe, wie eine vergleichbare Handlung im Rahmen der gewöhnlichen Strafverfolgung in den Vertragsstaaten [94].

Es sei auch zu beachten, dass das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden lediglich die vorläufige Festnahme einer Person aufgrund einer Red Notice betreffe und nicht die Auslieferung dieser Person an einen Drittstaat [98].

c) Anschließend überprüft der EuGH das eigene Subsumtionsergebnis und diskutiert, ob die Anwendung von Art. 54 SDÜ auf INTERPOL Red Notices „völkerrechtswidrig“ („conflict with international law“<sup>8</sup>) sein könnte [98]. Ein solcher Verstoß könne demnach vorliegen, wenn Vertrags- und Mitgliedsstaaten eine Person, gegen die eine Red Notice vorliegt, nicht festnehmen.

Es ist bemerkenswert, dass der EuGH bei der bislang völkerrechtlich umstrittenen<sup>9</sup> Rechtsstellung von INTERPOL überhaupt in seinem Prüfprogramm die Rules on the Processing of Data (RPD)<sup>10</sup> heranzieht [99]. Es wird die Frage aufgeworfen, ob Mitgliedsstaaten von INTERPOL die Regelwerke von INTERPOL verletzen, wenn sie aufgrund von Art. 54 SDÜ eine per Red Notice gesuchte Person nicht festnehmen.

Nach Art. 87 RPD sind die Mitgliedsstaaten von INTERPOL nur dann verpflichtet die gesuchte Person vorläufig festzunehmen, wenn eine solche Maßnahme „nach [ihren] Rechtsvorschriften und den geltenden internationalen Verträgen zulässig“ ist. Nach der Auffassung des EuGH verstoße ein Staat nicht gegen seine Verpflichtungen als Mitglied von INTERPOL, wenn eine Person aufgrund des Verstoßes gegen Unionsrecht nicht festgenommen werde [99].

Im Lichte einer etwaig ungenauen Übersetzung<sup>11</sup> muss jedoch bezweifelt werden, dass der EuGH hier – ohne nähere Begründung – den Regelwerken von INTERPOL eine völkerrechtliche Relevanz zukommen lässt.

d) Der EuGH überträgt anschließend die vorgenannten Feststellungen auf das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden.

However, Art. 54 of the Schengen Convention applies because the provisional arrest due to a Red Notice results in law enforcement action in the territory of the Contracting States, which has the same adverse effect on that person's right to freedom of movement like criminal proceedings conducted entirely within that Contracting State [94].<sup>8</sup>

c) Subsequently, the ECJ discusses whether the application of Art. 54 of the Schengen Convention to INTERPOL Red Notices could be a “conflict with international law”[98].<sup>9</sup> Accordingly, such a violation could exist if the Contracting and Member States do not arrest a person against whom a Red Notice has been issued.

It is remarkable that the ECJ refers to the Rules on the Processing of Data (RPD) with respect to INTERPOL's legal status,<sup>10</sup> which has been disputed under Public International Law [99]. The ECJ raises the question of whether Member States of INTERPOL violate the regulations of INTERPOL if they do not arrest a person subject to a Red Notice on the basis of Art. 54 of the Schengen Convention.

According to Art. 87 RPD, the Member States of INTERPOL are obliged to arrest the wanted person provisionally only if such a measure is “permitted under national law and applicable international treaties”. According to the ECJ, States do not violate their obligations as a member of INTERPOL if a person is not arrested due to the violation of European and Schengen Law [99].

However, it becomes highly doubtful that the ECJ – without further justification – would grant the regulations of INTERPOL relevance under Public International Law in the meaning of international and state treaties.

d) According to the above findings, the ECJ noted that the request for a preliminary ruling by the Administrative Court of Wiesbaden did not establish that the relevant Red Notice concerned the same acts within the meaning of ne bis in idem [101].

<sup>8</sup> Nach englischer Fassung, Randziffer 98.

<sup>9</sup> Siehe Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; siehe zu INTERPOL als „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

<sup>10</sup> Die englische Fassung ist abrufbar unter: [https://www.interpol.int/content/download/5694/file/24%20E%20RPD%20UP%20DATE%207%2011%2019\\_ok.pdf?inLanguage=eng-GB](https://www.interpol.int/content/download/5694/file/24%20E%20RPD%20UP%20DATE%207%2011%2019_ok.pdf?inLanguage=eng-GB).

<sup>11</sup> „International Law“ wird mit „Internationales [Privat-] Recht“ und „Völkerrecht“ übersetzt, siehe u. a. <https://de.langenscheidt.com/englisch-deutsch/>.

<sup>8</sup> According to the ECJ it should be noted that the request for a preliminary ruling concerned only a provisional arrest of a person and not the extradition of that person to a third country.

<sup>9</sup> According to English translation, para 98.

<sup>10</sup> View Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; re. INTERPOL as „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.



Hieraus würde nicht hervorgehen, dass die Anwendung von ne bis in idem erwiesen sei [101]. Folglich verstoße die vorläufige Festnahme des Verfolgten in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat im gegenwärtigen Stadium weder gegen Art. 54 SDÜ noch gegen Art. 21 Abs. 1 AEUV jeweils in Verbindung mit Art. 50 GRCh [102]. Diese Auslegung stehe auch im Einklang mit den Vorschriften zum europäischen Haftbefehl und mit der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen [104 f.].

3. Der letzte Abschnitt widmet sich den Vorlagefragen 4 und 6, die die datenschutzrechtlichen Rechtsfolgen betrafen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden fragte an, ob die Vorschriften der Richtlinie 2016/680 in Verbindung mit Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh dahingehend auszulegen seien, dass sie der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Behörden der Mitgliedsstaaten entgegenstehen, sofern bei einer Red Notice ne bis in idem Anwendung finde.

a) Der EuGH erkannte, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 8 der Richtlinie 2016/680 auf Grundlage des Unionsrechts erfolgen müsse. Dies sei durch den 25. Erwägungsgrund der Richtlinie 2016/680 gegeben, wonach zu Strafverfolgungs- und Präventionszwecken im Wege der Zusammenarbeit der Europäischen Union und INTERPOL ein effizienter Austausch personenbezogener Daten erfolge [113].

Bei der Beantwortung der Vorlagefragen 4 und 6 setzte der EuGH seine bisherige Argumentationslinie schlüssig fort, wonach für Mitgliedsstaaten die Möglichkeit gewährleistet sein müsse, eine zuverlässige Überprüfung der Voraussetzungen zur Anwendung von ne bis in idem vorzunehmen. Zur Erfüllung der eigenen Aufgaben im Sinne einer effektiven Strafverfolgung und zu Präventionszwecken müsse es den Mitgliedsstaaten möglich sein, die Red Notice in die nationale Fahndungsdatenbank aufzunehmen und zu überprüfen, ob tatsächlich das Verbot der Doppelbestrafung greift.

Sofern jedoch eine gerichtliche Entscheidung eines Vertrags- oder Mitgliedsstaats vorliege, die aufgrund derselben Taten die Anwendung von ne bis in idem festgestellt habe, sei die Speicherung der in der Red Notice enthaltenen Daten nicht mehr erforderlich, sodass die betroffene Person gemäß Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2016/680 von dem Verantwortlichen verlangen könne, die personenbezogenen Daten „unverzüglich zu löschen“ [120]. Verantwortlicher im Sinne der Richtlinie 2016/680 ist gemäß Art. 3 Nr. 8 i. V. m. Nr. 7 die zuständige staatliche Stelle. Dieser Lösungsanspruch richtet sich – mangels staatlicher Anbindung – nicht gegen INTERPOL.

b) Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang der Schlussvortrag des Generalanwalts beim EuGH Bobek, wonach „nicht ausgeschlossen werden [können], dass die Vereinigten Staaten Interpol künftig ersuchen könnten, wegen derselben Taten erneut eine Red Notice auszustellen.“<sup>12</sup>

Consequently, the provisional arrest of the person concerned in a Contracting or Member State at this stage would neither violate Art. 54 of the Schengen Convention nor Art. 21 (1) TFEU, read in the light of Art. 50 [102]. According to the ECJ, this interpretation is also consistent with the rules on the European arrest warrant, with Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of April 3, 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters [104 et seq.].

3. In the last section the ECJ examined questions 4 and 6, which concerned the legal consequences under Data Protection Law. The Administrative Court of Wiesbaden asked whether the provisions of Directive 2016/680 with respect to Art. 54 of the Schengen Convention and Art. 50 CFR should be interpreted as precluding the processing of personal data by the authorities of the Member States if ne bis in idem applies in the case of a Red Notice.

a) The ECJ recognized that under Art. 8 of Directive 2016/680 the processing of personal data is only lawful if and to the extent that processing is necessary for the performance of a task carried out by a competent authority for the purposes set out in Art. 1 (1), and that it is based on Union Law or national law of the Member States. This is provided by an efficient exchange of personal data for law enforcement and prevention purposes through cooperation between the European Union and INTERPOL according to recital 25 of Directive 2016/680 [113].

While examining questions 4 and 6, the ECJ followed its previous line of reasoning, according to which it must be possible for Member States to reliably verify the conditions for the application of ne bis in idem. In order to fulfil their own tasks in terms of effective criminal prosecution and for prevention purposes, it must be possible for Member States to include the Red Notice in the national search database in order to check whether the prohibition of double jeopardy actually applies.

However, if there is a judicial decision of a Contracting or Member State that has determined the application of ne bis in idem on the basis of the same acts, the recording of the data contained in the Red Notice is no longer necessary, so that the subject of the data must be able to request that “the controller erase personal data relating to him or her without undue delay” pursuant to Art. 16 (2) of Directive 2016/680 [120]. The controller within the meaning of Directive 2016/680 is, according to Art. 3 no. 8 with respect no. 7, the competent public authority. However, this right or claim for deletion of personal data does not apply to INTERPOL because it’s not considered a public authority.

b) In this context, it should be noted that according to Advocate General Bobek’s “it cannot be excluded that the United States may in the future ask Interpol to re-issue a red notice for the same acts”.<sup>11</sup>

<sup>12</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 120.

<sup>11</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 120.

Bereits diese deutliche Aussage eines Generalanwalts beim EuGH verdeutlicht die diskussionswürdige Ausschreibungspraxis von INTERPOL.

Nach *Bobek* sei im Einzelfall eine Weiterverarbeitung der in der Red Notice enthaltenen personenbezogenen Daten erforderlich: „Andernfalls, wenn also sämtliche Daten sofort gelöscht werden müssten, sobald der Grundsatz *ne bis in idem* greift, hätte dies eher seltsame Folgen: Das rechtlich vorgesehene Gedächtnis der nationalen Polizeibehörden würde zu demjenigen von Dory, dem Fisch (der immer noch nach Nemo sucht), so dass die gesuchte Person letztendlich in einer wenig glücklichen Wiederholung von Bill Murrays Murmeltiertag für die betreffenden strafrechtlichen Vorwürfe wieder und wieder den Schutz nach dem Grundsatz *ne bis in idem* geltend machen und darlegen müsste.“<sup>13</sup>

Diesen Aspekt berücksichtigte der EuGH in seiner Entscheidung – soweit ersichtlich leider ohne auf *Bobeks* Spielfilm-Assoziationen einzugehen – dahingehend, dass die gespeicherten Daten mit dem Hinweis, einem sog. Addendum<sup>14</sup>, versehen werden müssten, dass die betroffene Person in einem Mitglieds- oder Vertragsstaat wegen des Verbots der Doppelbestrafung nicht mehr verfolgt werden dürfe [120].

### III. Bewertung und Ausblick

Der EuGH hat in der Entscheidung vom 12. Mai 2021 bestätigt, dass die Festnahme einer Person aufgrund einer INTERPOL Red Notice nach EU- und Schengen-Recht zulässig ist, sofern die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung ungewiss ist, um eine Flucht des Verfolgten zu verhindern. Anschließend sollen Informationen zur Prüfung der Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung eingeholt und geprüft werden können. Dies entspricht dem üblichen Vorgehen in einem Auslieferungsverfahren.

Von entscheidender Tragweite und Praxisrelevanz ist, dass der EuGH den Vertrags- und Mitgliedsstaaten auferlegt, einen Rechtsbehelf zur Erlangung einer gerichtlichen Entscheidung zu schaffen, um die Anwendbarkeit von *ne bis in idem* feststellen zu lassen und für den Verfolgten Rechtssicherheit zu schaffen.

So weit so gut.

Im Folgenden sollen zwei praxisrelevante Fallkonstellationen betrachtet werden, in denen der Verfolgte in einem Fall Kenntnis und in einem anderen Fall keine Kenntnis von einer Red Notice hat. Hieran sollen die weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheiten aufgezeigt werden.

This clear statement by an Advocate General at the ECJ already illustrates INTERPOL's debatable handling of Red Notices.

However, according to *Bobek* the processing of the personal data contained in the Red Notice is necessary in individual cases because it is in the interest of the person who is subject to the Red Notice: “Were it to be otherwise, and all the data had to be erased immediately once *ne bis in idem* was triggered, the consequences could be rather odd: the legally imposed memory span of the national police authorities would become like that of Dory the fish (still Finding Nemo) so that the requested person would end up being forced, in a rather unfortunate re-run of Bill Murray's *Groundhog Day*, to invoke and prove the protection under the principle *ne bis in idem*, with regard to the criminal charges in question, over and over again.”<sup>12</sup>

The ECJ considered this aspect in its decision – without addressing *Bobek's* movie associations – and stated that the data remaining on the record must be accompanied by a note, an addendum<sup>13</sup>, that the person in question may no longer be prosecuted in a Member or Contracting State for the same acts for reason of the *ne bis in idem* principle [120].

### III. Evaluation

In the decision of May 12, 2021, the ECJ confirmed that the arrest of a person on the basis of an INTERPOL Red Notice is not precluded by EU and Schengen Law, if *ne bis in idem* was not established by a national judicial decision. Subsequently, the authorities in the State where the person is arrested can still request and examine information on the applicability of *ne bis in idem* within the usual extradition proceedings.

The fact that the ECJ requires the Contracting and Member states to create a legal remedy for obtaining a court decision in order to establish the applicability of *ne bis in idem* and to create legal certainty for the person being prosecuted is of decisive significance and practical relevance.

So far so good.

In the following, two scenarios of practical relevance will be considered in which the person concerned has knowledge, and does not have knowledge, of a Red Notice in order to demonstrate the remaining legal uncertainties.

<sup>13</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 121.

<sup>14</sup> Der Wortlaut des Addendums zu der Red Notice, die der EuGH Entscheidung zugrunde lag, lautete: „Das [NCB] Wiesbaden geht von der Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung auf den der Ausschreibung zugrunde liegenden Sachverhalt aus, da die Vorwürfe, auf denen diese beruht, mit einer Straftat identisch sind, wegen der die Staatsanwaltschaft München ein Verfahren gegen den Beschuldigten eingeleitet hat, das eingestellt wurde,“ siehe (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 89.

<sup>12</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 121.

<sup>13</sup> The wording of the addendum to the Red Notice was as follows: „[The National Central Bureau of] Wiesbaden considers that double jeopardy should apply as the charges, on which the red notice are based, are identical to an offence for which Munich's public prosecutor's office took proceedings against the subject, which were terminated,“ siehe (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19 (englische Fassung), BeckRS 2020, 31321, Rn. 89.

1. Die Entscheidung des EuGH erfasst lediglich den „Musterfall“, der auch den Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden zugrunde lag: Das Strafverfahren gegen den Verfolgten wurde in einem Vertrags- und Mitgliedsstaat, hier der Bundesrepublik Deutschland, rechtskräftig abgeschlossen. Der Verfolgte hat bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt Kenntnis erlangt, dass aufgrund eines US-amerikanischen Haftbefehls eine INTERPOL Red Notice wegen derselben Tat gegen ihn vorliegt. Durch die nunmehr ergangene Entscheidung des EuGH wird der Verfolgte, voraussichtlich über das Verwaltungsgericht Wiesbaden, eine gerichtliche Entscheidung erwirken, die die Anwendung von ne bis in idem prüfen und bestätigen wird.

a) Sofern der Verfolgte dann eine gerichtliche Entscheidung erwirkt hat, ist es nach der Auffassung des EuGH nicht mehr erforderlich, in den Mitgliedsstaaten personenbezogene Daten zu speichern, weshalb diese Daten zu löschen sind. Werden die Daten jedoch weiter gespeichert, sollen die Festnahmeersuchen mit einem Addendum versehen werden, dass die betroffene Person in den Mitglieds- oder Vertragsstaaten wegen des Verbots der Doppelbestrafung nicht mehr verfolgt werden darf.

b) Auch bei dem durch den EuGH entschiedenen „Musterfall“ ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass beispielsweise eine rechtskräftige Entscheidung zur Anwendbarkeit von ne bis in idem in Deutschland vorliegt, der ursprünglich Verfolgte in einen Vertrags- oder Mitgliedsstaat reist, jedoch dort die Fragen zur Tatidentität und der Anwendbarkeit von ne bis in idem rechtlich anderes beurteilt werden könnten. Der EuGH stellte selbst fest, dass das gegenseitige Vertrauen der Vertrags- und Mitgliedsstaaten, auch eine Überprüfung der Informationen erforderlich mache [80 ff.]. Es bleibt dann die Frage, weshalb Vertrags- und Mitgliedsstaaten nicht auch die gerichtliche Entscheidung zur Feststellung der Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung überprüfen sollten.

c) Leider hat der EuGH sich – wegen mangelnder Zuständigkeit und Entscheidungserheblichkeit – zu dem weiteren Beschwerdeweg des Verfolgten nicht weiter geäußert. Allerdings hat der EuGH festgehalten, dass die betroffene Person gemäß Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2016/680 einen Lösungsanspruch gegen die verantwortliche staatliche Stelle hat, die diese Daten speichert.

Durch eine gerichtliche Entscheidung zur Feststellung der Anwendbarkeit von ne bis in idem per se erlangen Betroffene faktisch keine Reisefreiheit, da INTERPOL und die Mitglieds- und Vertragsstaaten zunächst von einer solchen gerichtlichen Entscheidung unmittelbar Kenntnis erlangen müssen. Dementsprechend muss die Löschung des Fahndungsersuchens beantragt werden.

Hierbei ist zu beachten, dass Daten im Rahmen internationaler Kooperationen über unterschiedliche „Funk-Kanäle“ ausgetauscht werden.<sup>15</sup>

1. Based on the request for a preliminary ruling by the Administrative Court of Wiesbaden, the ECJ only covers the following “textbook case”, where the person concerned is aware of a Red Notice: the criminal proceedings against the person concerned had been finally closed in a Contracting and Member State due to a termination of the case, an acquittal or a verdict. The person concerned became aware that an INTERPOL Red Notice had been issued against him on the basis of a U.S. arrest warrant. As a result of the ECJ’s decision, the person concerned can now obtain a court decision, presumably through the Administrative Court of Wiesbaden, which will examine and confirm the application of ne bis in idem.

a) If the person concerned has then obtained a court decision that established ne bis in idem, the recording of personal data in the Member States is precluded, according to the ECJ. However, if the data remains recorded, the Red Notice should be accompanied by an addendum stating that the person concerned may no longer be prosecuted in the Member or Contracting States due to ne bis in idem.

b) In this “textbook case” decided by the ECJ, the possibility must be considered that if a final judicial decision on the applicability of ne bis in idem already exists in Germany, and if the person concerned travels to another Contracting or Member state, a court in this Contracting or Member State may have a different opinion on the identity of the crime and the applicability of ne bis in idem. The ECJ itself stated that the mutual trust of the Contracting and Member States also requires that the information necessary must be verified [80 et seq.]. Therefore, the possibility remains that Contracting and Member States will also review the judicial decision of another State to determine the application of ne bis in idem, while the person concerned is arrested.

c) Unfortunately, the ECJ did not comment further – due to lack of jurisdiction and relevance to the decision – on how the person can object to the Red Notice in Contracting and Member States. However, the ECJ did state that subject to the data has a right to request the deletion of personal data according to Art. 16 (2) of Directive 2016/680.

A judicial decision establishing the applicability of ne bis in idem per se does not provide freedom of travel to the persons concerned, since INTERPOL and the Member and Contracting States must first become aware of such a judicial decision.

In this regard, it should be noted that data for law enforcement is exchanged via different “channels” within the framework of international cooperations.<sup>14</sup>

<sup>15</sup> Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff.

<sup>14</sup> Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff.

Die Vertragsstaaten des Schengen-Abkommens nutzen u. a. für Fahndungsersuchen das Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II). Über SIS II werden jedoch lediglich Festnahmeersuchen von anderen Vertragsstaaten und nicht von Drittstaaten ausgeschrieben. Eine Ausnahme sind Passdaten, die nach Erwägungsgrund 18 sowie gemäß Art. 55 des Rahmenbeschlusses 2007/533/JI des Rates vom 12. Juni 2007 mit INTERPOL ausgetauscht werden sollen. In Deutschland ist die Beschwerde gegen eine Ausschreibung im SIS II an die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und Informationsfreiheit oder die beim BKA angesiedelte für den nationalen und internationalen Nachrichtenaustausch über SIS II-Fahndungen zuständige „SIRENE“ zu richten. Auch wenn es nahe liegt die Vertrags- und Mitgliedsstaaten mit der Rechtsprechung des EuGH zu einer Löschung des Festnahmeersuchens im SIS II anzuhalten, dürfte die Red Notice nach wie vor im „Funk-Kanal“ von INTERPOL bestehen bleiben.

Interpol nutzt das elektronische Kommunikationssystem „I-24/7“.<sup>16</sup> Ein Antrag auf Löschung der Daten ist an die Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF) zu richten, wobei eine Verletzung der Regelwerke von INTERPOL gerügt werden muss.<sup>17</sup> Die völkerrechtlichen Bindungen und Verpflichtungen von INTERPOL sind nach wie vor ungeklärt.<sup>18</sup> Deshalb ist es nicht fernliegend, dass sich INTERPOL an die Rechtsprechung des EuGH nicht gebunden fühlt und stattdessen die Verantwortung für die Implementierung und Vollstreckung bei den Nationalen INTERPOL-Büros der Vertrags- und Mitgliedsstaaten sehen könnte.<sup>19</sup>

Es droht ein bürokratischer Hindernislauf, um die Vollstreckung eines Festnahmeersuchens aus einem Drittland im EU- und Schengen-Raum aufgrund der Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung zu verhindern. In unmittelbarer Verantwortung stehen in jedem Fall die Vertrags- und Mitgliedsstaaten, das Verbot der Doppelbestrafung verlässlich umzusetzen und nach Richtlinie 2016/680 personenbezogene Daten u. a. auch zu löschen oder ein Addendum hinzuzufügen. Adressat eines Löschantrags bleibt folglich der jeweilige Mitgliedsstaat, der personenbezogene Daten im Sinne der Richtlinie 2016/680 speichert. Entscheidend ist jedoch, dass dieses Addendum in allen „Funk-Kanälen“, die dem internationalen Informationsaustausch u. a. für Festnahmeersuchen dienen, hinterlegt wird und nach der Rechtsprechung des EuGH einem Sperrvermerk gleichkommt, der eine Festnahme unterbindet.

The Contracting States to the Schengen Agreement use the second-generation of the Schengen Information System (SIS II) for search requests. However, only law enforcement requests from other Contracting States and not from third countries are implemented in SIS II. An exception is passport data, which is exchanged with INTERPOL according to recital 18 as well as Art. 55 of Council Decision 2007/533/JHA of June 12, 2007. In Germany, the complaint against a notice in SIS II should be addressed to the Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information or to „SIRENE“, which is responsible for the national and international exchange of data via SIS II and is located at the BKA. It seems obvious to request Contracting and Member States to delete the arrest request in the relevant SIS II „channel“. However, it also seems possible that the Red Notice remains in INTERPOL's „channel“.

INTERPOL uses the electronic communication system „I-24/7“.<sup>15</sup> A request for deletion of data must be addressed to the Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF), because of a violation of INTERPOL's regulations.<sup>16</sup> INTERPOL's ties and obligations under international law remain disputed.<sup>17</sup> Therefore, it seems possible that INTERPOL could deny any obligation under the ECJ's jurisdiction and could argue that the responsibility for implementation and enforcement lies with the National INTERPOL Offices of the Contracting and Member States.<sup>18</sup>

A request to delete relevant data to prevent the execution of a Red Notice can lead to several bureaucratic challenges. In any case, the Contracting and Member states have the responsibility of guaranteeing the prohibition of double jeopardy and also of deleting personal data or adding an addendum. Consequently, the addressee of a request for deletion remains the respective Member State that stores personal data within the meaning of Directive 2016/680. However, it is decisive that this addendum is implemented in all „channels“ serving the international exchange of information for law enforcement to prevent an arrest.

<sup>16</sup> Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff., 108 ff.

<sup>17</sup> Siehe Rosenthal/Schramm, Interpol – Instrumentalisierung durch Despoten und rechtliche Verteidigungsmöglichkeiten Betroffener, StraFo 2015, 450, 455 ff.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113 ff.

<sup>18</sup> Siehe Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; siehe zu INTERPOL als „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

<sup>19</sup> In diesem Kontext ist bereits ein Antrag bei der CCF auf Löschung bzw. Beschränkung einer Red Notice im EU- und Schengen-Raum durch den Verfasser anhängig.

<sup>15</sup> Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff., 108 ff.

<sup>16</sup> View Rosenthal/Schramm, Interpol – Instrumentalisierung durch Despoten und rechtliche Verteidigungsmöglichkeiten Betroffener, StraFo 2015, 450, 455 ff.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113 ff.

<sup>17</sup> View Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; re. INTERPOL als „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

<sup>18</sup> In this context, a request for deletion of the Red Notice in the EU and Schengen area is already pending at the CCF.

2. Neben diesem skizzierten „Musterfall“ ist auch eine andere Fallkonstellation zu beachten. Für die betroffene Person ist es oftmals nicht vorhersehbar, dass nach dem rechtskräftigen Abschluss eines nationalen Ermittlungsverfahrens auch eine Strafverfolgungsbehörde in einem Drittland wegen derselben Tat ermittelt und dass ein europäisches oder internationales Festnahmeersuchen vorliegen könnte. Eine solche Unvorhersehbarkeit ist mitunter dem in einigen Nationen sehr weiten Verständnis örtlicher Zuständigkeit geschuldet.<sup>20</sup> Auch Generalanwalt am EuGH Bobek wies darauf hin, „dass bei bestimmten Straftaten zudem nicht undenkbar ist, dass auf Ersuchen mehrerer Staaten eine Red Notice wegen derselben Taten ausgestellt werden könnte“.<sup>21</sup>

Die betroffene Person reist deshalb oftmals ohne eine Vorahnung aus einem Mitgliedsstaat aus und wird beispielsweise in der Bundesrepublik Deutschland festgenommen.

a) In einem solchen Fall folgt das gewohnte Auslieferungsverfahren nach dem IRG, in dem die Generalstaatsanwaltschaften entsprechende Informationen einholen, um – nunmehr auch nach der Rechtsprechung des EuGH – die Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung zu prüfen.

Dies umfasst zunächst die Übermittlung der Auslieferungsunterlagen aus dem Drittland gemäß § 10 IRG. Der Auslieferungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA vom 20. Juni 1978 sieht beispielsweise gemäß Art. 16 Abs. 4 eine Frist von 40 Tagen zur Übermittlung des förmlichen Auslieferungsersuchens vor, die in der Praxis geradezu regelmäßig noch einmal um die in Art. 16 Abs. 4 ebenfalls vorgesehenen weiteren 20 Tage verlängert und dann auch fast vollständig ausgenutzt wird. Zudem müssen die Unterlagen aus dem Vertrags- oder Mitgliedsstaat, in dem bereits ein rechtskräftiger Verfahrensabschluss aufgrund derselben Tat vorliegt, übermittelt werden.

Auch wenn der verteidigte Verfolgte das Strafurteil des Vertrags- oder Mitgliedsstaats, dem, wie der Red Notice, dieselbe Tat zugrunde liegt, beglaubigt übersetzt bei der Generalstaatsanwaltschaft einreicht, werden in jedem Fall über den diplomatischen Weg – wie in jedem anderen Auslieferungsverfahren – die entsprechenden Unterlagen bei dem Vertrags- und Mitgliedsstaat mit entsprechendem Zeitaufwand angefordert.

Die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 lässt es weiterhin zu, dass die Voraussetzungen des Verbots der Doppelbestrafung im üblichen Auslieferungsverfahren geprüft werden, während die betroffene Person inhaftiert ist. Eine Außervollzugsetzung des deutschen Auslieferungshaftbefehls ist regelmäßig aussichtslos, da Verfolgte oftmals auf der Durchreise sind und deshalb aus Sicht der Generalstaatsanwaltschaften stets (und mit ihnen meist auch der Oberlandesgerichte) von Fluchtgefahr auszugehen ist.

2. Besides the discussed “textbook case”, in other cases it is not obvious to the person concerned that a law enforcement agency in a third country is also executing investigations against the relevant person. The reason for this unpredictability is usually a very broad understanding of national jurisdiction in some nations.<sup>19</sup> Advocate General Bobek also pointed out that “in the case of some crimes, it is also not unthinkable that a red notice for the same acts may be issued at the request of several States.”<sup>20</sup>

The person concerned therefore often leaves a Member State without knowing the risk of arrest and is arrested in another Member State, for example Germany.

a) In such a case, the usual extradition procedure under German Law follows, where the relevant Prosecution Offices obtain relevant information in order to examine the applicability of ne bis in idem.

During the extradition proceedings the extradition documents from the country that issued the Red Notice are requested. The extradition treaty between Germany and the U.S. of June 20, 1978, for example, provides for a period of 40 days for transmitting the formal extradition request, which can be extended to another 20 days. In addition, the final judicial decision from the Contracting or Member State that relates to the same facts must also be transmitted from the Contracting or Member State to the German authorities that are in charge for the extradition proceedings.

The defence of the person concerned can also submit the final judicial decision of the Contracting or Member State to the Prosecution Office in Germany. However, the Prosecution Office in charge will also request the documents through diplomatic channels with a significant amount of time.

The ECJ's decision of May 12, 2021 confirmed that the person concerned remains under arrest while all relevant information regarding the applicability of ne bis in idem is examined in the usual extradition proceedings.

The enforcement of the warrant for extradition is usually not suspended due to an alleged flight risk claimed by the General Prosecution Offices and the Higher Regional Courts.

<sup>20</sup> Siehe zur Zuständigkeit des US-amerikanischen DoJ *Litzka*, Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus deutscher Sicht, WiJ 2012, 79, 80.

<sup>21</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321 Rn. 120.

<sup>19</sup> Siehe zur Zuständigkeit des US-amerikanischen DoJ *Litzka*, Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus deutscher Sicht, WiJ 2012, 79, 80.

<sup>20</sup> Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321 Rn. 120.



b) Es bleibt die Frage, wie betroffene Personen mehr Rechtssicherheit erlangen können, wenn das Strafverfahren gegen sie in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat rechtskräftig abgeschlossen wurde und – ohne ihr Wissen – eine Strafverfolgungsbehörde in einem Drittland die eigene Zuständigkeit begründet und eine INTERPOL Red Notice erwirkt.

Ein durchaus ambitionierter Lösungsvorschlag wäre es, weitergehende Prüfungspflichten für INTERPOL bei der Implementierung einer Red Notice im eigenen Informationssystem zu fordern. Anlass hierfür könnten Sachverhalte sein, die offensichtlich einen grenzüberschreitenden Sachverhalt betreffen. Gemäß Art. 6 RPD sind die Nationalen Zentralbüros von INTERPOL u. a. berechtigt, Daten in das INTERPOL Informationssystem aufzunehmen und zu löschen. Die Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF) ist gemäß Art. 3 (1) (a) ihrer Statuten<sup>22</sup> dafür zuständig, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten im Einklang mit INTERPOLs Verfassung<sup>23</sup> erfolgt. Gemäß Art. 2 (1) der Verfassung INTERPOLs ist es das erklärte Ziel von INTERPOL, bestmögliche gegenseitige Unterstützung zwischen allen Polizeibehörden innerhalb der Rechtsordnungen in den einzelnen Jurisdiktionen und im Geiste der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) sicherzustellen und zu fördern. Eben diese Rechtsordnungen in den einzelnen Jurisdiktionen erkennen Art. 54 SDÜ, Art. 21 AEUV sowie Art. 50 GrCH an, sodass eine Überprüfung der Red Notice eines Drittlands nach den Regelwerken von INTERPOL erforderlich ist. Eine Red Notice im Informationssystem von INTERPOL beinhaltet auch den Tatvorwurf, aus dem sich bereits der grenzüberschreitende Sachverhalt ergibt. In diesen Fällen ist es nach EU- und Schengen-Recht erforderlich, dass INTERPOL standardisiert über die Nationalen Zentralbüros anfragt, ob die betroffene Person bereits wegen derselben Tat in dem entsprechenden Vertrags- oder Mitgliedsstaat verurteilt wurde.

Der EuGH hat das Verbot der Doppelbestrafung als elementare Säule europäischer Rechtsstaaten bestätigt und die Umsetzung den Vertrags- und Mitgliedsstaaten auferlegt. Es ist nach rechtsstaatlichen Grundsätzen inakzeptabel, dass eine internationale Polizeibehörde ohne völkerrechtliche Kontrolle,<sup>24</sup> als „Produkt der Selbstbindung“<sup>25</sup> und folglich in der Rechtsstellung eines internationalen Vereins, die Grundrechte in der Europäischen Union und den Vertragsstaaten des Schengen-Abkommens ausblendet, sofern Anhaltspunkte für eine Verletzung dieser Rechte bestehen. Dem Recht zur Ausschreibung eines Festnahmeersuchens in über 190 Mitgliedsstaaten von INTERPOL muss eine Pflicht zur Prüfung der Einhaltung von EU- und Schengen-Recht folgen.

b) The question remains of how the person concerned can obtain better legal certainty if the criminal proceedings against them have been concluded in a Contracting or Member State and – without their knowledge – a law enforcement agency abroad establishes jurisdiction and issues a Red Notice.

An ambitious proposal for a solution would be to require INTERPOL to carry out more extensive checks when implementing a Red Notice in its own information system where cases are obviously cross-border. According to Art. 6 RPD, INTERPOL's National Central Bureaus are also authorized to enter and delete data in the INTERPOL information system. According to Art. 3 (1) (a) of INTERPOL's Constitution,<sup>20</sup> the Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF) is responsible for ensuring that personal data is processed in compliance with INTERPOL's Constitution<sup>21</sup>. According to Art. 2 (1) of INTERPOL's Constitution, INTERPOL aims to ensure and promote the widest possible mutual assistance between all criminal police authorities within the limits of the laws existing in the different countries and in the spirit of the Universal Declaration of Human Rights. These jurisdictions partially also recognize Art. 54 of the Schengen Convention, Art. 21 TFEU and Art. 50 CFR. Thus, an examination of the Red Notice under European law is required according to INTERPOL's rules and regulations. A Red Notice usually contains some facts of the case and the alleged crime where the cross-border background may become apparent. In these cases, INTERPOL could contact the National Central Bureau to inquire whether the person concerned has already been convicted of the same offense in the relevant Contracting or Member State.

The ECJ has confirmed the prohibition of double jeopardy as a foundational pillar of the European Rule of Law. Therefore, it is unacceptable that an international police authority without supervision under international law<sup>22</sup>, as a „self-binding organization“<sup>23</sup> and consequently with the legal status of a non-state international association, should ignore fundamental rights in the European Union and the Contracting States of the Schengen Agreement if there are indications of a violation of these rights. The right to implement an arrest request in more than 190 Member States of INTERPOL must be followed by an obligation to verify compliance with EU and Schengen Law.

<sup>22</sup> Statute of the Commission for the Control of INTERPOL's Files.

<sup>23</sup> Constitution of the International Criminal Police Organization Interpol.

<sup>24</sup> Siehe hierzu Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113, 140.

<sup>25</sup> Meyer/Hüttemann Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 430.

<sup>20</sup> Statute of the Commission for the Control of INTERPOL's Files.

<sup>21</sup> Constitution of the International Criminal Police Organization Interpol.

<sup>22</sup> Siehe hierzu Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113, 140.

<sup>23</sup> Meyer/Hüttemann Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 430.



Unabhängig davon bleibt es die originäre Aufgabe der Vertrags- und Mitgliedsstaaten selbst, die Einhaltung der unionsrechtlichen Verfahrensrechte, auch bei Fahndungssuchen über INTERPOL, sicherzustellen. Deshalb wäre es auch denkbar, dass die Nationalen Zentralbüros von INTERPOL, in der Bundesrepublik Deutschland das BKA, beim Eingang einer Red Notice selbst überprüfen, ob eine rechtskräftige Entscheidung in dieser Angelegenheit gegen den Verfolgten vorliegt. Sofern dies der Fall ist, wäre diese Information durch die verantwortlichen staatlichen Stellen nach Richtlinie 2016/680 in allen „Funk-Kanälen“ durch ein Addendum zu hinterlegen. Anschließend müsste der Verfolgte informiert werden, um die Möglichkeit zu erhalten eine gerichtliche Entscheidung zu erwirken, die die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung bestätigt.

#### IV. Ergebnis

Die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 zeigt in die richtige Richtung. Auch Festnahmen aufgrund einer INTERPOL Red Notice unterliegen dem Recht der EU-Mitgliedsstaaten und den Vertragsstaaten des Schengener Durchführungsübereinkommens. Die konsequente Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung und eine entsprechende Rechtssicherheit für Verfolgte hängen letztlich von der Informationslage in den Vertrags- und Mitgliedsstaaten ab. Sofern die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung ungewiss ist, bleibt auch nach der Rechtsprechung des EuGH eine Festnahme aufgrund einer Red Notice zulässig. Sobald eine gerichtliche Entscheidung die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung festgestellt hat, ist die Festnahme in Vertrags- und Mitgliedsstaaten unzulässig. Den Mitglieds- und Vertragsstaaten hat der EuGH auferlegt, einen entsprechenden Rechtsbehelf zu schaffen.

Die aufgezeigten Fallkonstellationen zeigen, dass hinsichtlich der Folgefragen nach wie vor keine ausreichende Rechtssicherheit für Betroffene einer Red Notice besteht. Insbesondere ist unklar, ob alle Vertrags- und Mitgliedsstaaten die rechtliche Würdigung eines Gerichts eines anderen Vertrags- oder Mitgliedsstaats anerkennen, das das Vorliegen eines Strafklageverbrauchs feststellte. Zudem bleibt offen, ob und wie Informationen zur Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung in allen „Funk-Kanälen“ hinterlegt werden können, um einen bürokratischen Hindernislauf zu vermeiden.

Aus der Sicht der Betroffenen hängt über ihrer Freizügigkeit nach wie vor ein Damoklesschwert. Da in vielen Fällen neben der bereits verhängten Sanktion in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat im Falle einer Auslieferung jahrzehntelange Haftstrafen, etwa in den USA, drohen, ist es ratsam, das Heimatland nicht zu verlassen, bis INTERPOL oder die Vertrags- und Mitgliedsstaaten das Festnahmeersuchen aus allen „Funk-Kanälen“ löschen oder dort ein Addendum hinterlegt ist, das eine Festnahme zuverlässig verhindert.

Besides, it remains with the Contracting and Member States to ensure compliance with procedural rights under EU and Schengen Law. For this reason, it would also be possible that INTERPOL's National Central Bureaus examine themselves whether a final judicial decision has been made in this matter against the relevant person when a Red Notice is received. In this case, this information must be shared and implemented in all "channels" at least through an addendum in accordance with Directive 2016/680. Subsequently, the person concerned would have to be informed in order to have the possibility to obtain a judicial decision confirming the application of ne bis in idem to this case.

#### IV. Final remarks

The ECJ's decision of May 12, 2021, points in the right direction. Arrests based on a Red Notice are also subject to the law of Member States and Contracting States. The prohibition of double jeopardy and a corresponding legal certainty for persons concerned ultimately depend on the information available to the Contracting and Member States. If the application of ne bis in idem is uncertain, an arrest based on a Red Notice is not precluded by the ECJ. But once a final judicial decision has established ne bis in idem, any arrests based on the same offence and facts are precluded in Contracting and Member States. The ECJ requires from the Member States and Contracting States that they create corresponding legal remedies.

The relevant scenarios described above show that there is still insufficient legal certainty for the persons affected by a Red Notice. In particular, it is unclear whether all Contracting and Member States recognize the legal assessment of a court of another Contracting or Member State that determined the applicability of ne bis in idem. Moreover, it remains open whether and how information on the application of the prohibition of double jeopardy can be filed in all "channels" to avoid bureaucratic challenges.

From the perspective of the person concerned, the risk of double jeopardy continues to hang over the freedom of movement. Since in many cases an extradition could result in decades of imprisonment, especially in the US, it is advisable not to leave the home country until INTERPOL or the Contracting and Member States delete the arrest request in all "channels" or an addendum is implemented that reliably prevents an arrest.

Strafprozessrecht

Rechtsanwältin Dr. Viktoria Schrader, LL.M. und Rechtsanwältin Darja Alexandra Wiederschein, beide Dresden

## Probleme in gedachten Dreiecken? Der Einfluss der Zahlung nach § 153a StPO auf den versicherungsrechtlichen Haftpflichtprozess

### I. Problemstellung

Man stelle sich folgende, zumindest im juristischen Alltag geradezu alltägliche Situation vor: Ein schädigendes Ereignis tritt ein und neben den zivilrechtlichen Ansprüchen, welche der Geschädigte gegen den Schädiger geltend macht und letzterer von seiner Haftpflichtversicherung erstattet bekommt, ermittelt die Staatsanwaltschaft gegen den Schädiger. Das Ermittlungsverfahren endet, geradezu klassisch, mit einer Einstellung gemäß § 153a StPO, da aus Sicht der Ermittlungsbehörden die Schuld des Täters als gering einzustufen ist und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Dem Schädiger wird auferlegt, gemäß § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Geldsumme an den Geschädigten zu zahlen. Dies tut der reumütige Täter – und fragt sich gleichzeitig, ob er die an den Geschädigten geleistete Summe von seiner Haftpflichtversicherung zurückerstattet bekommen kann.

Damit wirft der Mandant einige grundlegende Fragen auf. Zunächst stellt sich die Frage nach dem Sinn und Zweck der Regelung des § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO sowie deren konkreten Ausgestaltung. Im Zuge dessen gelangt man zu der Frage, ob eine Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO eine zivilrechtliche Erfüllungswirkung aufweisen könnte. Eine solche verneint die bisherige versicherungsrechtliche Rechtsprechung und verweist auf den „höchstpersönlichen Charakter der Auflage“ sowie das „mit der Auflage zu beseitigende öffentliche Interesse an der Strafverfolgung“. Der Norm wird damit – offenbar in Widerspruch zu der geltenden verfassungsrechtlichen Rechtsprechung – eine Art Strafcharakter zu- und daher eine Erfüllungswirkung abgesprochen. Diese Begründung überrascht und das Ergebnis ist vor dem Hintergrund der bereits im Jahr 2008 erfolgten Reform des Versicherungsvertragsgesetzes erstaunlich. Über diese umstrittenen und in der Rechtsprechung bisher teilweise noch nicht oder widersprüchlich gelösten Rechtsfragen in dem gedachten Dreieck zwischen Versicherungsnehmer, Versicherer und Geschädigtem gibt der folgende Beitrag einen Überblick. Damit gilt es, das Zusammenspiel von straf- und zivilrechtlichen Fragen zu betrachten und diese vor allem in dem Verhältnis zwischen dem Schädiger und seiner Haftpflichtversicherung näher zu beleuchten, um letztendlich klären zu können, ob Ersterer einen Rückerstattungsanspruch gegenüber Letzterer hat.

#### 1. § 153a StPO – Sinn und Zweck der Regelung

Die Formulierung „...kann die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Schuld nicht entgegen steht“ spricht dafür, die Zahlung einer Auflage nach § 153a StPO mit einem strafrechtlichen Sanktionscharakter in Verbindung zu bringen. So bezieht sich der Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich auf das „öffentli-

che Interesse an der Strafverfolgung“<sup>1</sup> und damit erst einmal nicht auf eine reine Wiedergutmachungsfunktion gegenüber dem Opfer. Konkret soll mit einer Einstellung nach § 153a StPO auch die verurteilungslose Friedensstiftung ohne Strafe und Vorbestraftsein erreicht werden, wobei gleichfalls nicht gänzlich auf Sanktionen verzichtet werden soll.<sup>2</sup> An sich besteht also bei § 153a StPO ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, dieses wird jedoch durch die Erfüllung von Auflagen oder Weisungen durch den Beschuldigten beseitigt.<sup>3</sup> Daher darf – anders als bei § 153 StPO – grundsätzlich durchaus ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestehen, es darf aber nur von der Art und Qualität sein, dass es durch bestimmte Leistungen des Beschuldigten ausgeräumt werden kann.<sup>4</sup> Insgesamt bedarf es einer Wechselwirkung zwischen dem schwer quantifizierbaren<sup>5</sup> öffentlichen Verfolgungsinteresse und der Erfüllung von Auflagen und Weisungen.<sup>6</sup>

2. Erfüllungswirkung einer Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO im Sinne des § 362 BGB und Abstufung zu § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 StPO

Doch vor der Folie dieser strafprozessualen Komponente des § 153a StPO sind im Konkreten die zur Einstellung des Verfahrens zu leistenden Auflagen und Weisungen in den Blick zu nehmen. Es kommen zur Beseitigung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gemäß § 153a StPO die Leistung verschiedener Zahlungen in Betracht.<sup>7</sup> Von Interesse ist vorliegend die Zahlung des Schädigers an den Geschädigten nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO und insbesondere deren zivilrechtliche Wirkung sowie ihr Abstufungsverhältnis zu den Nrn. 2 und 3. Während einerseits die Verfahrensbeendigung des § 153a StPO ihrem Wortlaut nach von einem antizipierten geringen Schuldmaß und von einer mit der Erfüllung der Auflagen verbundenen Beseitigung des öffentlichen Interesses einhergeht, dient die Auflage im Sinne des § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO ausdrücklich der Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens. Der Wortlaut des § 153a StPO enthält damit zunächst klassisch strafrechtliche Begriffe. Der Wortlaut der folgenden Nr. 1 spricht mit der dort normierten „Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens“ typisch zivilrechtliche Fallgestaltungen an. Dies, sowie den typischerweise in einem Einstellungsbeschluss aufgenommenen Zusatz, dem Geschädigten werde nicht die Möglichkeit genommen,

<sup>1</sup> Für das Ermittlungsverfahren ist daher Voraussetzung, dass mit der für die öffentliche Klage erforderlichen Wahrscheinlichkeit, also hinreichendem Tatverdacht im Sinne des § 170 Abs. 1 StPO, wenigstens mittlere Schuld anzunehmen ist. Die Sache muss soweit „durchermittelt“ sein. Zu keinem Zeitpunkt, also weder im Ermittlungsverfahren noch im gerichtlichen Verfahren, ist Überzeugung im Sinne einer Urteilsreife zu verlangen; vgl. Schäfer, Strafzumessung, Teil 2. Das Instrumentarium der Strafen und verfahrensrechtlichen Reaktionen, 6. Aufl. 2017, Rn. 34.

<sup>2</sup> Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 153a, Rn. 2. Die Vorschrift bietet die Möglichkeit, in einem Bereich oberhalb der kleinen Kriminalität (weitergehend etwa Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt Rn. 2: kleinere und mittlere Kriminalität), in dem § 153 nicht mehr anwendbar ist, zu einer Erledigung ohne Strafmaßnahmen zu kommen, weil die Einstellung ohne jede Ahndung dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen würde; vgl. KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, § 153a Rn. 1.

<sup>3</sup> Vgl. Schäfer, Strafzumessung, Teil 2, Rn. 38. Die – so das BVerfG – zu der Einstellung notwendige Zustimmung des Beschuldigten dürfe nicht als Schuldeingeständnis gedeutet werden. Die Unschuld des Beschuldigten werde bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld vermutet. Weder aus einem Einstellungsbeschluss noch einer dabei abgegebenen Zustimmungserklärung dürfe geschlossen werden, dass dem Beschuldigten die in der Anklageschrift zur Last gelegte Tat in tatbestandlicher Hinsicht nachgewiesen sei. Die Unschuldsvermutung verlange, dass dem Täter in einem justizförmig geordneten Verfahren, das eine wirksame Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten gewährleistet, Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.1.1991 – 1 BvR 1326/90, NJW 1991, 1530, 1531; BVerfG, Beschl. v. 6.12.1995 – 2 BvR 1732/95, NStZ-RR 1996, 168, 169).

<sup>4</sup> Pfeiffer, Rn. 2; Stein, NStZ 2000, 396. Im Jahr 1991 wurde die Vorschrift auf den Bereich der mittleren Kriminalität ausgedehnt, um es den Staatsanwaltschaften und Gerichten zu ermöglichen, sich dem Bereich der schweren Kriminalität zuzuwenden und gleichzeitig einer weiteren Belastung der Justiz entgegen zu wirken, vgl. auch BR-Drcks. 12/1217, Nr. 3. Diese im Jahr 1991 erfolgte Änderung hatte die durch die Wiedervereinigung notwendig gewordene erweiterten Aufgaben der Justiz zum Hintergrund; vgl. ebd., außerdem Böttcher, NStZ 1993, 153 ff.

<sup>5</sup> Diemer, KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 153a Rn. 12.

<sup>6</sup> Schäfer, Strafzumessung, Teil 2, Rn. 41.

<sup>7</sup> Dies ist nicht abschließend, § 153a StPO sieht noch weitere Auflagen bzw. Weisungen zur Beseitigung des öffentlichen Interesses vor, welche für die vorliegende Fragestellung jedoch keine Rolle spielen. Der Wortlaut „insbesondere“ zeigt außerdem an, dass der Katalog des § 153a StPO nicht abschließend ist, vgl. auch Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 153a StPO, Rn. 14 m.w.Nw. Anders Peters in: MüKo StPO, 1. Aufl. 2016, StPO § 153a Rn. 66 m.w.Nw., wonach die Auflage, die Gerichtskosten oder notwendigen Ausgaben des Nebenklägers zu übernehmen, unzulässig ist, da sie nicht in dem abschließenden Katalog des § 153a StPO vorgesehen ist.

im Zivilrechtsweg den seiner Meinung nach entstandenen weitergehenden Schaden (!) ersetzt zu verlangen<sup>8</sup>, wirft die Frage auf, ob die Regelung des § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO zivil- oder strafrechtlich zu verstehen ist. Dem folgt die Frage, ob die Zahlung Erfüllungswirkung im Sinne des § 362 BGB hat.

a) Zivilrechtliche Dimension der Zahlung und Erfüllungswirkung gemäß § 362 BGB

Gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt ein Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird – unabhängig von den Motiven des Zahlenden. Im Konkreten ist es für die Frage nach der Erfüllungswirkung der Zahlung daher unerheblich, ob der Schädiger – also der Beschuldigte – die Zahlung vornehmlich deshalb leistete, weil er eine Einstellung nach § 153 a StPO erreichen wollte.<sup>9</sup> Die Anrechenbarkeit der Zahlung zur Erfüllung der Auflage im Sinne des § 153 a StPO hat die Erfüllung des zivilrechtlichen Anspruchs in der Höhe der geleisteten Zahlung zur Folge. Aus diesem Grund kann die Geldauflage nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO auch nicht zum Inhalt haben, dass der Beschuldigte mehr leistet, als er zivilrechtlich zu leisten verpflichtet ist.<sup>10</sup>

Hinsichtlich der Anrechenbarkeit einer zur Einstellung des Strafverfahrens geleisteten Zahlung auf zivilrechtliche Ansprüche ist die bisherige, allerdings durchaus übersichtliche Rechtsprechung einheitlich. So hat das OLG Koblenz entschieden, dass die Zahlung zur Erfüllung einer Auflage im Sinne des § 153a StPO, bei der ausdrücklich festgelegt wurde, dass sie als Schmerzensgeld bewertet werden sollte, als Zahlung im Rahmen eines Zivilrechtsstreits berücksichtigt werden müsse. Das Schmerzensgeld diene dazu, dem Geschädigten Erleichterung und andere Annehmlichkeiten zu verschaffen. Durch eine bereits im Ermittlungsverfahren geleistete Zahlung sei der Geschädigte in der Lage, sich diese Annehmlichkeiten zur Kompensation des von ihm erlittenen immateriellen Schadens zu verschaffen.<sup>11</sup> Das OLG Koblenz verwies dabei auch auf ein Urteil des OLG Düsseldorf, das zu dem gleichen Ergebnis kam. Das OLG Düsseldorf hatte festgestellt, dass das Zivilgericht bei der Bemessung des insgesamt zu zahlenden Schadensersatzes den Betrag anzurechnen habe, welcher dem Geschädigten zur Schadenswiedergutmachung im Rahmen von § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO bereits zugeflossen ist.<sup>12</sup> Diese Ansicht wird auch durch einen Blick in die steuerrechtliche Literatur und Rechtsprechung untermauert, welche die rein zivilrechtliche Wirkung des § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO deutlich aufzeigt: § 12 Nr. 4 Alt. 3 EStG unterscheidet hinsichtlich des dort normierten Abzugsverbotes zwischen Zahlungen mit und ohne Strafcharakter. Zahlungen, die nur dem Ausgleich von Schäden dienen und keinen Strafcharakter haben, fallen nicht unter das Abzugsverbot des § 12 EStG und sind daher nach den allgemeinen Grundsätzen steuerlich als Betriebsausgabe oder Werbungskosten abziehbar.<sup>13</sup> Darunter fällt auch die Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO, da sie allein die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht nachzeichnet.<sup>14</sup> „Strafgerichtliche Auflagen gemäß (...) § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO und § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JGG zielen damit lediglich auf die Schadenswiedergutmachung.“<sup>15</sup> Durch die Zahlung im Rahmen des

<sup>8</sup> Schmitt empfiehlt die Aufnahme dieser Klausel, „um weder bei dem Beschuldigten noch bei dem Verletzten den Eindruck entstehen zu lassen, der Wiedergutmachungsbetrag sei eine endgültige Fixierung des Schadens“, ders. in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 153a, Rn. 15. Beukelmann in: BeckOK StPO, 38. Ed. 1.10.2020, StPO § 153a Rn. 24, konstatiert, dem Verletzten bliebe es unbenommen, einen seiner Meinung nach entstandenen weitergehenden Schaden ersetzt zu verlangen.

<sup>9</sup> Schelzke, NZWiSt 2019, 15, 18.

<sup>10</sup> So zutreffend Plöd in KMR, § 153a StPO, Rn. 20; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 153a, Rn. 16 mwN; anders Kreiner, RiStBV Nr. 93a a.F., Rn. 1.

<sup>11</sup> OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 19.1.2015 – 12 U 799/14, BeckRS 2015, 129775; ebenso OLG Stuttgart, 26.07.2018 – 2 U 119/17.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.7.1996 – 22 U 31/96, NJW 1997, 163 (164).

<sup>13</sup> Thürmer in: Blümich (Hrsg.), EStG Kommentar, § 12 Rn. 230; Fissenwert in: Herrmann u.a. (Hrsg.), EStG KStG Kommentar, Lfg. 291 April 2019, E 110, Anm. 154.

<sup>14</sup> Fissenwert in: Herrmann u.a. (Hrsg.), EStG KStG Kommentar, Lfg. 291 April 2019, E 110, Anm. 154, mit Verweis auf BFH v. 15.01.2009 – VI R 37/06, BStBl. II 2010, 111 und die Gesetzesmaterialien zu Nr. 4, BT-Drucks. 10/1314.

<sup>15</sup> BFH v. 15.01.2009 – VI R 37/06.

Strafprozesses wird damit kein strafrechtliches Sanktionsbedürfnis abgegolten, sondern lediglich ein Teil des entstandenen Vermögensschadens ersetzt.<sup>16</sup>

b) Besserstellung der Auflage aus Nr. 1 zu Auflagen nach Nr. 2 oder Nr. 3

Die Auflage der Schadenswiedergutmachung gemäß Nr. 93 Abs. 1 S. 1 RiStBV ist die vorzugswürdige Auflage. Sie ist im Interesse des Tatopfers möglichst häufig aufzuerlegen und in Fällen individueller Schäden am ehesten geeignet, das öffentliche Interesse zu beseitigen.<sup>17</sup> Bejaht man eine zivilrechtliche Wirkung der Zahlung dergestalt, dass diese gemäß § 362 BGB den Schaden ersetzt, führt dies zu einer rechtfertigungsbedürftigen Besserstellung des Schädigers, wenn diesem die Erfüllung einer Auflage nach § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, statt nach Nr. 2 auferlegt wird. Denn durch die zivilrechtliche Wirkung der Auflage wird der Schädiger von seiner Pflicht zur Leistung von Schadensersatz zumindest teilweise frei. Grund dafür mag sein, dass der Geschädigte durch die Zahlung von seinem Prozessrisiko und dem Insolvenzrisiko des Schädigers frei wird. In der Vielzahl der Fälle ist die Übernahme dieses Risikos ein wesentliches Argument: Sowohl die unmittelbaren als auch die mittelbaren Kosten der Rechtsdurchsetzung können eine nicht zu unterschätzende Belastung darstellen. Eine lange Verfahrensdauer und die – im Zweifel – bestehende Rechtsunkundigkeit und Rechtsunsicherheit der Beteiligten können dazu führen, dass berechnete Ansprüche nicht durchgesetzt werden.

c) Zwischenergebnis

Die Auflage nach § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO ist im Verhältnis zu den anderen nach § 153a StPO möglichen Auflagen die vorzugswürdige und hat keinen Strafcharakter, sondern stellt eine Schadensnorm dar. Eine Auflagenzahlung entfaltet zivilrechtlich Erfüllungswirkung gemäß § 362 BGB. Ihr Einfluss auf das Verhältnis zur Haftpflichtversicherung wird jedoch dennoch, wie bereits erwähnt und sogleich vertieft, von der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung bezweifelt.

3. Allgemeines zur Haftpflichtversicherung

Im Allgemeinen kann man die Besonderheit der Haftpflichtversicherung dahingehend charakterisieren, dass ein Dreiecksverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und dem geschädigten Dritten besteht. Im Rahmen dieses Dreiecksverhältnisses und der vertraglich festgestellten Versicherungssumme hat der Versicherer den Versicherungsnehmer von Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten aufgrund der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden – sog. Freistellungsanspruch – und darüber hinaus unbegründete Ansprüche abzuwehren – sog. Rechtsschutzanspruch. Nur in Ausnahmefällen besteht ein Zahlungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer. Im Rahmen des Freistellungsanspruches ist der Versicherer dem Versicherungsnehmer gegenüber nur zur Freistellung von begründeten Ansprüchen verpflichtet; selbstredend trifft ihn keine Verpflichtung, unbegründete Ansprüche Dritter für den Versicherungsnehmer auszugleichen. Ein Zahlungsanspruch wird auch nicht dadurch begründet, dass der Versicherte den Dritten durch Zahlung auf eine unbegründete Forderung „befriedigt“. In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass insbesondere eine kollusive Schädigung des Versicherers durch den Versicherten und den Dritten verhindert werden soll. Weiterhin besteht für den Versicherer keine Pflicht, einen von dem Versicherungsnehmer vorsätzlich herbeigeführten Schaden zu regulieren, § 103 VVG.<sup>18</sup> Ein Direktanspruch des Geschädigten gegenüber dem Versicherer besteht außer in den Fällen des § 115 VVG nicht. Gleichfalls erfüllt der Versicherer den Freistellungsanspruch gegenüber dem Versicherungsnehmer dadurch, dass er gemäß § 267 BGB als Dritter auf die Schuld des Versicherten eine Geldleistung direkt an den Dritten

<sup>16</sup> Es handelt sich um einen zivilrechtlichen Schadensersatz, welcher sich nach der Adäquanztheorie richtet, vgl. *Schmitt* in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 153a Rn. 16.

<sup>17</sup> So die Begründung in Nr. 93 RiStBV.

<sup>18</sup> Dabei ist gegenüber § 152 VVG a.F. nun ausdrücklich klargestellt, dass sich der Vorsatz auch auf den Schaden beziehen muss, wobei eine grobe Vorstellung ausreichend sein soll. Die grob fahrlässige Herbeiführung eines Schadens führt mittlerweile zu einer Leistungskürzung, abhängig von der Schwere der groben Fahrlässigkeit; allgemein geregelt in § 81 VVG. § 103 ist die ergänzende Sonderregelung für die Haftpflichtversicherung.

erbringt. Er kann grundsätzlich nicht direkt an den Versicherungsnehmer zahlen, dies untersagt § 108 VVG. Etwas anderes gilt dann, wenn der geschädigte Dritte bereits befriedigt wurde: Dann wandelt sich der Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers in einen Zahlungsanspruch desselben um.<sup>19</sup>

Grundsätzlich werden neben dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zwei zivilrechtliche Prozesse geführt, dies wird durch das Trennungsprinzip zwischen Haftpflichtprozess und Deckungsprozess ausgedrückt: Ob ein begründeter Anspruch besteht, wird grundsätzlich im Rahmen des Haftpflichtprozesses geklärt. Ob der Versicherer seinerseits dafür einstehen muss, der begründete Anspruch des Dritten gegenüber dem Versicherungsnehmer also einen Versicherungsfall im Sinne des konkreten Vertrages zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer ist, ist Gegenstand des Deckungsprozesses. Der Versicherer ist berechtigt und verpflichtet, den Haftpflichtprozess für den Versicherten zu führen. Aus diesem Grund bliebe praktisch kein Raum mehr für den Deckungsprozess, da seitens der Versicherer eine Vorprüfung des angezeigten Sachverhalts dahingehend erfolgen wird, ob es sich überhaupt um einen Streitgegenstand aus dem Versicherungsvertrag handelt.<sup>20</sup>

Zwischen diesen beiden Prozessen und dort verhandelten Rechtsverhältnissen gilt (zunächst) das Trennungsprinzip: Sie sind jeweils eigenständig.<sup>21</sup> So ist „die Frage, ob der Versicherer Versicherungsschutz zu gewähren hat, [...] von jener zu trennen, ob der Versicherungsnehmer dem Dritten Schadenersatz schuldet“<sup>22</sup> und im Deckungsprozess sind deshalb „Feststellungen über Tatfragen, die Gegenstand des Haftpflichtprozesses sind, für den Haftpflichtprozess nicht bindend, daher überflüssig und, soweit sie getroffen wurden, für die Frage der Deckungspflicht unbeachtlich.“<sup>23</sup> Dabei ist der Haftpflichtprozess grundsätzlich vor dem Deckungsprozess zu führen und eine Bindung an einen noch zu führenden Haftpflichtprozess ist bereits aus diesem Grund denklogisch nicht möglich.<sup>24</sup> Neben dem Trennungsprinzip besteht die - in ihren Details umstrittene und dennoch vorhandene - Bindungswirkung zwischen einzelnen Feststellungen in den Prozessen. Die Bindungswirkung stellt eine Durchbrechung des Trennungsprinzips dar und soll den Versicherungsnehmer vor „Divergenzen zwischen Haftung und Deckung schützen“<sup>25</sup>. Die Haftungsfragen werden danach im Haftungsprozess abschließend entschieden und können im Deckungsprozess nicht erneut überprüft werden.<sup>26</sup> Der Haftungsprozess wird ebenfalls von dem Versicherer auf dessen Kosten geführt. Der Versicherungsnehmer hat gegenüber dem Versicherer den Versicherungsfall lediglich anzuzeigen; die Einleitung weiterer Schritte ist Sache des Versicherers.<sup>27</sup> Sollte der Anspruch durch den Versicherer gegenüber dem geschädigten Dritten nicht abzuwenden sein, es sich mithin um einen berechtigten Anspruch handeln, musste gemäß § 149 VVG a.F. „der Versicherer solche Leistungen ersetzen, die der Versicherungsnehmer auf Grund seiner Verantwortlichkeit an den Dritten zu bewirken hat“.<sup>28</sup>

4. Wertungswiderspruch: Die versicherungsrechtliche Rechtsprechung zu den Auswirkungen einer Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO auf die Versicherung

Auf das Haftpflichtverhältnis könnte eine als reiner Schadensausgleich eingeordnete Zahlung des Schädigers an den Geschädigten nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO der-

<sup>19</sup> BGH VersR 1968, 289.

<sup>20</sup> Ebenso *Schimikowski* in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*, 2. Auflage Vor §§ 100 – 124, Rn. 9.

<sup>21</sup> Seit BGH VersR 1959, 256 st. Rspr.

<sup>22</sup> So ausdrücklich zuletzt OGH 24.04.2019 7 Ob 142/18k.

<sup>23</sup> So ausdrücklich zuletzt OGH 24.04.2019 7 Ob 142/18k.

<sup>24</sup> Bspw. *Lücke* in: Pröller/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, § 100 Rn. 48 m.w.Nw. Eine Ausnahme von diesem Prinzip stellt der vorweggenommene Deckungsprozess dar, dazu ausführlich *Schimikowski* in: Ruffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*, 2. Auflage § 100 Rn. 5.

<sup>25</sup> *Langheid* in: Langheid/Rixecker, *VVG Kommentar*, § 100 Rn. 33.

<sup>26</sup> *Langheid* in: Langheid/Rixecker, *VVG Kommentar*, § 100 Rn. 33; wonach dies aus dem materiellen Leistungsverprechen des Haftpflichtversicherers und aus seinem Regulierungs- und Prozessführungsrecht folgt.

<sup>27</sup> So BGH, Urteil vom 21. Februar 1963 - II ZR 71/61 - VersR 1963, 421 unter III; ausserdem § 5 AHB.

<sup>28</sup> Ebenso AG Köln Urt. v. 11.12.2006 – 147 C 258/06, BeckRS 2008, 24965 dort noch mit Verweis auf § 149 VVG a.F.



gestalt durchschlagen, als dass sie folglich im Haftpflichtverhältnis zwischen dem Dritten und dem Versicherungsnehmer angerechnet wird. Der Versicherungsnehmer müsste dann nur noch dem Dritten den entstandenen Schaden abzüglich der bereits geleisteten Geldauflage ersetzen. Die Forderung des Dritten wäre in der ursprünglichen Höhe entstanden, jedoch mit Zahlung der Geldauflage (bereits teilweise) erloschen. Betrachtet man nun das Deckungsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer liegt der Schluss nahe, dass der Versicherer dem Versicherungsnehmer den geleisteten Schadensbetrag zu ersetzen hätte und der Versicherungsnehmer gegenüber dem Geschädigten nur noch den offenen Schadensbetrag begleichen müsste – mit der Folge, dass der Versicherungsnehmer die Ersatzleistungen in Höhe des von ihm bereits entrichteten Schadensersatzes behalten dürfte und damit praktisch keine Einstellungsauflage leisten müsste. Es bestünde also für den Beschuldigten durch Bewirken der Zahlung und daher durch wohl wirksame Befriedigung ein Leistungsersatzanspruch gegenüber dem Versicherer auf Zahlung der bereits geleisteten Einstellungsauflage.

Höchststrichterlich wurde die Frage noch nicht geklärt; die bisherige Rechtsprechung der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte verneint aber einen Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Haftpflichtversicherer. Die versicherungsrechtliche Rechtsprechung zieht als Argument für die Verneinung des Anspruches den höchstpersönlichen Charakter der Auflage sowie das mit der Auflage zu beseitigende öffentliche Interesse an der Strafverfolgung heran.<sup>29</sup> Die Zahlung einer Auflage könne gerade nicht als Schadensersatz im haftungsrechtlichen Sinne angesehen werden; das OLG Celle spricht sogar von einem „Denkzettel“, den der Schädiger erhalte.<sup>30</sup> Auch sei jedenfalls derjenige Teil der Schmerzensgeldansprüche des Geschädigten, welcher der Höhe nach der Einstellungsauflage entspricht, von niemand anderem als dem Beschuldigten zu tragen. Es bestehe ein „höchstpersönlicher Charakter“ der Auflagenzahlung.<sup>31</sup> Genau damit widerspricht die versicherungsrechtliche Rechtsprechung der zivilrechtlichen, welche mit guten Argumenten gerade keinen Sanktionscharakter in der Zahlung sieht. Dabei war die Einordnung der Auflage als schadensrechtliche Norm, welche Erfüllungswirkung im Sinne des § 362 BGB hat, kaum problematisch. Die einheitliche Linie der bisherigen, allerdings noch nicht höchstrichterlichen versicherungsrechtlichen Rechtsprechung sowie deren Argumentation führen allerdings zu dem Ergebnis, dass die Zahlung einer Wiedergutmachungsauflage nach § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO für den Versicherer wiederum keine Zahlung mit bindender Wirkung darstellt. Dabei ist die Argumentation der Rechtsprechung diffus:

Die versicherungsrechtliche Rechtsprechung zieht als Argument für die Verneinung des Anspruches nun wiederum den höchstpersönlichen Charakter der Auflage sowie das mit der Auflage zu beseitigende öffentliche Interesse an der Strafverfolgung heran – ein Anspruch auf Freistellung oder Erstattung aus dem Versicherungsvertrag bestünde aus genau diesen Gründen nicht. Insbesondere das LAG Köln stellt auf ein, wie sich eingangs gezeigt hat, nicht vorhandenes, öffentliches Interesse der Auflagenzahlung ab. Entgegen den Behauptungen des Gerichts besteht ebenfalls kein Gleichlauf der Zahlungen nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO und den Folgenden.

Bereits eingangs wurde auf die Widersprüchlichkeit dieser Rechtsprechung hingewiesen; jedenfalls der Konflikt mit der Unschuldsvermutung tritt offen zutage. Ein etwas differenzierterer Blick in die versicherungsrechtlichen Regelungen zeigt jedoch ebenfalls, dass diese Rechtspre-

<sup>29</sup> „Dient die Erfüllung einer Auflage im Sinne des § 153a Abs. 2 StPO der Kompensation des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung des Angeklagten, hier also des Klägers“ so bspw. LAG Köln, Urteil vom 02.10.2002 – 7 Sa 427/02; ebenso AG Dachau, Endurteil v. 2.9.2015 – 3 C 435/15: „Schon der Rechtscharakter einer Auflage im Sinn von § 153a Abs. 2 StPO steht einem Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch des Aufлагenschuldners gegen einen Dritten grundsätzlich aus. Das Strafverfahren stellt eine höchstpersönliche Angelegenheit des Angeklagten mit der Allgemeinheit dar. Der Geschädigte ist hieran nur als Zeuge, die Beklagte überhaupt in keiner Weise beteiligt. Die Erfüllung einer Auflage im Sinne des § 153a Abs. 2 StPO dient der Kompensation des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung des Angeklagten, hier also des Klägers.“

<sup>30</sup> OLG Celle Ur. v. 27.3.1997 – 8 U 56/96, BeckRS 2014, 18535. Nach dem AG Dachau sind die Voraussetzungen der AKB 1.1.1. hinsichtlich der Auflagen nach § 153a StPO nicht erfüllt, auch wenn diese als Schmerzensgeld bezeichnet werde; vgl. AG Dachau Endurteil v. 2.9.2015 – 3 C 435/15, BeckRS 2016, 11665.

<sup>31</sup> LAG Köln, Ur. v. 2.10.2002 – 7 Sa 427/02, BeckRS 2002, 30902902.

chung auch im Hinblick auf ihr Ergebnis zumindest grundsätzlich wohl so nicht mehr haltbar ist.

## 5. Erstattungsanspruch gegenüber dem Haftpflichtversicherer

So bleibt nach wie vor offen, wem der durch die Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO geleistete Betrag zugutekommt: Dem Geschädigten, der am Ende mehr bekommt als eigentlich die Höhe seines Schadens ausmacht; der Versicherung, die weniger leisten muss, als sie eigentlich müsste, oder dem Schädiger, der von der Versicherung die bereits geleistete Zahlung zurückerstattet bekommt und daher nichts leisten muss, obwohl er eigentlich im Rahmen des Strafverfahrens dazu verpflichtet wurde. Die Erfüllungswirkung des Schadensersatzanspruches des Geschädigten mag zumindest aus Mandantensicht die Schlussfolgerung nahelegen, dass er - als Schädiger - einen Anspruch gegen die Versicherung hat.

Zunächst gibt § 100 VVG dem Versicherungsnehmer gegen seine Haftpflichtversicherung einen Freistellungsanspruch<sup>32</sup>, der Versicherungsanspruch geht nicht auf Zahlung (an den Versicherten), sondern auf Befreiung von der auf dem Versicherten lastenden Haftpflichtschuld.<sup>33</sup> Der Versicherer ist demnach verpflichtet, den Versicherungsnehmer von begründeten Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten auf Grund der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden, und unbegründete Ansprüche abzuwehren.<sup>34</sup> Die Freistellung bedeutet Naturalrestitution durch Herstellung des Zustandes, der ohne Belastung mit der Verbindlichkeit bestünde.<sup>35</sup> Sie ist der Regelfall, welchen der Versicherungsnehmer gegen den Versicherer in Bezug auf begründete Schadensersatzansprüche des geschädigten Dritten geltend macht.<sup>36</sup> „Für einen Freistellungsanspruch muss der Anspruch des Dritten mit verbindlicher Wirkung für den Versicherer gemäß § 106 S. 1 VVG festgestellt sein und tatsächlich in den Schutzbereich des spezifischen Haftpflichtversicherungsvertrages fallen, um eine Leistung des Haftpflichtversicherers auszulösen.“<sup>37</sup>

Der Freistellungsanspruch wandelt sich erst dann in einen Anspruch auf Zahlung an den Versicherten selbst um, wenn der Versicherte von der ihm im Rahmen der Versicherungsbedingungen gegebenen Möglichkeit Gebrauch macht und den Haftpflichtgläubiger selbst befriedigt.<sup>38</sup> Nach der bisherigen Rechtsprechung hatte der Versicherungsnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Zahlung von der Versicherung, sondern konnte nur Befreiung von den Ansprüchen des geschädigten Dritten verlangen.<sup>39</sup> Nach Leistung des Versicherungsnehmers an den geschädigten Dritten kann dieser eine direkte Erstattung des Geleisteten im Wege des Zahlungsanspruchs gegenüber dem Versicherer geltend machen. Auf die Zustimmung des Versicherers kommt es dabei nicht an, denn ein Anerkenntnis- und Befriedigungsverbot, wie es in § 5 Nr. 5 AHB 1992 (noch) enthalten war, ist mittlerweile nach § 105 VVG unwirksam.<sup>40</sup> Im Rahmen der VVG-Reform 2008 wurde das bis dato uneingeschränkt geltende Anerkenntnis- und Befriedigungsverbot aufgehoben, sodass dieses nur noch für Altverträge gilt.<sup>41</sup> Normiert in den bis dato geltenden AVB, welche gemäß § 154 II VVG a.F. zulässig waren, verbot die alte Rechtslage dem Versicherungsnehmer, einen Anspruch des geschädigten Dritten anzuerkennen oder zu befriedigen. Dies galt auch, wenn der An-

<sup>32</sup> Einen Direktanspruch des Dritten ermöglicht § 115 VVG unter den dort genannten Voraussetzungen. Sie können an dieser Stelle außer Acht bleiben.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 30.10.1954 – II ZR 131/53 in: NJW 1955, 101 (102), wonach der Versicherer auch kein Wahlrecht hat, ob er nicht doch an den Versicherten leisten will.

<sup>34</sup> BGH Urt. v. 07.02.2007 – IV ZR 149/03, r+s 2007, 191.

<sup>35</sup> BGH Urt. v. 11.4.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151 (2152).

<sup>36</sup> Langheid in: Langheid/Rixecker, VVG Kommentar, § 100 Rn. 26 m.V.a. OLG Köln NVersZ 2001, 44 = VersR 2000, 1140.

<sup>37</sup> Langheid in: Langheid/Rixecker, VVG Kommentar, § 100 Rn. 30.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 30.10.1954 – II ZR 131/53 in: NJW 1955, 101 (102); RGZ 70, 257 (259).

<sup>39</sup> So ausdrücklich bspw. BGHZ 15, 154.

<sup>40</sup> Harsdorf-Gebhardt in: Späte/Schimikowski (Hrsg.), AHB Kommentar, 2. Aufl. 2015, Ziff. 5 Rn. 3; § 105 und § 108 Abs. 2 VVG enthalten zusammen das Kernstück der VVG-Reform, vgl. Lücke in: Prölts/Martin (Hrsg.), VVG Kommentar, § 105 Rn. 1.

<sup>41</sup> Lücke in: Prölts/Martin (Hrsg.), VVG Kommentar, § 105 Rn. 5.

spruch begründet war.<sup>42</sup> Ein Verstoß gegen dieses Verbot hatte gemäß § 6 III VVG a.F. zur Folge, dass der Versicherer von seiner Leistungspflicht vollständig (!) frei wurde. Dieses Verbot wurde vom Gesetzgeber als unangemessen weitgehend erachtet<sup>43</sup>, so dass der Versicherungsnehmer nach der nun geltenden Rechtslage begründete Ansprüche des geschädigten Dritten anerkennen oder befriedigen darf, ohne dass dies negative Konsequenzen für seinen Versicherungsanspruch hätte: Vielmehr greift hier, dass sich nach der begründeten Befriedigung der Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers in einen Zahlungsanspruch umwandelt.<sup>44</sup> Der Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers geht also nur dann in einen Leistungersatzanspruch über, wenn der Versicherungsnehmer den Dritten begründet befriedigt oder dessen Anspruch anerkannt hat.<sup>45</sup> Ziff. 5.1 Abs. 2 S. 2 AHB schränkt die Bindung des Versicherers dergestalt ein, dass ihn ohne seine Zustimmung vom Versicherungsnehmer abgegebene Anerkenntnisse oder geschlossene Vergleiche nur binden, soweit der Anspruch auch ohne Anerkenntnis oder Vergleich des Versicherungsnehmers sowieso bestanden hätte. Der Versicherer ist an mit seiner Billigung vom Versicherungsnehmer abgegebene Anerkenntnisse oder geschlossene Vergleiche ohne Weiteres gebunden.<sup>46</sup> Gleiches muss für eine Befriedigung des Dritten, d.h. eine Forderungserfüllung durch den Versicherungsnehmer, gelten.<sup>47</sup>

Der Gesetzgeber hat mit dieser Neukonzeption eine neue Art des Deckungsrechtsstreits geschaffen.<sup>48</sup> Ein Erstattungsanspruch bestünde daher, wenn dem Geschädigten durch Bewirken der Zahlung ein Leistungersatzanspruch gegenüber dem Versicherer entstanden ist. Dazu ist nur fraglich, ob die Zahlung der Wiedergutmachungsaufgabe eine Befriedigung mit bindender Wirkung für den Versicherer darstellt – eine Frage, die wohl nur im Einzelfall geklärt werden kann.

## 6. Ergebnis

Die inhaltliche Widersprüchlichkeit in der Argumentation der zivilrechtlichen und der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung führt damit nicht zu einem Leistungersatzanspruch des Schädigers gegen den Versicherer; eine Erstattung des bereits an den Geschädigten geleisteten Betrages findet nur unter bestimmten Voraussetzungen statt, die im Einzelfall eine differenzierte Prüfung erfordern. So kommt möglicherweise in Altfällen die – teilweise – bereits erfolgte Schadenswiedergutmachung durch den Schädiger lediglich der Rechtsschutzversicherung zugute, die in ihrer Leistungspflicht gegenüber dem Geschädigten frei wird. Dies liegt, entgegen der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung, jedoch nicht an einem Sanktionscharakter der Zahlung oder der Tatsache, dass der Schädiger einen „Denkzettel“<sup>49</sup> erhalten soll; auch dann nicht, wenn die versicherungsrechtliche Rechtsprechung in ihrer Argumentation der zivilrechtlichen widerspricht und einen strafrechtlichen Charakter der Auflagenzahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO behauptet. Löst man diesen Widerspruch auf und erkennt ohne Einschränkung die rein schadensrechtliche Dimension der Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO an, muss dies dazu führen, dass auch in der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung von der Erfüllungswirkung der Zahlung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO ausgegangen wird. Ob diese Zahlung weiterhin zu einem Leistungersatzanspruch gegen den Versicherer führt, hängt wiederum davon ab, ob es sich um ein be-

<sup>42</sup> Eine Ausnahme galt nur, wenn der Versicherungsnehmer die Anerkennung nicht ohne offenbare Unbilligkeit verweigern konnte, vgl. § 5 Nr. 5, 6 AHB 2002, Nr. 25.3 AHB 2004, Nr. 25.3 AHB 2006 oder § 7 II (1) AKB 2004.

<sup>43</sup> RegE BT-Drucks. 16/3945, S. 86.

<sup>44</sup> Der Vollständigkeit halber: Befriedigt der Versicherungsnehmer einen unbegründeten Anspruch, hat er ggfs. einen Kondiktionsanspruch gegenüber dem Dritten. Etwas Anderes würde dann gelten, wenn es sich um ein konstitutives Schuldanerkenntnis handeln würde. Schimikowski empfiehlt dem Versicherer, den Versicherungsnehmer darauf hinzuweisen, dass dieser sich durch das Anerkenntnis insofern schaden könnte, dass die Eintrittspflicht des Versicherers erst im Deckungsprozess geklärt wird und der Versicherer sich daher durch sein Anerkenntnis schaden könnte; Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, S. 161. Instrukтив außerdem Wandt, Versicherungsrecht, S. 350 ff.; Meixner/Steinbeck, Das Versicherungsvertragsrecht, S. 146 ff.

<sup>45</sup> Langheid in: Langheid/Rixecker, VVG Kommentar, § 100 Rn. 21, Rn. 26.

<sup>46</sup> Lücke in: Prölss/Martin, Ziff. 5 AHB Rn. 7.

<sup>47</sup> Zur Begriffsdefinition der Befriedigung des Dritten vgl. Langheid in Langheid/Rixecker, VVG Kommentar, § 106 Rn. 10.

<sup>48</sup> Langheid in: Langheid/Rixecker, VVG Kommentar, 6. Aufl. 2019, § 105, Rn. 6.

<sup>49</sup> OLG Celle Urt. v. 27.3.1997 – 8 U 56/96, BeckRS 2014, 18535.

rechtigtes Schadensersatzverlangen des Dritten handelt. Ob eine Leistung in Gestalt einer Befriedigung oder eines Anerkenntnisses berechtigt erfolgte, muss im Zweifel im Deckungsprozess in dem konkreten Fall geklärt werden.

## Entscheidungskommentare

### Strafverfahrensrecht

Wiss.Mit. Aleksandra Balaneskovic, Frankfurt a.M.

# Keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bei Durchführung einer Hauptverhandlung während eines Corona-Lockdowns

**BGH, Beschluss vom 17. November 2020 – 4 StR 390/20 = BeckRS 2020, 37724**

## I. Einführung in die Problematik

Der in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG und Art. 6 EMRK normierte Öffentlichkeitsgrundsatz besagt, dass Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht, einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich sein müssen. Dessen Verletzung stellt grundsätzlich einen absoluten Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 6 StPO dar. Ausnahmen von dem Öffentlichkeitsgrundsatz sind in §§ 171a ff. GVG normiert. Daneben sind gesetzlich nicht erfasste unabwiesbare Bedürfnisse der Rechtspflege als zulässige Beschränkung höchstrichterlich anerkannt.<sup>1</sup> Hierzu zählt die Rechtsprechung zum einen faktische Grenzen, wie tatsächlich zur Verfügung stehende Sitzplätze im Sitzungssaal.<sup>2</sup> Zum anderen rechtfertigt aber auch die ungestörte und sichere Durchführung der Hauptverhandlung die Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, soweit dadurch der Zugang zur Verhandlung nicht wesentlich erschwert wird.<sup>3</sup>

Der BGH hat nun mit Beschluss vom 17. November 2020 entschieden, dass die Durchführung einer Hauptverhandlung während einer landesweiten Ausgangssperre zur Eindämmung der Coronavirus-Pandemie keinen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 S. 1 GVG darstelle, wenn das Verlassen des Hauses bei triftigem Grund erlaubt sei.

## II. Inhalt der Entscheidung

Gegen den Angeklagten wurde vor dem Landgericht Chemnitz in der Zeit zwischen dem 25. und 31. März 2020 wegen schweren Raubes und anderer Delikte verhandelt.

Kurz zuvor erließ anlässlich der Coronavirus-Pandemie am 22. März 2020 die zuständige Landesbehörde auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes eine Allgemeinverfügung mit Wirkung zum 23. März 2020, durch die das Verlassen der häuslichen Unterkunft ohne triftigen Grund untersagt wurde. Die Allgemeinverfügung enthielt eine Aufzählung triftiger Gründe, wonach „insbesondere“ zur Wahrnehmung unaufschiebbarer

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2012 1863, 1864 m.w.N. = BVerfGK 19, 352; BGH NJW 1977, 157, 158 = BGHSt 27, 13; KK-Diemer, 8. Auflage 2019, § 169 GVG Rn. 6 m.w.N.

<sup>2</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage 2020, § 169 GVG Rn. 5.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2012, 1863 = BVerfGK 19, 352; BGH NJW 1977, 157, 158 = BGHSt 27, 13.

Termine bei Behörden, Gerichten, Gerichtsvollziehern, Rechtsanwälten und Notaren das Verlassen der häuslichen Unterkunft erlaubt war.

Gegen das Urteil des Landgerichts Chemnitz hat der Angeklagte Revision eingelegt und die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt. Er griff mit der Verfahrensrüge die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes an (§ 338 Nr. 6 StPO, § 169 Abs. 1 S. 1 GVG).

Nach Ansicht der Revision verstoße die Durchführung der Hauptverhandlung während der Gültigkeit der Allgemeinverfügung gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz gemäß § 169 Abs. 1 S. 1 GVG. Aufgrund dieser sei unbeteiligten Zuhörern ein Besuch der Hauptverhandlung untersagt gewesen. Das Landgericht habe daher nach Ansicht der Revision die Hauptverhandlungstermine während der Gültigkeit der Allgemeinverfügungen aufheben müssen, um den Öffentlichkeitsgrundsatz zu wahren.

Auf die Verfahrensrüge hin hat der BGH entschieden, dass die Durchführung der Hauptverhandlung während der Gültigkeit der vorbezeichneten Allgemeinverfügung nicht gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz gemäß § 169 Abs. 1 S. 1 GVG verstoße.

Das Verbot, die häusliche Unterkunft ohne triftigen Grund zu verlassen, sei nicht mit einem Verbot gleichzusetzen, als Zuhörer an Hauptverhandlungen teilzunehmen. Vielmehr sei gerade der Besuch einer öffentlichen Hauptverhandlung ein „*unbenannter*“ triftiger Grund im Sinne der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung. Dies ergebe sich aus der besonderen Bedeutung der grundsätzlichen Öffentlichkeit eines Strafverfahrens, durch die eine Kontrolle der Justiz ermöglicht und obrigkeitliche Willkür verhindert werden solle. Dies sei insbesondere dadurch belegt, dass ein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO darstelle. Allein die Teilnahme an einer öffentlichen Hauptverhandlung zur Gewährleistung des Öffentlichkeitsgrundsatzes begründe damit einen triftigen Grund im Sinne der Allgemeinverfügung, das Haus zu verlassen.

Auf die Frage, welche Bedeutung dem Umstand zukomme, dass der Erlass der Allgemeinverfügung nicht im Einflussbereich der Justiz liege, komme es daher in diesem Fall nicht mehr an.

### III. Kritik und Einordnung der Entscheidung

Mit Beschluss vom 17. November 2020 positionierte sich der 4. Strafsenat des BGH zur Gewährleistung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Lockdown und schloss sich der Rechtsprechung des OLG München<sup>4</sup> an, wonach eine Hauptverhandlung während eines Lockdowns keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gemäß § 169 Abs. 1 S. 1 GVG darstelle. Mit Beschluss vom 6. Januar 2021 schloss sich dem auch der 5. Strafsenat des BGH an und bestätigte diese Rechtsprechung.<sup>5</sup>

Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist in § 169 GVG und Art. 6 der EMRK<sup>6</sup> einfachgesetzlich normiert und besagt im Kern, dass Verhandlungen und Urteilsverkündungen grundsätzlich öffentlich zugänglich sein müssen. Die Öffentlichkeit ist dabei nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Vielmehr ist eine Verhandlung erst dann öffentlich, wenn jede Person, die potenziell der Verhandlung als Zuhörer beiwohnen möchte, dies auch tun kann.<sup>7</sup> Die Einhaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes setzt voraus, dass nicht nur die Verhandlung selbst öffentlich sein muss, sondern auch die Informationen über deren Zeit und Ort.<sup>8</sup> Dessen Verletzung im Strafverfahren begründet einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO.

<sup>4</sup> OLG München NSTZ 2020, 503.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 6. Januar 2021 – 5 StR 363/20 = BeckRS 2021, 3211.

<sup>6</sup> „Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“

<sup>7</sup> BGH NJW 1954, 281, 283 = BGHSt 5, 75; BGH NJW 1977, 157 = BGHSt 27, 13.

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2912, 183, 185 m.w.N. = BVerfGK 19, 352.



Entgegen der Ansicht des 4. Strafsenates des BGH kann der Umstand landes- oder bundesweiter Ausgangsbeschränkungen jedoch durchaus eine Beschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes darstellen.<sup>9</sup>

Ein Verstoß gegen § 169 Abs. 1 S. 1 GVG liegt nicht erst bei physischen Hindernissen vor, die den Zugang zu Verhandlungen unwesentlich erschweren. Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist vielmehr schon nach höchstrichterlicher Rechtsprechung bei Maßnahmen verletzt, die eine starke psychische Hemmschwelle für die Frage der Teilnahme an Gerichtsverhandlungen begründen.<sup>10</sup>

Die Geltung von Ausgangsbeschränkungen, wonach das Verlassen der häuslichen Unterkunft nur bei einem triftigen Grund gestattet ist, stellt – entgegen der Ansicht des BGH – eine solche starke psychische Hemmschwelle dar. Anhaltspunkt hierfür ist die konkrete Möglichkeit von Nachteilen durch staatliche Organe für den Fall der Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung.<sup>11</sup>

Zwar enthält die verfahrensgegenständliche Allgemeinverfügung eine Aufzählung triftiger Gründe, wonach „insbesondere“ die Wahrnehmung unaufschiebbarer Termine bei Gerichten das Verlassen der häuslichen Unterkunft trotz Ausgangssperren gestattet. Allerdings ergibt sich gerade aus dem Umstand, dass nur die Wahrnehmung unaufschiebbarer, also sehr wichtiger Termine, einen triftigen Grund zum Verlassen des Hauses darstellt, die starke psychische Hemmschwelle für potenzielle Zuschauer.<sup>12</sup> Im Gegensatz zu zwingend anwesenden Verfahrensbeteiligten, die eine schriftliche Terminladung durch das Gericht erhalten, wären gewöhnliche Zuschauer bei einer Kontrolle nicht in der Lage gewesen, einen Nachweis für die Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung als triftigen Grund für die Nichteinhaltung der Ausgangssperre vorzulegen.

Die Aussage, man wolle an einer Gerichtsverhandlung als Zuschauer teilnehmen, könnte auch als reine Schutzbehauptung ausgelegt werden.<sup>13</sup> Damit bestünde bei strafbewehrter Verletzung der Ausgangsbeschränkungen eine reale Gefahr, Nachteile durch staatliche Organe befürchten zu müssen.

Obgleich bei entsprechender Argumentation auch überzeugend die Ansicht vertreten werden kann, der Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz sei durch das Gericht zu verschulden und begründe unmittelbar einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO, wird vorliegend der Entscheidung des BGH dahingehend zugestimmt, dass allein die Durchführung von Gerichtsverhandlungen während der Geltung von Ausgangsbeschränkungen trotz Verstoßes gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz keinen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO begründet.<sup>14</sup>

Entgegen der Ausführungen des BGH kommt es hierbei aber durchaus auf die Frage an, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass der Erlass der Allgemeinverfügung nicht im Einflussbereich der Justiz lag, da die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 169 Abs. 1 S. 1 GVG allein nach höchstrichterlicher Rechtsprechung keinen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO darstellt.<sup>15</sup> Vielmehr enthält § 338 Nr. 6 StPO nach herrschender Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur eine Einschränkung, wonach der Verfahrensverstoß oder dessen Aufrechterhaltung auf dem Verschulden des Gerichts beruhen muss.<sup>16</sup> Das Verschulden bezieht sich dabei auf solche Fälle, in denen das Gericht die Öffentlichkeit selbst in unzulässiger Weise be-

<sup>9</sup> Vgl. auch *Arnoldi*, NSTz 2020, 313, 315; *Jahn*, JuS 2021, 274; *Kulhanek*, NJW 2020, 1183, 1184.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG NJW 2012, 1863 = BVerfGK 19, 352; BGH NJW 1980, 249 = BGHSt 29, 50; BGH NJW 1977, 157, 158 = BGHSt 27, 13.

<sup>11</sup> BGH NJW 1980, 249 = BGHSt 29, 50; *Kulhanek*, MüKo-StPO, 1. Auflage 2019, § 169 GVG Rn. 18.

<sup>12</sup> Vgl. *Kulhanek*, NJW 2020, 1183, 1184.

<sup>13</sup> Vgl. *Jahn*, JuS 2021, 274, 275 und *Kulhanek*, NJW 2020, 1183, 1184 mit dem Hinweis auf § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG.

<sup>14</sup> So auch im Ergebnis *Arnoldi*, NSTz 2020, 313, 315.

<sup>15</sup> BGH NJW 1969, 756, 757 = BGHSt 22, 297; BGH NJW 1966, 1570, 1571 = BGHSt 21, 72; OLG Celle NSTz 2012, 654; vgl. auch BGH NSTz 1995, 143; (a.A. *Kudlich*, JA 2000, 970).

<sup>16</sup> BGH NSTz-RR 2016, 245; BGH NJW 1969, 756, 757 = BGHSt 22, 297; Meyer-Goßner/*Schmitt*, 63. Auflage 2020, § 338 StPO Rn. 49 m.w.N.; BeckOK/*Wiedner*, 39. Edition Stand 01.01.2021, § 338 StPO Rn. 162 m.w.N.; MüKo/*Knauer/Kudlich*, 1. Auflage 2019, § 338 StPO Rn. 134 m.w.N.; (a.A. *Kudlich*, JA 2000, 970).

schränkt oder dem Gericht das Verschulden untergeordneter Beamter zuzurechnen ist.<sup>17</sup>

Den Erlass von Allgemeinverfügungen und die dadurch entstandenen Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes hat das Gericht aber nicht zu vertreten, da diese außerhalb dessen Einfluss- oder Verantwortungsbereich liegen.<sup>18</sup> Darüber hinaus steht die Einhaltung der Allgemeinverfügung auch nicht zur Disposition des Gerichts.<sup>19</sup>

Ebenso kann auch nicht die Beseitigung dieses Hindernisses durch das Gericht verlangt werden. Dies hätte zur Folge, dass Handlungen der Exekutive absolute Revisionsgründe schaffen würden,<sup>20</sup> was nicht Grundgedanke der Revision sein kann.<sup>21</sup> Diese erfüllt vielmehr eine Kontroll- und Disziplinierungsfunktion gegenüber den Instanzgerichten mit dem Ziel, bei fehlerhafter Rechtsanwendung im Einzelfall Gerechtigkeit herbeizuführen.<sup>22</sup> Müsste sich nun die Judikative das Handeln der Exekutive zurechnen lassen, würde dies den Anwendungsbereich des § 338 Nr. 6 StPO entgegen dessen Grundgedanken erweitern.<sup>23</sup> Bezugspunkt der Revision wäre nicht mehr das Gericht oder dessen fehlerhafte Besetzung, sondern das Handeln der Exekutive.<sup>24</sup> Letztlich hätte das Gericht zur Beseitigung des Hindernisses nur die Möglichkeit, sämtliche Hauptverhandlungen zu verlegen oder auszusetzen. Dies mag bei einigen Verhandlungen insbesondere nach Inkrafttreten des § 10 EGStPO möglich sein, würde insgesamt jedoch mit dem Beschleunigungsgrundsatz (nicht nur wegen der überlangen Haftfortdauer der Untersuchungshaft) sowie der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege kollidieren.<sup>25</sup>

§ 338 Nr. 6 StPO wäre nur dann einschlägig, wenn Ziel der Ausgangsbeschränkungen die Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes wäre und die Judikative sich dies zu Nutze machen würde, um unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu verhandeln.<sup>26</sup> Für diesen Fall könnte dem Gericht auch ein eigenes Verschulden vorgeworfen werden, soweit es in Kenntnis einer mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz kollidierenden und möglicherweise verfassungswidrigen Allgemeinverfügung unter Verstoß gegen § 169 Abs. 1 S. 1 GVG verhandelt.<sup>27</sup> Gleiches gilt, wenn das Gericht unter Ausnutzung der Beschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes verhandelt, obwohl es in der Macht des Gerichts liegt, die Öffentlichkeit problemlos wiederherzustellen.<sup>28</sup> Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Ausgangsbeschränkungen dienen ausschließlich dem Zweck, die Ausbreitung der Corona-Pandemie zu verringern, indem körperliche Kontakte zwischen Menschen auf ein absolutes Minimum reduziert werden sollen.

#### IV. Fazit und Auswirkungen für die Praxis

Da die Gerichtspraxis während des bundes- und landesweiten Lockdowns nicht stillstand, wird dies voraussichtlich nicht die letzte Entscheidung zu einer Verfahrensrüge

<sup>17</sup> MüKo/Knauer/Kudlich, 1. Auflage 2019, § 338 StPO Rn. 136 m.w.N.

<sup>18</sup> So auch BGH, Beschluss vom 6. Januar 2021 – 5 StR 363/20 Rn. 10 m.w.N. = BeckRS 2121, 3211; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage 2020, § 338 StPO Rn. 49 m.w.N.; Arnoldi, NSTZ 2020, 313, 316; Deuring, GVRZ 2020, 22 Rn. 31; vgl. auch BGH NJW 1966, 1570 = BGHSt 21, 72; BGH NJW 1969, 756 = BGHSt 22, 297.

<sup>19</sup> So auch Deuring, GVRZ 2020, 22 Rn. 31 m.w.N.

<sup>20</sup> Vgl. Moslehi, GVRZ 2020, 21 Rn. 12 m.w.N.

<sup>21</sup> So auch Arnoldi, NSTZ 2020, 313, 316 m.w.N.

<sup>22</sup> MüKo/Knauer/Kudlich, 1. Auflage 2019, Vorbemerkung zu § 333 StPO Rn. 67 f. m.w.N.; Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage 2020, Vor § 333 StPO Rn. 4 m.w.N.

<sup>23</sup> So auch Arnoldi, NSTZ 2020, 313, 316 m.w.N.; vgl. auch BGH NSTZ 1994, 498 = BGHSt 40, 191 sowie BGH NSTZ-RR 2000, 366 zu Zutrittsverweigerung durch Inhaber des Hausrechts bei einem Ortstermin; vgl. auch Temming in Gercke/Julius/Temming/Zöller, 6. Auflage 2019, § 338 StPO Rn. 32 zu Hindernissen außerhalb des Gerichtsgebäudes, wie Straßensperren.

<sup>24</sup> So auch Arnoldi, NSTZ 2020, 313, 316 m.w.N.

<sup>25</sup> So auch BGH, Beschluss vom 6. Januar 2021 – 5 StR 363/20, Rn. 11 m.w.N. = BeckRS 2021, 3211; vgl. zum Beschleunigungsgebot BVerfG NJW 2009, 1469; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 16. November 2020 – 2 BvQ 87/20, Rn. 50; SachsVerfGH NJW 2020, 1285; Kulhanek, NJW 2020, 1183, 1187.

<sup>26</sup> Arnoldi, NSTZ 2020, 313, 316; Deuring, GVRZ 2020, 22 Rn. 21, 33.

<sup>27</sup> So auch Deuring, GVRZ 2020, 22 Rn. 34 m.w.N.

<sup>28</sup> SK/Frisch, 5. Auflage 2018, § 338 StPO Rn. 136 m.w.N.

wegen der Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes sein.<sup>29</sup> Letztlich bietet die Entscheidung Anlass zur Diskussion, inwieweit Maßnahmen der Exekutiven geeignet sind, die Öffentlichkeit eines Gerichtsprozesses zu beschränken und ob dies aus revisionsrechtlicher Sicht dem verhandelnden Gericht zurechenbar ist.

Unabhängig von der Frage, inwieweit Maßnahmen der Exekutive aus revisionsrechtlicher Sicht Instanzgerichten im Einzelfall zurechenbar sind, können durchaus Fallkonstellationen denkbar sein, die eine Verfahrensrüge gestützt auf § 338 Nr. 6 StPO, § 169 Abs. 1 S. 1 GVG rechtfertigen würden. So beispielsweise bei gleichzeitigem Verhandeln während einer absoluten Ausgangssperre. Ebenso wäre die Verfahrensrüge ratsam, wenn die Ausgangsbeschränkung nur ein kurzfristiges Hindernis darstellen würde und hierbei dem Gericht problemlos eine Terminierung nach Außerkrafttreten der Allgemeinverfügung möglich wäre.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Vgl. auch BGH, Beschluss vom 6. Januar 2021 – 5 StR 363/20 = BeckRS 2021, 3211.

<sup>30</sup> Vgl. auch BGH, Beschluss vom 6. Januar 2021 – 5 StR 363/20, Rn. 11 = BeckRS 2021, 3211; BGH NJW 1980, 249 = BGHSt 29, 50.

## Strafverfahrensrecht

Rechtsanwältin Dr. Michelle Wiesner-Lameth, LL.M., CFE, und Dr. Mathias Grzesiek, Frankfurt a.M.

# Reichweite der Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungskorrespondenz

Urteilsanmerkung LG Mannheim, Beschluss vom 15. Oktober 2020 – 24 Qs 3/20

**Soweit Unterlagen in objektiv nachvollziehbarer Weise im Rahmen einer Mandatsbeziehung erstellt wurden, die auf die strafrechtliche Verteidigung gegen diejenigen Vorwürfe gerichtet ist, welche Gegenstand des gegen den Beschuldigten geführten Ermittlungsverfahren sind, unterliegen sie dem Beschlagnahmeschutz der §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO. (Leitsatz der Verfasser)**

**Das gilt auch dann, wenn die Unterlagen vor der Beschuldigung im Rahmen eines Zivilprozesses oder einer unternehmensinternen Untersuchung entstanden sind, welchem derselbe Sachverhalt zugrunde liegt wie derjenige eines späteren Strafverfahrens. (Leitsatz der Verfasser)**

## I. Einleitung

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit dem Umfang des Beschlagnahmeschutzes der §§ 97, 148 StPO. Die Rechtsprechung des LG Mannheim konkretisiert weiter, welche Unterlagen genau in den Kreis der Verteidigungsunterlagen fallen und somit den besonderen Schutz des § 148 StPO genießen. Dabei reiht sich der Beschluss in eine Rechtsprechungslinie ein, die anerkennt, dass ein besonderer Schutz der Verteidigung auch vor der formellen Beschuldigung im Interesse der allgemeinen Rechtspflege ist, solange die Tätigkeit des Rechtsanwalts subjektiv und objektiv im Hinblick auf ein späteres Strafverfahren erfolgt. Das LG deutet durch seine Bezugnahme auf die frühzeitige Erteilung einer Strafprozessvollmacht sowie einen parallelen Zivilprozess an, dass die objektive Zwecksetzung ausschlaggebend ist.

## II. Sachverhalt

Den Hintergrund des Verfahrens bilden unternehmensinterne Ermittlungen, die gegen den Beschwerdeführer aufgrund eines Bestechungsvorwurfs durchgeführt wurden. Im Verlaufe der Vernehmungen wurde ihm seitens der Anwälte des Unternehmens erklärt, dass das Unternehmen beabsichtige, Strafanzeige zu erstatten. Der Beschwerdeführer

erteilte seinem Verteidiger daraufhin bereits bei seiner Beauftragung in Vorbereitung des zukünftigen Verfahrens im Februar 2019 eine Strafprozessvollmacht. Im Mai 2019 wurde auf Grundlage einer Strafanzeige des Unternehmens ein Ermittlungsverfahren bei der Staatsanwaltschaft Mannheim gegen ihn eingeleitet.

Im Zuge dessen erließ das Amtsgericht Mannheim im Juni 2020 einen Durchsuchungsbeschluss, welcher die Durchsuchung der Person und der Wohnung des Beschwerdeführers unter anderem nach Unterlagen und Dateien anordnete, „die Notizen und Schriftverkehr des Beschuldigten mit Rechtsanwälten“ beinhalteten, soweit diese im Zusammenhang mit der internen Ermittlung und der sich daran anschließenden arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung und vor dem Eingang der Strafanzeige angefertigt wurden.

Die Staatsanwaltschaft argumentierte bei Antragstellung, dass ein Beschlagnahmeschutz nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO nur für Unterlagen bestehe, die während des Ermittlungsverfahrens angefertigt worden seien. Sie stellte zum einen auf den Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO ab, der lediglich die Kommunikation Beschuldigten mit seinem Verteidiger schütze. Die Beschuldigung setze einen Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde und die objektive Manifestation dieses Willens voraus. Ein Schutz über den Wortlaut hinaus bestehe nicht, da insoweit das Gebot einer effektiven Strafverfolgung gegenüber der Gewährleistung einer wirksamen Strafverteidigung überwiege.

Das LG Mannheim hatte über die Beschwerde des Beschuldigten gegen den Durchsuchungsbeschluss zu entscheiden.

### III. Entscheidungsgründe

Das LG Mannheim hob den Durchsuchungsbeschluss insoweit auf, als die Durchsuchung nach Korrespondenz des Beschwerdeführers mit seinem Verteidiger betroffen war.

Eine Durchsuchung nach beschlagnahmefreien Gegenständen sei unzulässig. Der Beschlagnahmeschutz der §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 Abs. 1 StPO erfasse alle Unterlagen, die in objektiv nachvollziehbarer Weise im Rahmen einer Mandatsbeziehung erstellt wurden, die auf die strafrechtliche Verteidigung in einer konkreten Angelegenheit gerichtet sind. Eine Verteidigung in diesem Sinne beginne nicht mit der Beschuldigung, sondern dann „wenn nur der Rechtsanwalt aus gutem Grund seine Tätigkeit materiell als Verteidigung ansehen kann“. Eine Zuordnung zu den Verteidigungsunterlagen müsse im Einzelfall neben der subjektiven Zuordnung auch durch den Inhalt und weitere objektive Kriterien nachvollziehbar sein. Das gelte auch dann, wenn die Unterlagen bereits vor der formellen Beschuldigung im Rahmen eines Zivilprozesses bzw. einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung im Zusammenhang mit dem sachlichen Gegenstand des Strafverfahrens entstanden seien.

Diese Auslegung ergebe sich zwar nicht aus dem Wortlaut der §§ 97 Abs. 1, 148 StPO. Der Schutzbereich reiche in verfassungskonformer Auslegung jedoch darüber hinaus. Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung war das Gebot einer effektiven Strafverfolgung gegen das Gebot einer effektiven Strafverteidigung abzuwägen. Dabei kam das LG Mannheim zu dem Ergebnis, dass in diesem Fall dem Vertrauensschutz zwischen Mandant und Verteidiger der Vorrang zu geben ist. Dies wird unter anderem mit grundrechtlichen Argumenten begründet. Zum einen käme es zu einer abschreckenden Wirkung sich überhaupt einem Verteidiger anzuvertrauen, wenn der Mandant stets damit rechnen müsste, dass die mit dem Verteidiger geführte Korrespondenz von den Ermittlungsbehörden verwertet und gegen ihn verwendet werden könnte. Dies wäre mit dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) unvereinbar. Zum anderen liege eine möglichst frühzeitige Beratung durch ein Organ der Rechtspflege auch im Interesse der allgemeinen Rechtspflege. Zudem spreche der Nemo-Tenetur-Grundsatz für einen Beschlagnahmeschutz. Es ergebe sich beispielsweise aus §§ 55 StPO, dass die Selbstbelastungsfreiheit auch vor der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gelte. Zuzüglich könne es nicht sein, dass die Verteidigerrechte vom Eintritt eines Ereignisses abhingen, das weder Betroffenen noch Verteidiger bekannt sei. Solange die förmliche

Beschuldigung ungewiss sei, könnten sie sich nicht auf die Schutzwirkung der §§ 97, 148 StPO verlassen und müssten konspirativ tätig werden. Dies sei mit der rechtsstaatlich gebotenen Ermöglichung einer effektiven Verteidigung nicht vereinbar.

Konsequent erscheint es daher nur, die Beschlagnahmefreiheit nach den §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 StPO auf diejenigen Unterlagen auszuweiten, die vor der formellen Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu Verteidigungszwecken angefertigt wurden.

#### IV. Anmerkung

Der Entscheidung des LG Mannheim ist vollumfänglich zuzustimmen. Sie fügt sich in eine Reihe weiterer Entscheidungen<sup>1</sup> zum Beschlagnahmeschutz von Verteidigungsunterlagen ein und deckt sich mit der herrschenden Meinung in der Literatur.<sup>2</sup> Das LG Mannheim stellt auch klar, dass die Erteilung einer Strafprozessvollmacht ein Verteidigungsbezug hergestellt werden kann

Nach dem Sinn und Zweck der Beschlagnahmeregelungen und auf Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung ist das Ergebnis praktisch zwingend. Jedenfalls bei natürlichen Personen führt bereits die Möglichkeit einer Beschlagnahme zu einer abschreckenden Wirkung. Die weiteren Argumente greifen auch für die Verteidigung von juristischen Personen.<sup>3</sup> Eine derartige Behinderung der Möglichkeit sich anwaltlichen Rat zu suchen, würde gegen das Rechtsstaatsgebot verstoßen. Überzeugend wird vom LG Mannheim dargelegt, dass das Gebot einer Strafverfolgung in einer Abwägung zurückstehen muss, denn wenn die relevanten Tatumstände dem Verteidiger aus Furcht vor einer Beschlagnahme nicht mitgeteilt werden, entstehen die Beweise, auf die eine Beschlagnahmemöglichkeit abzielt, erst gar nicht.<sup>4</sup> Zudem würde der Beschlagnahmeschutz von einem nicht absehbaren Ereignis abhängen, namentlich der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens. Das würde eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit schaffen, denn der konkrete Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung stellt aus Sicht des Betroffenen eine reine Zufälligkeit dar, die in der Regel ohne sein Wissen eintritt.<sup>5</sup>

Die mittlerweile bestehende Notwendigkeit von unternehmensinternen Erhebungen vor einer staatlichen Inculpation führt zu der Notwendigkeit auch den Schutzbereich des Mandatsverhältnisses über die Beschuldigung hinaus zu erstrecken, da eine Kommunikation mit dem Mandanten ohne *Papertrail* kaum möglich ist.<sup>6</sup> Schließlich erfordert eine sachgerechte Verteidigung schriftliche Aufzeichnung etwa über Wahrnehmungen des Beschuldigten, und weitere Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhaltes.<sup>7</sup> Im Vorfeld eines staatlichen Ermittlungsverfahrens sind Arbeitnehmer im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen besonders schutzbedürftig. Ihnen muss es möglich sein, sich ungehindert und ohne Furcht vor einer späteren Verwertung einem Rechtsanwalt anvertrauen zu können, wenn sie bspw. im Rahmen von internen Untersuchungen befragt werden oder hiervon betroffen sind. Das gilt bereits, wenn sie formal noch den Status von Zeugen haben, aber bereits in Erwartung eines Strafverfahrens einen Rechtsanwalt kontaktieren. Dem Zweck der Verteidigung dienen die hierbei erstellten Unterlagen auch dann, wenn sie formal in Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens erstellt werden. Das gleiche gilt, wenn der Notwendigkeit einer Verteidigung vorgegriffen wird, etwa bei einer Selbstanzeige nach § 371 AO. Denn hier wird der Verteidiger gleichsam in Erwartung eines Strafverfahrens tätig, handelt jedoch so, dass eine Verurteilung abgewendet werden kann.

<sup>1</sup> Vgl. u.a. BGH NJW 1980, 64, 65; LG München I NStZ 2019, 172; LG Braunschweig NStZ 2016, 308; LG Hamburg StraFo 2016, 463; LG Gießen wistra 2012, 409; LG Frankfurt/Main StraFo 2004, 239; anders nur: LG Bonn NZWiSt 2013, 21.

<sup>2</sup> Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2018, § 3 Rn. 586; KK-StPO/Greven, 8. Aufl. 2019, StPO § 97 Rn. 24; MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, StPO § 97 Rn. 29; Nolte/Hille, jurisPR-Compl 3/2021 Anm. 1.

<sup>3</sup> So auch: Oesterle/Tute NZWiSt 2021, 164, 167.

<sup>4</sup> Oesterle/Tute NZWiSt 2021, 164, 165.

<sup>5</sup> Oesterle/Tute NZWiSt 2021, 164, 165.

<sup>6</sup> Vgl. dazu bereits: Jahn/Kirsch, NZWiSt 2013, 28.

<sup>7</sup> Klengel/Buchert, NStZ 2016, 383, 386.



## V. Zusammenfassung

Durch die Entscheidung wurde ein entscheidender Schritt für das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant getan. Nunmehr ist ein umfassender, von der formellen Einleitung eines Ermittlungsverfahrens unabhängiger Beschlagnahmeschutz zu erwarten, jedenfalls für solche Unterlagen, die objektiv nachvollziehbar einen Bezug zu einem für die Zukunft zu erwartenden Strafverfahren aufweisen und auch subjektiv auf die Verteidigung in diesem Verfahren abzielen.<sup>8</sup> Hierzu zählen auch Unterlagen, die im Rahmen einer Tätigkeit als Zeugenbeistand im Rahmen von internen Ermittlungen in Erwartung eines weiteren Strafverfahrens erstellt werden.

Weiter unklar bleibt noch, inwieweit der Schutz von Verteidigungsunterlagen auch eine entsprechende „Widmung“ durch den Rechtsanwalt bzw. Betroffenen im Hinblick auf ein erwartetes Strafverfahren erfordert und auch wie subjektiv formuliert ein entsprechender Verteidigungsbezug sein muss. Es empfiehlt es sich somit, einen Verteidigungsbezug von Anfang an durch hinreichende Maßnahmen, wie die Erteilung einer Strafprozessvollmacht, zu dokumentieren.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Anders lediglich: LG Bonn, NZWiSt 2013, 21.

<sup>9</sup> Oesterle/Tute, NZWiSt 2021, 164, 167; Jahn/Kirsch, NZWiSt 2013, 28, 30.

### Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Michelle Wiesner-Lameth, LL.M., CFE, Frankfurt a.M.

## BAG, Urteil vom 29.04.2021 - 8 AZR 276/20, 16. Mai 2021

Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg Kammern Mannheim, Urteil vom 21. April 2020 - 19 Sa 46/19

### **BAG bejaht Anspruch des Arbeitgebers auf Ersatz von Anwaltskosten für interne Ermittlungen gegen Arbeitnehmer**

1. Ein Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer die durch das Tätigwerden einer auf Unternehmensstrafrecht spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen, wenn er die Anwaltskanzlei anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers mit Ermittlungen gegen diesen beauftragt und der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.
2. Sofern ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers vorliegt, gehören auch die zur Abwendung drohender Nachteile notwendigen Aufwendungen des Geschädigten zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden.
3. Die Grenze der Ersatzpflicht richtet sich nach dem, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung oder zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern als erforderlich getan haben würde (vgl. die Pressemitteilung des BAG).
4. Dem steht § 12a I 1 ArbGG nicht entgegen.

### I. Sachverhalt

Das BAG hatte zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer (Kläger) der Arbeitgeberin (Beklagte) die Kosten für interne Ermittlungen gegen ihn wegen Compliance-Verstößen zu ersetzen habe.

Der Kläger war bei der Beklagten als Leiter des Zentralbereichs Einkauf und Mitglied einer Führungsebene tätig. Er verdiente zuletzt etwa EUR 466.000 p.a.

Bei der Beklagten gingen mehrere anonyme Verdachtsmeldungen wegen möglicher Compliance-Verstöße des Klägers im Zusammenhang mit dem Besuch von UEFA Champions League-Spielen eines Fußball-Erstligisten ein. Das intern zuständige Komitee der Beklagten nahm dies zur Veranlassung, eine spezialisierte Anwaltskanzlei mit Compliance-Ermittlungen zu beauftragen.

Die Anwaltskanzlei legte einen umfassenden Untersuchungsbericht vor. Ausgehend von einem Stundenhonorar iHv. EUR 350,00 stellte sie der Beklagten hierfür insgesamt rund EUR 210.000 in Rechnung.

Die Untersuchung ergab, dass der Kläger die Tickets für die Champions-League-Spiele UEFA Champions League-Spiele von Geschäftspartnern der Beklagten eingefordert und erhalten habe. Im April 2015 habe er ein UEFA Champions League-Spiel auf Kosten einer Geschäftspartnerin besucht, mit der in zeitlicher Nähe eine Kooperationsvereinbarung geschlossen wurde. In dem Untersuchungsbericht wurden weitere Pflichtverletzungen festgestellt.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis gegenüber dem Kläger fristlos, hilfsweise ordentlich wegen auch strafrechtlich relevantem Verhalten. Der Kläger habe mit der wahrgenommenen Einladung zu den UEFA Champions League-Spielen gegen das sog. Schmiergeldverbot verstoßen. Weiterhin habe er private Auslagen auf Kosten der Beklagten abgerechnet, darunter eine vermeintliche Dienstreise nach New York und den Besuch einer Theaterveranstaltung und eines Basketballspiels. Durch die Initiierung der Abrechnung von privat veranlassten Essenseinladungen auf Kosten der Beklagten, habe der Kläger mehrfach Spesenbetrug begangen.

Gegen die Kündigung hat der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben, die rechtskräftig abgewiesen wurde. Im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens beanspruchte die Beklagte widerklagend Ersatz der ihr von der Anwaltskanzlei in Rechnung gestellten Ermittlungskosten. Dies begründete sie damit, dass der Kläger diese Kosten nach den vom Bundesarbeitsgericht für die Erstattung von Detektivkosten aufgestellten Grundsätzen zu ersetzen habe. Der Kläger hingegen vertrat die Auffassung, dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch stehe die Regelung in § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG entgegen. Zudem habe die Beklagte die Erforderlichkeit der Kosten nicht dargetan.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das arbeitsgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und der Beklagten EUR 66.500,00 zugesprochen. Es hat angenommen, die Beklagte könne die Kosten ersetzt verlangen, die ihr durch die Tätigkeit der Anwaltskanzlei bis zum Ausspruch der Kündigung entstanden seien.

Die Parteien stritten im Revisionsverfahren noch darüber, ob der Kläger der Beklagten zum Ersatz von Anwaltskosten iHv. EUR 66.500,00 für Ermittlungen im Zusammenhang mit Vorwürfen des Spesenbetrugs, des Abrechnungsbetrugs und von Compliance-Verstößen verpflichtet ist.

## II. Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers war erfolgreich. Der 8. Senat des BAG lehnte die Erstattung der Kosten für die Beauftragung der Anwaltskanzlei ab, da die Beklagte nicht dargelegt habe, dass die von ihr geltend gemachten Kosten erforderlich waren.<sup>1</sup> Es fehle an einer substantiierten Darlegung, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welchem konkreten Verdacht gegen den Kläger von der beauftragten Anwaltskanzlei ausgeführt worden seien.

Der Senat hielt dabei fest, dass ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer grundsätzlich die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen könne, wenn (i) der Beauftragung der Anwaltskanzlei mit der

<sup>1</sup> Die Anmerkung beruht auf der Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr 11/21, zuletzt abgerufen unter [https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&pm\\_nummer=0011/21#druck](https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&pm_nummer=0011/21#druck) am 15. Mai 2021; FD-ArbR 2021, 438529.

internen Untersuchung ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers zugrunde liege und (ii) der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt werde.

Sofern ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers vorliegt, sollen auch die zur Abwendung drohender Nachteile notwendigen Aufwendungen des Geschädigten zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden gehören.

Die Grenze der Ersatzpflicht richte sich nach dem, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung oder zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern als erforderlich getan haben würde.

Dem stehe § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG, der als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen, sondern auch einen materiellen Kostenerstattungsanspruch ausschließt, nicht entgegen. Diese Bestimmung finde in einem solchen Fall keine Anwendung.

### III. Anmerkung

Mit der Entscheidung bejaht das BAG erstmals einen Anspruch des Arbeitgebers auf Ersatz von Anwaltskosten für eine aufgrund konkreter Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer durchgeführte, interne Untersuchung.<sup>2</sup> Dem geschädigten Unternehmen wird damit die Möglichkeit eröffnet, die Kosten für die Beauftragung externer Dienstleister zur Sachverhaltsaufklärung bereits im Kündigungsschutzverfahren mittels Widerklage zu verfolgen.

Der Volltext der Entscheidung ist noch nicht veröffentlicht. Aus der auf der Internetseite des BAG veröffentlichten Pressemitteilung ergeben sich folgende Voraussetzungen für das Bestehen des Erstattungsanspruchs:

1. Anlass der internen Untersuchung waren konkrete Verdachtsmomente für schwerwiegende, vorsätzliche Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers;
2. Der Verdacht gegen den Arbeitnehmer hat sich bestätigt;
3. Die Beauftragung externer Dienstleister war aus Sicht eines vernünftig denkenden Dritten erforderlich, was bei komplexen Sachverhalten zu bejahen sein wird;<sup>3</sup>
4. Die interne Untersuchung diene dem Zweck der Abwehr drohender Nachteile, d.h. es sind nur die Kosten erstattungsfähig, die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung angefallen sind;
5. Es muss substantiiert dargelegt werden, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welches konkreten Verdachts entfaltet wurden.

Mit diesen Voraussetzungen knüpft der Senat an seine Rechtsprechung zu der Erstattungs-fähigkeit von Detektivkosten an. Für diese Konstellation hat der 8. Senat des BAG bereits entschieden, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (§ 280 Abs. 1 BGB) entstandenen, notwendigen Detektivkosten zu ersetzen hat, wenn der Arbeitgeber den Detektiv aufgrund eines konkreten Tatverdachts gegen den Arbeitnehmer mit der Überwachung des Arbeitnehmers beauftragt und dem Arbeitnehmer eine vorsätzliche Vertragspflichtverletzung nachgewiesen wird.<sup>4</sup> Darüber hinaus soll eine Erstattungspflicht hinsichtlich der Detektivkosten auch dann in Betracht kommen, wenn die ermittelten Tatsachen zu einem so schwerwiegenden Verdacht einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung führen, dass eine deswegen ausgesprochene Verdachtskündigung als begründet angesehen wer-

<sup>2</sup> Vgl. Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 11/21.

<sup>3</sup> Jenne/Schubert, CB 2020, 487, 489.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/16 –, BAGE 159, 278-293, Rn. 45; BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 22, juris; BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 8 AZR 547/09 –, Rn. 24, juris.

den muss.<sup>5</sup> Dies ist dann der Fall, wenn das dem Verdacht zugrunde liegende Fehlverhalten eine erhebliche Verfehlung des Arbeitnehmers – strafbare Handlung oder schwerwiegende Vertragsverletzung – darstellt.<sup>6</sup> Der Umfang der Schadensersatzpflicht soll sich nach § 249 BGB richten und alle Aufwendungen des Geschädigten umfassen, soweit diese nach den Umständen des Falles als notwendig anzusehen sind, wozu auch die Abwehr drohender Nachteile gehöre, wenn sich insofern konkrete Verdachtsmomente ergeben. Aus der Schadensminderungsobliegenheit des § 254 BGB folgt, dass der Arbeitgeber nur für solche Maßnahmen Erstattungsansprüche geltend machen kann, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber nach den Umständen des Einzelfalles zur Beseitigung der Störung bzw. zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern auch als erforderlich ergreifen würde.

Im Hinblick auf die Erstattung von Kosten für externe Dienstleister im Rahmen von internen Untersuchungen können sich Abgrenzungsfragen ergeben, wenn diese auch anderen Zwecken dienen bzw. die Ergebnisse für andere Zwecke verwendet werden, z.B. der Verteidigung in einem Ermittlungsverfahren oder der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Denn in der Praxis beschränkt sich der Zweck von internen Untersuchungen häufig nicht auf die mögliche Beseitigung einer Vertragsstörung durch Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers. Gleiches gilt für den in der Praxis häufigen Fall, dass im Lauf der internen Untersuchung weitere Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer hinzukommen, wodurch der Umfang der internen Untersuchung erweitert wird.

Bei der Einordnung dieser Sachverhalte ist zu berücksichtigen, dass die Erstattung von Kosten für die Aufklärung von Sachverhalten, die nicht auf die Beseitigung einer konkreten Vertragsstörung oder Schadensabwehr gerichtet ist, aufgrund der gesetzgeberischen Wertung des § 12a ArbGG nicht in Betracht kommt.<sup>7</sup> Nach § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG besteht in Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistands. Der Ausschluss bezieht sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht nur auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern auch auf materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche, einschließlich Ansprüchen auf Erstattung vor- bzw. außergerichtlicher Kosten.<sup>8</sup>

Für die Erstattung von Kosten einer internen Untersuchung dürfte dies Folgendes bedeuten, wobei die Veröffentlichung des Volltexts der Entscheidungsgründe hier möglicherweise weitere Klarheit bringen wird:

- Solange die im Rahmen der internen Untersuchung durchgeführten Ermittlungen auf konkreten Verdachtsmomenten gegen den Arbeitnehmer beruhen und eine Behebung der Vertragsstörung in diesem (Arbeits-)Verhältnis bezwecken, dürfte es unschädlich sein, wenn die Ergebnisse auch anderweitig verwendet werden. Insofern dürfte die Mitursächlichkeit ausreichen.<sup>9</sup>
- Werden nach Ausspruch der Kündigung weitere Ermittlungen vorgenommen, sind diese erstattungsfähig, sofern sie für die Beseitigung der Vertragsstörung kausal werden, etwa durch das Nachschieben von Gründen,<sup>10</sup> oder den Ausspruch einer weiteren (vorsorglichen) Kündigung.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 21, juris.

<sup>6</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 21 ff., juris; vgl. auch Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 2. Oktober 2012 – 18 Sa 492/11 –, Rn. 133, juris, das die Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten bei Ausspruch einer Verdachtskündigung bejaht, „wenn das Verhalten, welches zu dem schwerwiegenden und erheblichen Verdacht führt, für sich betrachtet bereits pflichtwidrig ist und eine Tat Kündigung deshalb scheitert, weil bestimmte Umstände in der Sphäre des Arbeitnehmers kaum aufklärbar sind“.

<sup>7</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. April 2020 – 19 Sa 46/19 –, Rn. 202 ff., juris.

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 25. September 2018 – 8 AZR 26/18 –, BAGE 163, 309-325, Rn. 25 m.w.N.

<sup>9</sup> Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2020, 1583, 1586 f.

<sup>10</sup> So auch Fuhlrott, NZA-RR 2020, 445; Jenne/Schubert, CB 2020, 487, 489; anders wohl Stück, CCZ 2021, 97, 99, der den Kostenerstattungsanspruch auf Tätigkeiten begrenzt, die im Zusammenhang mit dem Ursprungsverdacht stehen.

<sup>11</sup> Jenne/Schubert, CB 2020, 487, 489.

- Nicht erstattungsfähig sind Kosten nach bereits erfolgreich durchgesetzter Kündigung für die Ermittlung weiterer Pflichtverletzungen oder Kosten für die Vorbereitung von Schadenersatzprozessen gegen den Arbeitnehmer.<sup>12</sup>
- Bezüglich des Umfangs der Kostenerstattungspflicht hatte das LAG Baden-Württemberg in der Vorinstanz ein Stundenhonorar von EUR 350 für eine auf Unternehmensstrafrecht spezialisierte Anwaltskanzlei als marktüblich akzeptiert.<sup>13</sup>
- Neben Kosten für Detektive oder spezialisierte Anwaltskanzleien dürften unter Berücksichtigung der vorstehenden Voraussetzungen auch marktübliche Kosten für weitere externe Dienstleister, wie Wirtschaftsprüfungsgesellschaften/Steuerberater oder IT-Forensiker, erstattungsfähig sein.

Der Pressemitteilung des BAG ist ferner zu entnehmen, dass an die Dokumentation der im Rahmen der internen Untersuchung entfalteten Tätigkeiten besondere Anforderungen gestellt werden müssen. So müsse nachvollziehbar dargelegt werden können, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welches konkreten Verdachts gegen den Arbeitnehmer ausgeführt wurden. In der Praxis wird dies in den vorgenannten Fällen von Bedeutung sein, in denen sich im Verlauf der Untersuchung über den Ursprungsverdacht hinaus weitere Verdachtsmomente ergeben, die zu einer Erweiterung der Untersuchung führen oder in denen gegen mehrere Arbeitnehmer ermittelt wird.

Auch insoweit wird abzuwarten sein, ob sich aus dem noch zu veröffentlichenden Volltext der Entscheidungsgründe konkretere Vorgaben ableiten lassen.

<sup>12</sup> Momsen/Grützner WirtschaftsStrafR-HdB, § 16 Interne Ermittlungen – Leitfaden für die Praxis Rn. 571, 572; Stück, CCZ 2021, 97, 99; Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2020, 1583, 1586 ff.

<sup>13</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. April 2020 – 19 Sa 46/19 –, Rn. 191, juris.

## Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

# Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzstrafrecht

## I. Strafprozessrecht

### 1. Schweigerechtsentbindung bei Berufsgeheimnisträgern – § 53 StPO

Grundsätzlich sind diejenigen Personen dazu befugt, einen Berufsgeheimnisträger von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, die zu jenem in einer geschützten Vertrauensbeziehung stehen. Hierunter fallen im Rahmen eines Mandatsverhältnisses mit einem Wirtschaftsprüfer regelmäßig nur der oder die Auftraggeber. Für eine juristische Person können diejenigen die Entbindungserklärung abgeben, die zu ihrer Vertretung zum Zeitpunkt der Zeugenaussage berufen sind. Ist über das Vermögen der juristischen Person das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt worden, ist dieser berechtigt, soweit das Vertrauensverhältnis Angelegenheiten der Insolvenzmasse betrifft.

#### **BGH, Beschluss vom 27.01.2021 – StB 44/20, ZInsO 2021, 494**

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Weyand, ZInsO 2021, 494, sowie von Brand, GmbHR 2021, 445. Siehe ferner Wessing, StV 2021, 392.

Mit dem Beschluss beendet der BGH eine langjährige Diskussion, bei der es zu zahlreichen konträren OLG-Entscheidungen gekommen ist; vgl. weiter Tully/Kirch-Heim, NSTZ 2012, 657, sowie – speziell zur „Sprengelrechtsprechung“ verschiedener OLG – Weyand, ZInsO 2018, 1889.



2. Pflichtverteidigerbestellung bei Insolvenzverschleppung - § 140 StPO

Eine schwierige Sachlage i.S.d. § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO liegt bei Verfahren vor dem Wirtschaftsstafrichter des AG vor, wenn im Rahmen der Beweisaufnahme insbesondere Vorgänge der Betriebsführung, Buchhaltung und Bilanzierung zu prüfen sind.

**LG Regensburg, Beschluss vom 15.07.2020 – 6 Qs 5/20, ZInsO 2020, 2396.**

3. Pflichtverteidigerbestellung bei Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht - § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO

Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt stets vor, wenn die Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht stattfindet.

**LG Münster, Beschluss vom 07.09.2020 - 21 Qs - 83 Js 1568/20 - 12/20, n.v.**

Zu der Entscheidung, die angesichts der seit Dezember 2019 geltenden Neufassung des § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO schon von Gesetzes wegen geboten war, s. Bertlings, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm. 5.

4. Rechtsmittel gegen Pflichtverteidigerwechsel - § 143a StPO

Einem Pflichtverteidiger steht gegen die Aufhebung seiner Bestellung kein eigenes Beschwerderecht zu.

**BGH, Beschluss vom 18.08.2020 – 25 StB 25/20, NJW 2020, 3331.**

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Lammer, NJW 2020, 3332.

5. Rechtsmittel gegen Akteneinsicht des Mitbeschuldigten - § 147 StPO

§ 147 Abs. 5 Satz 2 StPO eröffnet den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Versagung der Akteneinsicht, jedoch nicht gegen die Gewährung von Akteneinsicht an die Verteidigung eines Mitbeschuldigten.

**LG Koblenz, Beschluss vom 08.06.2020 – 10 Qs 29/20, wistra 2020, 429.**

Zu der Entscheidung s. die differenzierende Anm. von Corsten/Österle, wistra 2020, 431.

6. Konkludenter Eröffnungsbeschluss - § 203 StPO

Der Wille des Tatrichters, eine Anklage zur Hauptverhandlung zuzulassen, und der Umstand, dass er einen hinreichenden Tatverdacht bejaht hat, kann sich bei Fehlen eines ausdrücklichen Eröffnungsbeschlusses daraus ergeben, dass er in einem Beschluss anlässlich der Terminierung und Ladung das persönliche Erscheinen des Angeklagten (§ 236 StPO) angeordnet hat.

**OLG Hamm, Beschluss vom 08.01.2019 – 4 RVs 166/18, NStZ 2020, 626.**

7. Akteneinsicht an Dritte - § 408 StPO

Die Gewährung von Akteneinsicht im Strafverfahren an Dritte bedarf regelmäßig der vorherigen Anhörung des Beschuldigten, weil damit regelmäßig ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verbunden ist. Die Rechtsgrundlage dieser Anhörungspflicht ergibt sich bei einer Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft aus § 33 Abs. 3 StPO analog bzw. aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem Gebot der Sachaufklärung. Von einer Anhörung kann entsprechend § 33 Abs. 4 S. 1 StPO dann abgesehen werden, wenn sie den Zweck der Anordnung gefährden würde oder wenn der Anhörung tatsächliche Gründe entgegenstehen, z.B. bei unbekanntem Aufenthaltsort des Beschuldigten.

**OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2020 - III-2 Ws 651/19, 2 Ws 651/19, NJW-Spezial 2020, 506.**

Zu der Entscheidung s. Greier, jurisPR-StrafR 21/2020 Anm. 3.

8. Keine Vollstreckung einer Einziehungsanordnung bei Entreicherung – § 459 Abs. 5 S. 1 StPO

Die Vollstreckung einer Einziehungsanordnung hat nach § 459g Abs. 5 S. 1 Alt. 1 StPO zwingend zu unterbleiben, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist.

**OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.02.2020 – Ws 2/20, ZInsO 2020, 2144.**

So auch OLG Jena, Beschluss vom 07.11.2019 – 1 Ws 341/20, ZInsO 2020, 2474. Die OLGe folgen uneingeschränkt der Rspr. des BGH, s. etwa BGH, Beschluss vom 27.09.2018 – 4 StR 78/18, wistra 2019, 96.

9. Absehen von Kostenauflegung bei außergewöhnlich hohen Sachverständigenkosten – § 459d Abs. 2 StPO

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bestehen nicht von vornherein Bedenken gegen die strafprozessrechtlichen Kostenregelungen einschließlich des darin verankerten Veranlassungsprinzips. Eine außergewöhnlich hohe Kostenbelastung kann jedoch im Rahmen der Strafzumessung als Tatfolge im Sinne von § 46 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden. Wenn im Einzelfall die Höhe der Kosten und Auslagen außer Verhältnis zur verhängten Strafe steht, sodass sich die Auflegung der Kosten mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten als übermäßige Belastung erweist, bieten bei Geldstrafen § 459d Abs. 2 StPO sowie allgemein § 10 der Kostenverfügung (KostVfG) die Möglichkeit, von der Kostenauflegung oder -beitreibung abzu- sehen. Unverhältnismäßigkeit liegt in der Regel vor, wenn die entstandenen Verfahrenskosten nach Ausspruch einer Bewährungsstrafe den Betrag der im Strafbefehlsweg verhängten Bewährungsaufgabe deutlich übersteigen.

**BVerfG, Beschluss vom 28.12.2019 – 2 BvR 211/19, wistra 2021, 148.**

In der Sache wurde gegen den beschwerdeführenden Rechtsanwalt neben einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten eine ratenweise zu zahlende Bewährungsaufgabe in Höhe von 23.400 € verhängt. Das BVerfG vermisste eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die in der Folge verlangten Verfahrenskosten in Höhe von 30.711 € nicht zu einer unververtretbaren zusätzlichen Belastung des Betroffenen führen würde.

10. Entreicherung bei verbotenen Geschäften – § 73d Abs. 1 S. 2 StGB, § 459g Abs. 5 StPO

Das in § 73d Abs. 1 S. 2 StGB postulierte Bruttoprinzip führt bei verbotenen Geschäften nicht per se zur Entreicherung oder sonstigen Unverhältnismäßigkeit der Einziehung im Vollstreckungsverfahren. Vielmehr kommt es dafür auf eine Gesamtbetrachtung des im Vollstreckungsverfahren noch vorhandenen Vermögens einerseits und einer Existenzgefährdung der Einziehungsbeteiligten andererseits an.

**LG Stuttgart, Beschluss vom 5.8.2020 – 11 KLS 176 Js 42172/15, NZWiSt 2021, 32..**

11. Nichteröffnung des Hauptverfahrens wegen Verstoßes gegen das „Insolvenzgeheimnis“ – § 210 StPO, § 97 InsO

Sofern der Schuldner durch seine Auskunft im Insolvenzverfahren zu eigenen Straftaten „den Weg gewiesen“ hat, steht § 97 Abs. 1 S. 3 InsO deren strafprozessualen Verwertung zulasten des Schuldners entgegen. Die Verwertung des Inhalts von Geschäftsunterlagen, die auch ohne Erklärungen des Schuldners aus sich heraus verständlich sind, bleibt aber auch dann möglich, wenn die Ermittlungsbehörden von den Unterlagen erst durch die Auskunft des Schuldners im Insolvenzverfahren Kenntnis erlangt haben.

**LG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 28.10.2019 – 22 Wi Qs 6/19, NZI 2020, 1070.**

Zu der heftig umstrittenen Problematik s. bereits Diversy, ZInsO 2005, 180. Vgl. weiter Püschel, ZInsO 2016, 262, Weyand, ZInsO 2016, 441, sowie Haarmeyer, ZInsO 2016, 545.

## II. Materielles Strafrecht

1. Betrug eines Insolvenzverwalters durch eigennützige Entnahmen aus der Insolvenzmasse - § 263 StGB

Ein Betrug (§ 263 StGB) ist nicht bereits mit der Realisierung des Schadens, sondern erst mit Erlangung des vollständigen Vermögensvorteils beendet, weshalb die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnt. Will ein Insolvenzverwalter, der aus einer Insolvenzmasse eigennützig Fremdgelder entnimmt, durch Vorlage manipulierter Berichte, Kontoauszüge und Abrechnungen Regressforderungen verhindern, erlangt er einen entsprechenden Vorteil erst dann vollständig, wenn Ersatzansprüche der Insolvenzgläubiger gegen ihn endgültig nicht oder nur in geringerer Höhe als ihrem Nominalwert geltend gemacht werden können, was letztlich erst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein eigenes Vermögen dokumentiert. Derartige Verfügungen begründen einen Vermögensnachteil der Insolvenzschnldner in identischer Höhe, zu dessen konkreter Ermittlung ein Vergleich des Wertes des Schadensersatzanspruches vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung – der Nichtgeltendmachung von Regressforderungen – erforderlich ist. Bei der Strafzumessung sind neben der Höhe des Betrugsschadens auch etwaige berufsrechtliche Konsequenzen zu berücksichtigen, die den Täter infolge einer Verurteilung treffen werden.

**BGH, Beschluss vom 16.12.2020 – 6 StR 251/20, ZInsO 2021, 497.**

2. Grundsätze der Täterschaft und Teilnahme bei der Gläubigerbegünstigung – § 283c StGB

Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind legitime rechtsgeschäftliche Handlungen noch möglich, insbesondere bei Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten. Jedoch kann dies auch wirtschaftswidrig und dadurch im Sinne von § 283c StGB strafrechtlich relevant sein, wenn etwa bereits der Abschluss des die Verbindlichkeit begründenden Vertrags den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprach oder zwar ordnungsgemäß war, die Erfüllung aber nur durch rechtswidriges Hinauszögern des Insolvenzantrags ermöglicht wurde. Gläubigerbegünstigungsvorsatz setzt voraus, dass der Täter die zugehörigen Umstände im Einzelfall kennt oder zumindest ernsthaft für möglich hält und die Rechtshandlungen zum Nachteil anderer Gläubiger gleichwohl vornehmen will oder die Nachteilszufügung billigend in Kauf nimmt. Für den Gläubiger kommt eine strafbare Teilnahme an seiner Begünstigung im Sinne von § 283c StGB in Betracht, wenn sich seine Handlung nicht nur auf die Annahme einer ihm von dem Schuldner angebotenen Sicherung beschränkt. Das gilt auch beim Hinwirken auf die Gewährung inkongruenter Sicherheiten.

**BGH, Beschluss vom 21.07.2020 – 2 StR 99/19, ZInsO 2020, 2646.**

3. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit - §§ 15a, 17 InsO

Die Fälligkeit von Forderungen setzt im insolvenzrechtlichen Sinn nicht voraus, dass die geschuldete Leistung „ernstlich eingefordert“ wird.

**BGH, Beschluss vom 29.10.2020 – 5 StR 618/19, ZInsO 2020, 2710.**

Die Entscheidung entspricht der Auffassung des IX. Zivilsenats, vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2012 – IX ZR 62/10, ZInsO 2013, 76 m. Anm. Baumert, NZI 2013, 131. A. A. jedoch der 2. Strafsenat, s. BGH, Beschluss vom 16.06.2017 – 2 StR 169/15, ZInsO 2017, 1364. S. zu der Problematik weiter Baumert, NJW 2019, 1486.

## III. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

1. Fehlendes Rechtsschutzinteresse für Insolvenzeröffnungsantrag bei Firmenbestattung - § 13 InsO

Ein Eröffnungsantrag, der unabhängig von den Vermögensverhältnissen des Schuldners und etwa bestehenden Ansprüchen gegen Gesellschafter, Geschäftsführer und

Anfechtungsgegner ausschließlich auf eine Abweisung des Antrags mangels einer die Kosten des Insolvenzverfahrens deckenden Masse gerichtet ist, ist wegen Fehlens eines Rechtsschutzinteresses unzulässig.

**BGH, Beschluss vom 07.05.2020 – IX ZB 84/19, ZInsO 2020, 1310.**

Zu der Entscheidung vgl. umfassend Bittmann, wistra 2020, 387. S. auch Laroche, NZI 2020, 681.

2. Ausnahme von Rechtsschuldbefreiung bei Verbindlichkeiten aus einem Steuerschuldverhältnis – § 302 InsO

Eine Verbindlichkeit aus einem Steuerschuldverhältnis ist auch dann von der Restschuldbefreiung ausgenommen, wenn die Eintragung über die Verurteilung wegen einer Steuerstraftat nach §§ 370, 373 oder § 374 AO, welche im Zusammenhang mit dem Steuerschuldverhältnis steht, im Bundeszentralregister getilgt worden oder zu tilgen ist.

**BGH, Urteil vom 01.10.2020, IX ZR 199/19, ZInsO 2020, 2711.**

Die Entscheidung wird sehr krit. gewürdigt von Pape, ZInsO 2021, 221. S. auch Lindwurm, AO-StB 2021, 9.

3. Befreiung eines Notars von der Verschwiegenheitspflicht durch die Aufsichtsbehörde – § 18 BNotO

Wenn ein Beteiligter verstorben ist, kann die Aufsichtsbehörde an dessen Stelle den Notar von seiner gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 BNotO bestehenden Pflicht zur Verschwiegenheit befreien. Dabei hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der verstorbene Beteiligte, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde oder ob unabhängig hiervon durch den Todesfall das Interesse an einer weiteren Geheimhaltung entfallen ist. Demnach genügt es für die Erteilung der Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht, wenn durch den Todesfall das Interesse des oder der Beteiligten an einer weiteren Geheimhaltung entfallen ist. Mit dem Tod entfällt das Interesse des Erblassers an der Geheimhaltung seines letzten Willens den gesetzlichen Erben gegenüber insoweit, als der letzte Wille diese betrifft.

**BGH, Urteil vom 20.07.2020 - NotZ (Brfg) 1/19, FamRZ 2020, 1680.**

#### IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

1. Erweiterte Untersagung der Ausübung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit – § 35 GewO

Steuerrückstände sind geeignet, einen Gewerbetreibenden als unzuverlässig erscheinen zu lassen, wenn sie sowohl ihrer absoluten Höhe nach als auch im Verhältnis zur Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden gewichtig sind.

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 08.05.2020 – 22 ZB 20.127, StB 2020, 314.**

Zu der Entscheidung s. Wegner, PStR 2020, 244.

2. Gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeit bei Vermögensdelikten – § 35 GewO

Bietet strafrechtlich relevantes Verhalten Anlass für die Annahme einer Unzuverlässigkeit, kann die Gewerbeuntersagung nicht allein auf die Tatsache einer strafgerichtlichen Verurteilung des Gewerbetreibenden gestützt werden. Vielmehr muss die Behörde sowie das Gericht den bei der Verurteilung zugrundeliegenden Lebenssachverhalt daraufhin beurteilen, ob sich daraus auf die Unzuverlässigkeit für das ausgeübte Gewerbe oder gar für jede Gewerbetätigkeit schließen lässt. Die Aussetzung einer rechtskräftig verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung ist für die gewerberechtliche Beurtei-

lung dabei nicht bindend. Die erweiterte Gewerbeuntersagung ist unter dem Gesichtspunkt eines wahrscheinlichen Ausweichens auf Tätigkeiten als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden sowie als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person schon dann zulässig, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die es ausschließen, dass der Gewerbetreibende in Zukunft dahingehend ausweichen wird.

**VG Würzburg, Urteil vom 22.07.2020 – W 6 K 20.380, BeckRS 2020, 21019.**

## Veranstaltungen und politische Diskussion

### Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

## Also doch Deckmantelgesetzgebung! „Klammheimliche“ Reform des sozial- versicherungsrechtlichen Statusfeststel- lungsverfahrens in § 7a SGB IV

**Zu den straf- bzw. bußgeldrechtlichen Implikationen sowie Fragen der Contractor Compliance (Teil 1)**

### I. Einleitung

Das Gebiet des sog. Arbeitsstrafrechts hat viele Fassetten. Ein Dauerbrenner sind und bleiben die straf- und bußgeldrechtlichen Konsequenzen etwaiger Statusverfehlungen, also der vorsätzlich oder leichtfertigen fehlerhaften Abgrenzung von abhängiger, sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV oder einer selbständigen Betätigung im Zweipersonenverhältnis (Fälle sog. Scheinselbstständigkeit) oder im Mehrpersonenverhältnis (Fälle sog. Scheinwerkverträge, Scheindienstverträge, also der illegalen Arbeitnehmerüberlassung).

Während der Arbeitsrechtsweg zur Klärung von Statusfragen das Mittel der Statusklage und Feststellungsklage vorsieht<sup>1</sup>, und das Steuerrecht korrespondierende lohnsteuerrechtliche Fragestellungen im Wege der Anrufungsauskunft gem. § 42e EStG, einer verbindlichen Zusage aufgrund Außenprüfung i.S.d. § 204 AO oder einer verbindlichen Auskunft nach § 89 AO klären lassen kann<sup>2</sup>, besteht seit 1999 auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts die Möglichkeit der Durchführung eines sog. Anfrageverfahrens zur Statusfeststellung gem. § 7a SGB IV (optional oder obligatorisch).<sup>3</sup> Das Ziel dieser Anfragemöglichkeit war es, „eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage zu eröffnen und dadurch divergierende Entscheidungen zu verhindern. Auch sollten unzumutbare Beitragsnachforderungen vermieden und die Position des gutgläubigen Arbeitgebers gestärkt werden.“<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Detailliert dazu Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Frieling/Trapp, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 1 m.w.N.

<sup>2</sup> Detailliert dazu Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Matz, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 3 m.w.N.

<sup>3</sup> Detailliert dazu Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2 m.w.N.

<sup>4</sup> Schlegel/Geiger, Sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung, Änderungsbedarf und Änderungspotentiale, NJW 2020, 16, 17 mit Verweis auf BT-Drs. 14/1855, S. 6.



Diesen Ansprüchen vermochte das Statusfeststellungsverfahren in der Vergangenheit zunehmend nicht mehr gerecht zu werden. Das dürfte nicht nur an den Unzulänglichkeiten des Verfahrens und der arbeitsmarktpolitischen Besetzung des Themas liegen, sondern auch und gerade an dem rasanten Wandel der Arbeitswelt.<sup>5</sup>

Es gibt seit langem Kritik<sup>6</sup> und Reformbemühungen.<sup>7</sup> Solo-Selbstständige und Interessenvertreter treten einer Kriminalisierung und damit der Abnahme von Aufträgen / Einsätzen entgegen.<sup>8</sup>

Nun hat der Gesetzgeber unter dem Denkmantel der Abstimmung über das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung anderer Gesetze vom 16.7.2021<sup>9</sup> § 7a SGB IV grundlegend reformiert, nachdem der Gesetzesentwurf<sup>10</sup> unter Protest der Opposition und der „überfahrenen“ Interessenvertreter von Solo-Selbstständigen<sup>11</sup> im Ausschuss für Arbeit und Soziales „durchgewunken“ wurde.<sup>12</sup> Mit Empörung reagierte man auf dieses Vorgehen:

„Dieses hat zentrale Auswirkungen auf die formelle Feststellung des Erwerbsstatus von Selbstständigen und hiermit grundsätzlich darauf, ob und wie Selbstständigkeit in Deutschland möglich ist. Vor diesem Hintergrund gab es über die Legislatur hinweg einen kontinuierlichen Austausch zwischen den betroffenen Selbstständigengruppen mit allen Ebenen in den Fraktionen und dem Ministerium (z.B. drei Fachgespräche im BMAS).

Umso widersprüchlicher und überraschender ist nun die kurzfristige und nahezu geheime politische Abwicklung dieses Gesetzesvorhabens. Wir kritisieren folgende Punkte:

1. Die Kopplung an ein „unverdächtiges“ und damit nicht im Zusammenhang stehendes Vorhaben – Umsetzung des Barrierefreiheitsgesetzes (s.o.).
2. Keine systematische Einbindung in das Vorhaben zur Reformierung des Statusfeststellungsverfahrens (§ 7a SGB IV) in dieser entscheidenden Phase. Wir sind als Betroffene nicht aktiv informiert worden, sondern haben zufällig davon erfahren.
3. Selbst nach unserem kurzfristigen, konstruktiven Einbringen mit Stellungnahmen wurde uns wiederum offiziell keine Möglichkeit gegeben, zu diesem Verfahren gehört zu werden. Zu der öffentlichen Anhörung am 17. Mai 2021 waren nur DGB, DRV Bund,

<sup>5</sup> Schlegel, Abhängige Beschäftigung – ein Auslaufmodell?, 2020, S. 23.

<sup>6</sup> Die Schlegel/Geiger für unberechtigt halten, NJW 2020, 16, 17; Holthausen, Statusfeststellung und Scheinselbstständigkeit – Ein Praxisbefund über Etikettenschwindel, Umgehungs-, Schein- sowie verdeckte Rechtsgeschäfte und ihre Folgen, RdA 2020, 92.

<sup>7</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 42; BT-Drs. 19/15232, Antrag FDP „Fairness für Selbstständige – Statusfeststellungsverfahren reformieren“, Altersvorsorge ermöglichen, Kranken- und Arbeitslosenversicherung öffnen  
BT-Drs. 19/16455, Kleine Anfrage „Selbstständigkeit – Rechtssicherheit durch eine schnellere Statusfeststellung“; BT-Drs. 19/16819 v. 28.1.2020, Antwort der Bundesregierung  
Holthausen, Statusfeststellung und Scheinselbstständigkeit – Ein Praxisbefund über Etikettenschwindel, Umgehungs-, Schein- sowie verdeckte Rechtsgeschäfte und ihre Folgen, RdA 2020, 92; Ergebnisbericht Zukunftsdialog, BMAS, abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Ministerium/Zukunftsdialog>; <sup>7</sup> Schlegel/Geiger, Sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung, Änderungsbedarf und Änderungspotentiale, NJW 2020, 16, 19 ff.

<sup>8</sup> „Vodafone-CEO Dr. Hannes Ametsreiter hatte ein Jahr zuvor, am 11. Juli 2018, zusammen mit 14 weiteren Vorständen großer deutscher Unternehmen einen eindringlichen Brief an Bundesarbeitsminister Heil geschrieben und auf die gravierenden Auswirkungen der bestehenden Rechtsunsicherheit bei Einsatz von Selbstständigen hingewiesen. Titel: „Eine digitale Arbeitswelt braucht Digitalisierungsexperten“, Unternehmen untersagen wegen rechtlicher Unsicherheiten den Einsatz von Freelancern, 7 Dax-Unternehmen wenden sich an das BMAS, abrufbar unter: <https://www.vgsd.de/diesen-brief-schrieben-vorstaende-von-15-grossen-deutschen-unternehmen-an-arbeitsminister-heil>; siehe auch Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 19.4.2021, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a11#url=L2F1c3NjaHVLc3NlL2ExMS9BbmhvZXU1bmdlbi84MzA3MTYtODMwNzE2&mod=mod538356>.

<sup>9</sup> BGBl. I 2021, 2970, 2990.

<sup>10</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung des Jugendarbeitsschutzgesetzes, BT Drs. 19/28653 v. 19.4.2021.

<sup>11</sup> Statusfeststellungsverfahren: Große Koalition peitscht fragwürdige Änderungen durch Bundestag / Verbände protestieren (vgsd.de), <https://www.vgsd.de/sfv-reform>.

<sup>12</sup> Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5.

aber nicht betroffene Wirtschafts- und Selbstständigenverbände eingeladen. Dieses Vorgehen spottet jeglicher Qualität eines demokratischen Dialogprozesses und sendet ein bedenkliches Signal für die Beachtung der Relevanz von Selbstständigkeit in Deutschland!“<sup>13</sup>

Das Verfahren zur sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellung erfährt in der Tat beachtliche, weil elementare Änderungen, die vielfach als problematisch angesehen werden. Vor allem werde durch diese Reform kein „praxisnahes und gleichzeitig rechtssicheres Verfahren zur Statusfeststellung“ erreicht.

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die wesentlichen Neuerungen (Teil 1) und etwaige Auswirkungen auf ein mögliches Instrument der Erkundung zur straf- und bußgeldrechtlichen Haftungsvermeidung sowie aus der Novelle erwachsende Fragen der Contractor Compliance. (Teil 2).

## II. Das optionale Anfrageverfahren in § 7a SGB IV nach geltender Rechtslage

### 1. § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV

Die aktuelle Norm hat folgenden Wortlaut:

„§ 7a Anfrageverfahren<sup>14</sup>

(1) 1Die Beteiligten können schriftlich oder elektronisch eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. 2Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. 3Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Absatz 2 die Deutsche Rentenversicherung Bund.

(2) Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt.

(3) Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten schriftlich oder elektronisch mit, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt. 2Sie setzt den Beteiligten eine angemessene Frist, innerhalb der diese die Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen haben.

(4) Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

(5) Die Deutsche Rentenversicherung Bund fordert die Beteiligten auf, innerhalb einer angemessenen Frist die Tatsachen anzugeben, die eine Widerlegung begründen, wenn diese die Vermutung widerlegen wollen.

(6) 1Wird der Antrag nach Absatz 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte

1. zustimmt und

2. er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge

<sup>13</sup> Protestbrief der Interessenverbände Selbständiger und Angehöriger der Freien Berufe an BMAS, abrufbar unter: <https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2021/05/2021-05-20-Protestbrief-SFV-33.pdf>.

<sup>14</sup> § 7a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 geänd. mWv 5.4.2017 durch G v. 29.3.2017 (BGBl. I S. 626), gültig vom 5.4.2017 bis 31.3.2022, recherchiert in beck-online.

vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

2Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist.

(7) 1Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, haben aufschiebende Wirkung. 2Eine Klage auf Erlass der Entscheidung ist abweichend von § 88 Absatz 1 des Sozialgerichtsgesetzes nach Ablauf von drei Monaten zulässig.“

## 2. Zielsetzung

Es gerät gern in Vergessenheit, dass das Statusfeststellungsverfahren mit dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999<sup>15</sup> eingeführt wurde – also mit Betonung auf „Förderung der Selbständigkeit“!

Alle Versuche, eine verlässliche sozialversicherungsrechtliche Einordnung durch Kriterienkataloge und Vermutungsregelungen in § 7 SGB IV zu gewährleisten, scheiterten.<sup>16</sup> Bis heute und in Zukunft bleibt es bei einer durch Auslegung und Gewichtung von herausgebildeten Kriterien vorzunehmenden Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Betätigung. Es findet sich sonst kaum eine derart kasuistisch geprägte Rechtsmaterie.

Seit geraumer Zeit wird um eine Reform des Anfrageverfahrens gerungen, um eine höhere Rechtssicherheit für die Akteure zu gewährleisten. Denn: Selbst nach Auffassung der Sozialrechtsexperten ist eine verlässliche sozialversicherungsrechtliche Einschätzung „ohne Kenntnis der ausdifferenzierten Rechtsprechung häufig nicht möglich“.<sup>17</sup>

Das hat beachtliche Folgen für die Rechtsunterworfenen, die im Falle der Falschbeurteilung mit den Mitteln der Kriminalstrafe wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gem. § 266a StGB sanktioniert, und – seit der Novellierung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes – bei leichtfertiger Statusverfehlung und Beitragsvorenthaltung nach § 8 Abs. 3 SchwarzArbG bebußt werden können.<sup>18</sup>

## 3. Gegenstand des Verfahrens

Mit der Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a Absatz 1 Satz 1 SGB IV bietet sich die Möglichkeit, die sozialversicherungsrechtliche Einordnung einer Erwerbstätigkeit klären zu lassen.<sup>19</sup> § 7a Abs.1 S. 1 SGB IV regelt das optionale Anfrageverfahren, bezieht sich auf das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nach § 7 SGB IV. Demgegenüber regelt § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV ein obligatorisches, also verpflichtendes Verfahren, soweit Arbeitgeber Meldungen nach § 28a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 d) und e) SGB IV abgeben.

Das bisherige Anfrageverfahren ist kein Verfahren zur umfassenden Prüfung einer Versicherungspflicht. Als Entscheidungsgrundlage dienen nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen. „Gegenstand des Verfahrens ist die konkrete Tätigkeit des Erwerbstätigen bei einem Auftraggeber. Das Statusfeststellungsverfahren kann sich sowohl auf bestehende Vertragsverhältnisse als auch auf beendete Tätigkeiten beziehen.

<sup>15</sup> BGBl. I 2000, 2.

<sup>16</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2.; Schlegel/Geiger, Sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung, Änderungsbedarf und Änderungspotentiale, NJW 2020, 16, 17 mit Verweis auf die Haltung der Bundesregierung in BT-Drs. 19/9945, S. 23.

<sup>17</sup> Schlegel/Geiger, Sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung, Änderungsbedarf und Änderungspotentiale, NJW 2020, 16, 17.

<sup>18</sup> Klötzer-Assion, FKS als Finanzpolizei?, Zum Entwurf eines Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch, WiJ 2/2019, 88 ff., abrufbar unter: [www.wi-j.com](http://www.wi-j.com); Klötzer-Assion, FKS als „Finanzpolizei“! – Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom Bundestag verabschiedet, WiJ 3/2019, 140, abrufbar unter: [www.wi-j.com](http://www.wi-j.com); Einführung des neuen Bußgeldtatbestands für den Fall der leichtfertigen Zuwiderhandlung gegen § 266a StGB als „Auffangtatbestand“ zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB, wenn Vorsatz nicht festgestellt werden kann, BT-Drs. 19/8691 v. 25.3.2019, S. 54; dazu auch Rettenmaier/Reichling, Neue Sanktionsrisiken für Arbeitgeber, NJW 2020, 2147.

<sup>19</sup> Zu den Verfahrensfragen ausführlich Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2, Rn. 15 ff.

Eine ‚Vorabklärung‘ des Status ist nicht möglich. Vorausgesetzt ist – so Plagemann – zumindest eine bestehende Vertragsbeziehung, auch wenn die Tätigkeit noch nicht aufgenommen wurde.“<sup>20</sup>

Es erfolgt ein feststellender Verwaltungsakt. „Die Entscheidung der DRV ist gemäß § 77 SGG materiell bindend für die Verfahrensbeteiligten und entfaltet auch gegenüber der Einzugsstelle oder dem Versicherungsträger gegenüber Tatbestandswirkung. Die Feststellung ist daher ungeachtet ihrer Rechtmäßigkeit (zunächst) wie eine unbestrittene Tatsache zu behandeln.“<sup>21</sup>

„An die Feststellung einer Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV ist die Versicherungspflicht des Erwerbstätigen und damit die Pflicht zur Beitragszahlung durch den Arbeitgeber geknüpft. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag umfasst die Beiträge zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung sowie die Umlage nach AAG und für Insolvenzgeld.“<sup>22</sup>

#### 4. Privilegierung des § 7a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 6 SGB IV

„Nur (!) unter den Voraussetzungen des § 7a Abs. 6 SGB IV werden die Antragsteller wie folgt privilegiert: Abhängig von der Zustimmung des Beschäftigten, tritt die Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe der Entscheidung der DRV ein, § 7a Abs. 6 S. 1 SGB IV. Kommt die DRV bei Durchführung des Antragsverfahrens zunächst nicht zu einer Beschäftigung und geht der Erwerbstätige hiergegen im Wege des Widerspruchs vor, beginnt die Versicherungspflicht mit Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides, soweit dieser vom Ausgangsbescheid abweicht. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird abweichend von § 23 SGB IV erst fällig, wenn die Entscheidung zum Vorliegen einer Beschäftigung unanfechtbar geworden ist, § 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV.

Das bedeutet: ‚Vom Beginn der Sozialversicherungspflicht an werden die nun rückständigen Beiträge mit den Beiträgen für die Entgeltabrechnung des Kalendermonats fällig, der auf den Monat folgt, in dem die Entscheidung unanfechtbar wird.‘“<sup>23</sup>

### III. Ausgestaltung des § 7a SGB IV n.F. zur Feststellung des Erwerbsstatus

#### 1. § 7a SGB IV n.F.

Die ab 1.4.2022 anzuwendende Norm hat folgenden Wortlaut:

„§ 7a SGB IV n.F. Feststellung des Erwerbsstatus“<sup>24</sup>

(1) 1Die Beteiligten können bei der Deutschen Rentenversicherung Bund schriftlich oder elektronisch eine Entscheidung beantragen, ob bei einem Auftragsverhältnis eine **Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit** vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung von Versicherungspflicht auf Grund einer Beschäftigung eingeleitet. 2Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist.

<sup>20</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2, Rn. 24.

<sup>21</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2, Rn. 25 m.w.N.

<sup>22</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2, Rn. 29 m.w.N.

<sup>23</sup> Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold/Klötzer-Assion, Contractor Compliance, 1. Aufl. 2016, 3. Teil, Kap. 2, Rn. 30 m.w.N.

<sup>24</sup> § 7a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 geänd. mWv 5.4.2017 durch G v. 29.3.2017 (BGBl. I S. 626); Überschrift und Abs. 1 Satz 1 neu gef., Satz 3 aufgeh., Abs. 2 Satz 1 geänd., Sätze 2–4, Abs. 4 Satz 2 sowie Abs. 4a–4c angef., Abs. 5 aufgeh., bish. Abs. 6 wird Abs. 5 und Satz 1 geänd., Satz 2 eingef., bish. Satz 2 wird Satz 3, bish. Abs. 7 wird Abs. 6 und Satz 1 geänd., Satz 2 eingef., bish. Satz 2 wird Satz 3, Abs. 7 angef. mWv 1.4.2022 durch G v. 16.7.2021 (BGBl. I S. 2970), recherchiert in beck-online.

(2) 1Die **Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet** auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, **ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit** vorliegt. 2Wird die vereinbarte Tätigkeit für einen **Dritten** erbracht und liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Auftragnehmer **in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert** ist und dessen **Weisungen unterliegt, stellt sie bei Vorliegen einer Beschäftigung auch fest, ob das Beschäftigungsverhältnis zu dem Dritten besteht**. 3Der **Dritte kann** bei Vorliegen von Anhaltspunkten im Sinne des Satzes 2 ebenfalls eine **Entscheidung** nach Absatz 1 Satz 1 **beantragen**. 4Bei der Beurteilung von Versicherungspflicht auf Grund des Auftragsverhältnisses sind andere Versicherungsträger an die Entscheidungen der Deutschen Rentenversicherung Bund gebunden.

(3) 1Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten schriftlich oder elektronisch mit, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt. 2Sie setzt den Beteiligten eine angemessene Frist, innerhalb der diese die Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen haben.

(4) 1Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern. 2Satz 1 gilt nicht, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund einem übereinstimmenden Antrag der Beteiligten entspricht.

(4a) 1**Auf Antrag** der Beteiligten entscheidet die Deutsche Rentenversicherung Bund bereits **vor Aufnahme der Tätigkeit** nach Absatz 2. 2Neben den schriftlichen Vereinbarungen sind die beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung zu Grunde zu legen. 3Ändern sich die schriftlichen Vereinbarungen oder die Umstände der Vertragsdurchführung bis zu einem Monat nach der Aufnahme der Tätigkeit, haben die Beteiligten dies unverzüglich mitzuteilen. 4Ergibt sich eine wesentliche Änderung, hebt die Deutsche Rentenversicherung Bund die Entscheidung nach Maßgabe des § 48 des Zehnten Buches auf. 5Die Aufnahme der Tätigkeit gilt als Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse.

(4b) 1Entscheidet die Deutsche Rentenversicherung Bund in einem Einzelfall über den Erwerbsstatus, äußert sie sich auf Antrag des Auftraggebers gutachterlich zu dem Erwerbsstatus von Auftragnehmern in gleichen Auftragsverhältnissen. 2Auftragsverhältnisse sind gleich, wenn die vereinbarten Tätigkeiten ihrer Art und den Umständen der Ausübung nach übereinstimmen und ihnen einheitliche vertragliche Vereinbarungen zu Grunde liegen. 3In der gutachterlichen Äußerung sind die Art der Tätigkeit, die zu Grunde gelegten vertraglichen Vereinbarungen und die Umstände der Ausübung sowie ihre Rechtswirkungen anzugeben. 4Bei Abschluss eines gleichen Auftragsverhältnisses hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Kopie der gutachterlichen Äußerung auszuhändigen. 5Der Auftragnehmer kann für gleiche Auftragsverhältnisse mit demselben Auftraggeber ebenfalls eine gutachterliche Äußerung beantragen.

(4c) 1Hat die Deutsche Rentenversicherung Bund in einer gutachterlichen Äußerung nach Absatz 4b das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angenommen und stellt sie in einem Verfahren nach Absatz 1 oder ein anderer Versicherungsträger in einem Verfahren auf Feststellung von Versicherungspflicht für ein gleiches Auftragsverhältnis eine Beschäftigung fest, so tritt eine Versicherungspflicht auf Grund dieser Beschäftigung erst mit dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung ein, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 5 Satz 1 Nummer 2 erfüllt sind. 2Im Übrigen findet Absatz 5 Satz 1 keine Anwendung. 3Satz 1 gilt nur für Auftragsverhältnisse, die innerhalb von zwei Jahren seit Zugang der gutachterlichen Äußerung geschlossen werden. 4Stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund die Beschäftigung in einem Verfahren nach Absatz 1 fest, so entscheidet sie auch darüber, ob die Voraussetzungen des Absatzes 5 Satz 1 Nummer 2 erfüllt sind.

(5) 1Wird der Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund eine Beschäftigung fest, gilt der Tag der Bekanntgabe der Entscheidung als Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis, wenn der Beschäftigte

1. zustimmt und

2. er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

2Die Deutsche Rentenversicherung Bund stellt den Zeitpunkt fest, der als Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis gilt. 3Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird erst zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist.

(6) 1Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen nach den Absätzen 2 und 4a haben aufschiebende Wirkung. 2Im Widerspruchsverfahren können die Beteiligten nach Begründung des Widerspruchs eine mündliche Anhörung beantragen, die gemeinsam mit den anderen Beteiligten erfolgen soll. 3Eine Klage auf Erlass der Entscheidung ist abweichend von § 88 Absatz 1 des Sozialgerichtsgesetzes nach Ablauf von drei Monaten zulässig.

(7) 1Absatz 2 Satz 2 und 3, Absätze 4a bis 4c und Absatz 6 Satz 2 treten mit Ablauf des 30. Juni 2027 außer Kraft. 2Die Deutsche Rentenversicherung Bund legt dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales bis zum 31. Dezember 2025 einen Bericht über die Erfahrungen bei der Anwendung des Absatzes 2 Satz 2 und 3, der Absätze 4a bis 4c und des Absatzes 6 Satz 2 vor.“

2. Zielsetzung

„Das Statusfeststellungsverfahren schützt Erwerbstätige und ihre Auftraggeber vor Risiken einer falschen Statureinschätzung. Während der Begriff der Beschäftigung von den Sozialversicherungsträgern zeitgemäß angewendet und durch die Rechtsprechung auf die Besonderheiten veränderter oder neuer Formen der Erwerbstätigkeit abgestimmt weiterentwickelt werden kann, bedarf es flankierend der Weiterentwicklung des Statusfeststellungsverfahrens, um Rechts- und Planungssicherheit für alle Vertragsbeteiligten früher, einfacher und schneller als bisher herzustellen.“<sup>25</sup>

3. Gegenstand des Verfahrens

Nunmehr soll sich die Feststellung der DRV nicht mehr nur auf eine Beschäftigung, sondern auch auf eine selbständige Tätigkeit beziehen, nicht aber auf die Versicherungspflicht.<sup>26</sup>

Nach der Rechtsprechung des BSG war eine isolierte Entscheidung über das Vorliegen einer Beschäftigung nicht möglich, d.h. eine Elementenfeststellung unzulässig.<sup>27</sup> Mit der Reform des § 7a SGB IV kommt es nur noch zur Feststellung des Erwerbsstatus als Element „einer möglichen Versicherungspflicht“. Der Gesetzgeber begründet diese Umkehr damit, dass es den Parteien / Anfragenden vorrangig auf den Status, nicht aber die Versicherungspflicht ankomme.<sup>28</sup>

Möglich wird damit auch die behördliche Feststellung einer selbständigen Tätigkeit. Sowohl die Feststellung einer Beschäftigung als auch einer selbständigen Betätigung beziehen sich auf ein konkretes Rechtsverhältnis.

Wird eine Beschäftigung festgestellt, so hat der vermeintliche Auftraggeber als Arbeitgeber nach dieser Konzeption die erforderlichen Meldungen zur Sozialversicherung zu erstatten.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 15.

<sup>26</sup> Kritisch zur „methodisch gefährlichen Abkehr von Versicherungs- und Beitragspflichtfeststellung Paul für den Verband der Gründer und Selbständigen Deutschland e.V., <https://www.vgsd.de/stellungnahme-von-dr-hartmut-paul-zur-reform-des-statusfeststellungsverfahrens>; befürwortend Schlegel/Geiger, Sozialversicherungsrechtliche Statusfeststellung, Änderungsbedarf und Änderungspotentiale, NJW 2020, 16, 20.

<sup>27</sup> BSG Ur. V. 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R und v. 26.2.2019 – B 12 R 8/18 R.

<sup>28</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 16.

<sup>29</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 16.



Neu und für Fragen der (illegalen) Arbeitnehmerüberlassung von erheblicher Bedeutung ist die Einführung der Anfragemöglichkeit bei sog. Dreiecksverhältnissen. Zum einen kann bei „Dreiecksverhältnissen“ im Rahmen der Antragsbescheidung auch eine Beschäftigung beim Dritten festgestellt werden – mit gravierenden, nicht nur beitrags- und lohnsteuerrechtlichen Folgen!

Es ist nunmehr auch zulässig, dass ein Dritter, also z.B. der Verantwortliche des Unternehmens, bei dem ein Auftragnehmer (projektbezogener Spezialist) für den Auftraggeber (Dienstleister) eingesetzt ist, einen Antrag auf Statusfeststellung stellen darf, um prüfen zu lassen, ob ein Beschäftigungsverhältnis zu ihm vorliegt.<sup>30</sup>

Der Dritte kann aber weder eine Prognose- noch eine Gruppenentscheidung beantragen.

Diese können nämlich in Zukunft Gegenstand des Verfahrens sein. Dies erfolgt „pro-beweise“. <sup>31</sup>

Die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens wird vor Beginn des konkreten Vertragsverhältnisses unter bestimmten Bedingungen möglich. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Zu den Umständen der zu Grunde zu legenden Vertragsausübung gehören zum Beispiel der Rahmen und die Ausführung des Auftrags sowie die Art und Weise der Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber. Die Beteiligten haben daher bei Antragstellung die tatsächlichen Umstände der Tätigkeit zu antizipieren. Ermöglichen die antizipierten und angegebenen Umstände keine abschließende Beurteilung [...] kann die Rentenversicherung den Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus vor Aufnahme der Tätigkeit ablehnen oder eine Entscheidung erst nach Aufnahme der Tätigkeit treffen.“<sup>32</sup>

Weichen vertragliche und tatsächliche Verhältnisse voneinander ab, kann sie die Prognoseentscheidung aufheben. Es bestehen Mitteilungspflichten für die Beteiligten für alle Änderungen innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Betätigung.

Des Weiteren wird eine sog. Gruppenfeststellung (im Sinne von „Musterverfahren“) zulässig. „Werden mehrere Auftragsverhältnisse auf der Grundlage einheitlicher Vereinbarungen durchgeführt“, soll es im Sinne einer „gutachterlichen Äußerung“ möglich sein, eine Gruppenfeststellung zu erhalten.<sup>33</sup> An die gutachterliche Äußerung sind weder die Deutsche Rentenversicherung Bund noch andere Versicherungsträger „in einem formalen Sinne“ gebunden.<sup>34</sup>

Dies wird durchaus kritisch gesehen: „Es bestehen Zweifel, dass die mit der Neuerung angestrebte Verbesserung der Rechtssicherheit erreicht werden kann. Denn die Prognoseentscheidung und die Gruppenfeststellung stimmen – wie in den Einzelanmerkungen näher ausgeführt – nicht überein mit den Auslegungsgrundsätzen der Rechtsprechung zu § 7 Absatz 1 SGB IV. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass in verschiedenen Fallgestaltungen eine reine Vertragsprüfung getragen vom Willen der Parteien dem anschließenden tatsächlich gelebten Vertragsverhältnis nicht standhält. Das liegt in der Regel an den unterschiedlichen Verhandlungspositionen der Vertragspartner, je nachdem ob der Auftraggeber oder der Auftragnehmer in der dominierenden Verhandlungsposition ist. Damit sind beide Instrumente potentiell missbrauchsanfällig und geeignet, dass gerade den mehrheitlich schutzbedürftigen Erwerbstätigen die soziale Absicherung und der Schutz der Sozialversicherung vorenthalten wird. Außerdem sind die möglichen beitragsrechtlichen Folgewirkungen einer fehlerhaften Gruppenfeststellung zu beachten, weil sie ebenfalls die soziale Schutzbedürftigkeit von Beschäftigten beeinträchtigen können.“<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 17 f.

<sup>31</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1126, Stellungnahme DRV, S. 2.

<sup>32</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 19.

<sup>33</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 20.

<sup>34</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 20 ff.

<sup>35</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1126, Stellungnahme DRV, S. 3; anders gemeinsame Stellungnahme Bundesverband Direktvertrieb Deutschland e.V. (BDD), Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH) e.V., Verband der Privaten Bausparkassen e.V. (VdPB), DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V., abrufbar unter: <https://direktvertrieb.de/media/downloads/BDD-CDH-VPB-Stellungnahme-Vereinfachung-Statusfeststellungsverfahren-aktualisiert.pdf>.

#### 4. Privilegierung

In § 7a Abs. 1 SGB IV n.F. ist aus systematischen Gründen der Beginn der Versicherungspflicht verortet, der aber nicht im Rahmen einer Anfrage zum Erwerbsstatus festgestellt wird, sondern von der Einzugsstelle oder der Betriebsprüfung.<sup>36</sup>

Wird im Rahmen einer Anfrage eine gutachtliche Äußerung eingeholt, weichen die späteren Entscheidungen zur Versicherungspflicht aber hiervon ab, bestimmt § 7a Abs. 4c SGB IV n.F., dass die Versicherungspflicht erst mit der Bekanntgabe dieser Entscheidung eintritt, soweit (!) die sonstigen Privilegierungsvoraussetzungen erfüllt sind. Verzichtet wird an dieser Stelle auf das Zustimmungserfordernis des Auftragnehmers: „In Abwägung des Vertrauens des Auftragnehmers ist – anders als in Abs. 5 (neu) – eine Zustimmung des Auftragnehmers zum späteren Eintritt der Versicherungspflicht nicht erforderlich.“<sup>37</sup> Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer die gutachterliche Äußerung in Kopie auszuhändigen.

Im Übrigen bleibt es nach § 7a Abs. 5 SGB IV bei einer Privilegierungsregelung, wonach bei Durchführung des Anfrageverfahrens innerhalb eines Monats nach Beginn des Auftragsverhältnisses bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen als Zeitpunkt des Eintritts in ein Beschäftigungsverhältnis der Tag der Bekanntgabe der Entscheidung gilt.

#### IV. Die Durchführung von Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV *Instrument straf- und bußgeldrechtlicher Haftungsvermeidung nach derzeitiger und künftiger Rechtslage (Teil 2 in der nächsten Ausgabe der WiJ)*

#### Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Claus Erhard, München

## Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Wechselwirkungen von HinSchG-E und VerSanG-E“ vom 21.4.2021

Die beiden Gesetze „zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten“ (Verbandssanktionengesetz) sowie „für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (HinSchG) stecken bislang im Entwurfsstadium fest und es bleibt weiterhin unklar, ob sie es in dieser Legislaturperiode noch über die Zielgerade schaffen werden.

Für das VerSanG steht eine Verabschiedung durch den Bundestag noch aus – Ausgang derweil ungewiss. Doch aufgeschoben ist nicht aufgehoben, sodass allenfalls das Wie und Wann noch in den Sternen steht, das Ob aber festzustehen scheint. Für das HinSchG läuft am 17.12.2021 die Umsetzungsfrist der EU-RL in nationales Recht ab. Die Whistleblower-RL dient der Aufdeckung von Straftaten gegen EU-Recht. Politischer Streitpunkt ist, ob sich die nationale Umsetzung nicht (sinniger Weise) auch auf deutsches Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht beziehen sollte.

Damit war es an der Zeit, sich innerhalb der WiStEV auszutauschen und das Thema aus verschiedenen Blickwinkeln zu beleuchten. Bei der online abgehaltenen Konferenz

<sup>36</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 22.

<sup>37</sup> Ausschussdrucksache 19(11)1150, S. 5, 22.

konnten wir einiges über die Erfahrungen und Erwartungen aus Unternehmen, der Justiz sowie der Rechtsanwaltschaft erfahren.

Begrüßt wurden die rund 150 Teilnehmer von RA Dr. Stephan Beukelmann; die Moderation übernahm RA Dr. Maximilian Heim.

I. Der erste Vortrag widmete sich den Wechselwirkungen, insbesondere dem „Wettlauf um den Hinweis“. Darüber referierten Frau RAin Janine Winkler und Herr Rechtsanwalt Felix Weidenbach, beide aus der Kanzlei bakertilly und ausgestattet mit jahrelanger Erfahrung u.a. aus der Compliance-Beratung als auch ganz konkret als (stellv.) Ombudsperson für über 20 Unternehmen.

Die bisherige Praxis zum Whistleblowing war arbeitsrechtlich geprägt und basierte auf einem Stufenmodell. Hinweisgeber hatten nichts zu befürchten, wenn sie zuerst unternehmensintern eine Aufklärung anstießen und sich erst im zweiten Schritt an die Außenwelt wandten. Dieser Grundsatz soll durch den im Netz auffindbaren, inoffiziellen Referentenentwurf des HinSchG aufgelöst werden. Arbeitnehmer sollen sich in Zukunft auch direkt nach außen wenden können. Damit sind Unternehmen zukünftig gut beraten, ein Hinweisgebersystem (auch als Teil der präventiven Compliance zu verstehen) zu etablieren. Mitarbeiter als Hinweisgeber sind die wichtigste Quelle, um Fehlverhalten frühzeitig aufzudecken. Nehmen Hinweisgeber die internen Meldemöglichkeiten wahr, gewinnen Unternehmen die Möglichkeit nachzubessern. Das HinSchG sanktioniert einen Verzicht auf ein Hinweisgebersystem zwar nicht, dennoch wiegen etwaige Folgen schwer:

An dieser Stelle wirkt sich das VerSanG aus. Galt für die strafrechtliche Verfolgung bislang noch das Opportunitätsprinzip, so zwingt das VerSanG die Ermittlungsbehörden nun bei einem Anfangsverdacht zu Ermittlungen (Legalitätsprinzip). Diesem Vorsprung kann durch eigene Hinweisgebersysteme entgegengewirkt werden.

Doch das HinSchG ist kein strafrechtlicher Freifahrtsschein für „Kronzeugen“. Denn der Schutz ist – anders als der Gesetzesname vermuten lässt – stark limitiert. Im Wesentlichen werden Arbeitnehmer vor arbeitsrechtlichen Folgen bewahrt. Mitnichten aber vor strafrechtlichen. Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung aus, muss er zwar beweisen, dass der Kündigungsgrund nicht auf einem erteilten Hinweis beruht. Ist der Arbeitnehmer jedoch selbst in Straftaten involviert, steht ihm das HinSchG nicht schützend zur Seite.

II. Im Anschluss erfolgte ein klarer Perspektivenwechsel: Oberstaatsanwalt Ralf Möllmann von der Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftsstrafsachen / Zentral- und Ansprechstelle für die Verfolgung von Organisierter Straftaten (ZeOS NRW) stellte sich die Frage, ob die Justiz für ein solches „Unternehmensstrafrecht“ bereit ist.

Das Fazit fällt ernüchternd aus: Der aktuelle Entwurf des VerSanG bürde der Justiz etwas auf, das sie überhaupt nicht leisten könne. Die Einführung des Legalitätsprinzips führe zu einer Kriminalisierung von Lebenssachverhalten, mit denen Ermittlungsbehörden bisher gar nicht befasst waren. OStA Möllmann befürchtet eine regelrechte Welle von Ermittlungsverfahren wegen Bagatelldelikten oder Fahrlässigkeitstaten. Selbst bei banalen zivilrechtlichen Auseinandersetzungen mit Unternehmen wird ein leicht auszulösender Mechanismus geschaffen, welcher die Ermittlungsbehörden (häufig unangemessen und unangebracht) involviert. All das würde Zeit, Geld und Ressourcen binden.

Der Anspruch der Justiz ist aus seiner Sicht daher, dass es – wenn es politisch schon sein muss – ein praktikables Gesetz geben muss. Daran hapere es (noch).

OStA Möllmann warnt zudem vor falschen Hoffnungen durch das „Zusammenarbeiten“ von Unternehmen und Staatsanwaltschaften. Hierbei stehen sich völlig andere Interessen gegenüber. Staatsanwaltschaften würden keine Ermittlungen aussetzen und sich auf Unternehmen verlassen. Gutachten, Zertifikate, Testate etc. nähmen den Ermittlungsbehörden keine Arbeit ab und ersetzten keine eigenen Ermittlungen. Es sei auch nicht Aufgabe oder Teil der Kompetenz von Wirtschaftsabteilungen die Wirksamkeit von Compliance-Management-Systemen zu prüfen und zu bewerten.

Die vom VerSanG kodifizierten Milderungsgründe dürften auch nicht dazu führen, dass für deren Feststellung mehr Ermittlungsarbeit notwendig ist, als die eigentlichen Vergehen betreffend. Kurzum: Es sei an der Welt der Arbeit der Ermittler vorbeigeplant worden.

Durch das HinSchG sieht er ebenso wenig gewonnen. Hinweisgeber seien weiterhin Zeugen, genauso wie weitere involvierte Personen (Ombudspersonen, Meldestellen usw.). Sämtliche Dokumente aus Hinweisgebersystemen kämen als Beweismittel in Betracht. Eine solche zentrale Sammlung könne daher durchaus auch eine Fundgrube an Zufallsfunden darstellen. Tatsächliche Änderungen für die Justiz erwartet er hierdurch insgesamt eher wenig.

III. Vor der Diskussionsrunde rundeten RAin Manja Ehnert und RA Dr. Martin Petrasch, beide für die Siemens AG tätig, die Vortragsreihe mit den neuen Herausforderungen aus Unternehmenssicht ab.

Den scharfen Sanktionen von Bußen bis zu 10% des Umsatzes steht ein gestuftes Anreizsystem gegenüber, welches Unternehmen zur Kooperation und generell zur Förderung von Integrität im Unternehmen bewegen soll und Strafmilderungen oder sogar Absehen von Strafen in Aussicht stellt. Diesen Aspekt könne man durchaus als Opportunitätsprinzip durch die Hintertür bezeichnen; wird hierdurch trotz des „neuen“ Legalitätsprinzips ein gewisser Ermessensspielraum für Einstellungsmöglichkeiten geschaffen.

Petrasch betont ebenfalls die Compliance als integralen Bestandteil der Gesetzesentwürfe. Die Chance bestehe darin, konkrete Leitplanken für Anforderungen an Compliance bzw. Compliance-Management-Systeme zu schaffen. Hierfür müsse der Gesetzgeber aber noch Nachlegen und seine Vorstellungen konkretisieren.

Interne Untersuchungen erhielten damit zwar eine rechtliche Grundlage, stellen aber auch eine der größten Herausforderungen dar. Denn beide Gesetzesentwürfe seien nicht ausreichend aufeinander abgestimmt. Erfolgt einerseits eine „Sollmilderung“ bei einem wesentlichen Beitrag zur Aufklärung, müsse das Unternehmen auf der anderen Seite die Identität des Hinweisgebers schützen und diesen auch vor arbeitsrechtlichen Folgen bewahren. Wie sollen Unternehmen diesen widerstreitenden Interessen gerecht werden, wenn durch Hinweisgebersysteme ein der Beschlagnahme unterliegender Fundus an Hinweisgeberdaten entsteht? Je tiefergehender die Aufklärung, desto wahrscheinlicher wird es, die Identität des Hinweisgebers aufzudecken. Verstöße sind damit vorprogrammiert, da sich nicht immer beide Pflichten erfüllen lassen.

Der fehlende Schutz von Hinweisgebern vor Strafverfolgung zieht sich wie ein roter Faden durch sämtliche Vorträge der Veranstaltung. Das Ziel des HinSchG wird in der jetzigen Form durch die Aushöhlung von Beschuldigtenrechten stark verwässert. Wer hat denn gerade besondere Kenntnisse? Natürlich (Mit-)Täter oder zumindest der Tat nicht fernstehende.

Gerade für mittelständische Unternehmen dürfte die Umsetzung zu einem gewaltigen Kraftakt werden. In sechs Ländern wurde noch gar nicht mit der Umsetzung begonnen, sodass schon der aktuelle Überblick für international tätige Unternehmen schwierig zu verschaffen ist. Für Konzerne besteht immerhin die Möglichkeit, ein System gemeinsam mit dem Mutterkonzern zu nutzen, sodass nicht jedes Unternehmen eigene Kanäle bereitstellen muss.

IV. Die sich anschließende Diskussionsrunde startete mit dem Für und Wider von anonymen Hinweisen. Hier konnten die Erfahrungen geteilt werden, dass anders als man zunächst erwarten würde, anonyme Hinweise gleichwohl wertvoll seien. Externe Ombudspersonen könnten die Hemmschwelle der Kontaktaufnahme herabsetzen. Auch führte die Kommunikation mit Hinweisgebern häufig zu einer freiwilligen Offenlegung der Identität.

Recht schnell geriet allerdings der in jedem Vortrag erwähnte fehlende Schutz der Hinweisgeber in den Fokus. Das HinSchG erwecke zunächst den Eindruck, Hinweisgeber schützen zu wollen und so zu mehr Integrität beitragen zu wollen. Dass der Hinweisgeber letztlich nur arbeitsrechtlich geschützt wird, ergibt sich erst bei genauem

Hinsehen. Zudem muss das Unternehmen selbst abschrecken, indem es auf die Weitergabe an Ermittlungsbehörden hinweisen muss. Da sich damit Hinweisgeber entweder gegen einen Hinweis entschließen oder aber sich selbst an's Messer liefern müssen, nennt ein Teilnehmer schon die Namensgebung des HinSchG eine „Falschetikettierung“. Eine Bestrafung stehe völlig im Gegensatz zu dem eigentlichen Sinn von Whistleblowing.

V. Die Entwürfe des VerSanG und HinSchG werden zu Recht kritisiert. Werden Whistleblower wirklich geschützt, wenn sie sich damit selbst den Strafverfolgungsbehörden auf dem Präsentierteller servieren? Ist das Risiko der Hinweisgebung gerecht verteilt? Insgesamt scheint den Hinweisgebern zu viel aufgebürdet zu werden. Das Motiv, Hinweisgeber zu fördern und damit Gesetzeskonformität zu fördern, scheint bislang halbherzig umgesetzt zu sein. Ein Hinweisgeber, der vom Geschehen so weit weg ist, dass er eine irgendwie geartete Selbstbelastung ausschließen kann, wird in der Regel nicht der sein, der wesentlich zur Aufklärung beitragen kann.

## Rezensionen

### Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Dr. Maximilian Zeller, Köln

## Gerst (Hrsg.): Zeugen in der Hauptverhandlung

**ZAP Verlag, 2. Auflage, Bonn 2020, 648 Seiten, ISBN 978-3-89655-971-5, 94,00 Euro**

Mit der vorliegenden 2. Auflage wurde das erstmals im Jahr 2016 erschienene Werk „Zeugen in der Hauptverhandlung“ überarbeitet und aktualisiert. Hierbei wurden insbesondere das „Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ aus dem Jahr 2017 sowie das „Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Erfüllung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom Ende des Jahres 2018 berücksichtigt. Besagte Gesetzesänderungen wirkten sich auf die das Zeugnisverweigerungsrecht regelnden §§ 52ff. StPO aus und sind insofern für das Thema Zeugen von offenkundiger Bedeutung.

Das 647 Seiten starke Werk ist in 2 Teile untergliedert.

Dabei ist der Teil 1 „Praxis der Zeugenvernehmung“, welchen neben dem Herausgeber weitere erfahrene Praktiker themenspezifisch bearbeitet haben, als Praxisleitfaden ähnlich einem Handbuch konzipiert und erläutert grob gesagt die Themen Vernehmungslehre und Vernehmungstaktik. Mit inbegriffen ist hier eine ausdifferenzierte Anleitung zur bestmöglichen Vorbereitung der Zeugenvernehmung. Es wird dezidiert darauf eingegangen, wie das – natürlich jeweils am Einzelfall orientierte – Ziel einer Zeugenbefragung, durch das „Unterstreichen“ spezieller Teile einer Zeugenaussage, sei dies um Widersprüche o.ä. sichtbar werden zu lassen oder erwünschte Inhalte positiv zu betonen, handwerklich erreicht werden kann.

Der Teil 1 ist in drei Abschnitte untergliedert. Der Abschnitt 1 stellt den Zeugen als Typus des Strengbeweises in der Hauptverhandlung vor. Sodann wird ausführlich auf die Zeugenvernehmung in all ihren zeitlichen (Vorbereitung und eigentliche Vernehmung) und möglichen inhaltlichen Facetten eingegangen. Der besonders umfangreiche Abschnitt 2 widmet sich einzelnen wiederkehrenden Konstellationen der Zeugenvernehmung, nämlich der Vernehmung von „Berufszeugen“, von Nebenklägern, von Kindern und Jugendlichen sowie geheimer Ermittler (z.B. V-Männer). Im Abschnitt 1 neu hinzugekommen ist das Kapitel 7, welches die Vernehmung weiterer beruflich mit dem verfahrensgegenständlichen Sachverhalt vorbefasster Zeugen betrifft. Gemeint sind hier

namentlich Ombudspersonen, Wirtschaftsprüfer und mit internen Ermittlungen beauftragte Rechtsanwälte. Insofern handelt es sich um eine Ergänzung zu dem bereits vorhandenen Kapitel 3, welches seit der 1. Auflage Polizisten, Richter, Staats- und Rechtsanwälte als „Berufszeugen“ betrifft. Weiter ist das Kapitel 8 hinzugetreten. Es handelt das Thema Revisibilität der Glaubhaftigkeitsbeurteilung ab. Der 1. Teil endet mit dem Abschnitt 3 „Der anwaltliche Beistand des Zeugen“, in dem die Figur des Zeugenbeistands abschließend bearbeitet wird, wobei das immer noch umstrittene Thema der Vergütung des Beistands nach dem RVG in der vorliegenden Neuauflage in einem eigenen Punkt dargestellt wird.

Teil 2 des Werks, welcher allein vom Herausgeber verantwortet wird, ist als Kommentar zum Zeugenbeweis konzipiert und folgt im Aufbau dem Schema „klassischer“ Kommentare. Hier findet sich untergliedert in fünf Kapitel eine Kommentierung einschlägiger StPO Vorschriften. Nicht zuletzt angesichts der bereits genannten Gesetzesänderungen i.Z.m. den das Zeugnisverweigerungsrecht regelnden §§ 52ff. StPO kommt der diese Vorschriften betreffenden Kommentierung schon rein vom Umfang her ein besonderes Gewicht zu.

Im Folgenden soll ergänzend zu der vorangegangenen Inhaltsübersicht lediglich auf zwei ausgewählte Punkte der Darlegungen eingegangen werden.

Begrüßenswert ist die Aufnahme der bereits o.g. weiteren Gruppe von „Berufszeugen“ in das Werk (Teil 1 Kapitel 7). Hier wird überzeugend deren strukturelle Einbindung in ein Mehr-Parteien-Verhältnis skizziert, woraus die Frage resultiert, welche der eingebundenen „Parteien“ eigentlich Begünstigte der beruflichen Verschwiegenheitsverpflichtung bzw. des Zeugnisverweigerungsrechts ist. Am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, welcher durch eine juristische Person beauftragt wird, diesen Auftrag aber nur durch unmittelbaren Kontakt zu den natürlichen Personen der Organe erfüllen kann, zeigt sich besagtes (Spannungs-)Verhältnis. So können dem Prüfer in persönlichen Gesprächen mit im (tat)relevanten Zeitraum tätigen Organen tatsächliche Anhaltspunkte vermittelt worden sein, welche Aussagekraft über die persönliche Verantwortlichkeit der hinter dem Organ stehenden natürlichen Person haben. Da jegliche, in einem funktionalen Zusammenhang mit der Berufsausübung stehende Erlangung von Tatsachenkenntnis vom Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO umfasst ist, besteht insofern für den Prüfer in Gänze die Möglichkeit das Zeugnis zu verweigern. Allerdings darf der Berufsgeheimnisträger das Zeugnis nicht mehr verweigern, und ist dann uneingeschränkt zur Aussage verpflichtet, wenn die Entbindung von der Verschwiegenheitsverpflichtung wirksam erklärt wurde. Besonders ausführlich und instruktiv wird in diesem Zusammenhang auf die umstrittene Frage eingegangen, welcher Personenkreis (insbesondere in einem mehrpoligen Verhältnis) berechtigt ist, einen Berufsgeheimnisträger wie den Wirtschaftsprüfer von der Schweigepflicht zu entbinden. Insofern wird auch die nach Ansicht des Rezensenten vorzugswürdige Ansicht vorgestellt, nach der bei einem Wechsel der vertretungsbefugten Organe einer juristischen Person diese beispielsweise den Wirtschaftsprüfer nur gemeinsam durch ihre aktuellen und die ehemaligen Organmitglieder von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden kann. Das durch § 53 StPO geschützte Vertrauensverhältnis an sich kann nur zwischen natürlichen Personen entstehen. Neben ihrer gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung ist es insbesondere dieses Vertrauensverhältnis, was dazu führt, dass Organmitglieder dem Wirtschaftsprüfer tatsächlich auch umfassend – ohne Angst hierdurch die eigene Strafverfolgung p.p. zu fördern – berichten. Allerdings hat der Bundesgerichtshof zwischenzeitlich, das heißt nach Veröffentlichung der vorliegenden 2. Auflage, in einem mit dem Fall Wirecard verbundenen Beschluss (BGH, Beschl. v. 27.01.2021, StB 43/20) eine abweichende Entscheidung zur Schweigepflichtentbindung von Berufsgeheimnisträgern getroffen. Danach soll die durch den Insolvenzverwalter erklärte Entbindung des Wirtschaftsprüfers ausreichend für einen Verlust des Zeugnisverweigerungsrechts sein. Auf den ersten Blick scheint diese Sichtweise nunmehr auch im Strafverfahren für alle in § 53 Abs. 1 Satz 3 StPO genannten Berufsgruppen maßgeblich zu sein. Allerdings lag der zitierten Entscheidung die Situation einer Zeugnisverweigerung in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss zugrunde. Bedeutende Stimmen in der Literatur weisen hier zu Recht auf die andere Zielrichtung des Strafprozesses hin, der weder der Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche dient



noch von Bedeutung für die Insolvenzmasse ist. Deshalb könnte im Strafprozess im Falle der Insolvenz – gegebenenfalls neben der Entbindung durch den Insolvenzverwalter – weiterhin die Entbindungserklärung der aktuellen Organe (≠ Insolvenzverwalter) und eventuell gar zusätzlich der ehemaligen Organmitglieder erforderlich sein. Ein durchschlagend positiver Effekt für die Rechtssicherheit von Berufsgeheimnisträgern im Strafverfahren ist der Entscheidung des BGH im Ergebnis nicht zu attestieren.

Abschließend soll die Kommentierung zu § 53 a StPO Erwähnung finden. Die Erweiterung des nach der Gesetzesänderung mit dem Terminus „mitwirkende Personen“ (früher „Hilfspersonen“) erfassten Personenkreises wird anschaulich dargestellt. Hier plädiert der Herausgeber berechtigterweise für eine einzelfallgerechte und funktionale Betrachtung der jeweilig mitwirkenden Person, sodass nunmehr sicher (auch nur gelegentlich) mitwirkende Familienmitglieder des Berufsgeheimnisträgers ein abgeleitetes Zeugnisverweigerungsrecht haben. Angesichts des Wortlautes und Normzwecks dürfte das nach der Gesetzesneufassung auch für selbstständige Gewerbetreibende gelten, die Einzelaufträge für den Berufsgeheimnisträger bearbeiten. Das geforderte weite Verständnis der „mitwirkenden Person“ erscheint sachgerecht.

Zusammenfassend gesagt, legt der Herausgeber ein stimmiges Werk vor, dessen zwei Teile hervorragend ineinandergreifen. Dabei sticht die Abhandlung zu den drei Säulen der Zeugenvernehmung heraus, ist sie doch nur eingeschränkt juristisch. Da Vernehmungslehre weder im Studium noch im Referendariat integraler Bestandteil der Juristenausbildung ist, der Zeugenbeweis aber (weiterhin) von immenser praktischer Bedeutung (und Fehleranfälligkeit) ist, war ein Werk wie das vorliegende überfällig. Deswegen Mehrwert lässt sich alleine daran ablesen, dass vorliegende Neuauflage innerhalb weniger Jahre erschienen ist. Offensichtlich besteht hier – eigentlich wenig überraschend – eine entsprechende Nachfrage. Dem geübten Praktiker gibt das Werk die Möglichkeit, im Kommentarteil Wissen zielgenau auffrischen bzw. abrufen zu können. Daneben animiert es, sich selbst zu vergewissern, ob wirklich schon jedweder Kunstgriff i.Z.m. mit dem gegenständlichen Thema beherrscht wird. Eine Anschaffung ist für den Praktiker rundweg empfehlenswert.

## Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

# Parigger/Helm/Stevens-Bartol (Hrsg.): Arbeits- und Sozialstrafrecht

Nomos, Baden-Baden 2021, 1159 Seiten, ISBN 978-3-8487-4299-8, 168,00 EURO

## I. Einleitung

Mit den pandemiebedingten Anpassungen im Arbeitsleben ist auch das Arbeits- und Sozialstrafrecht verstärkt in den Fokus der (Fach-)Öffentlichkeit geraten. Egal ob Rechtsfragen bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld, Unzulänglichkeiten bei der Einhaltung der Vorgaben zum Arbeitsschutz oder Probleme mit dem richtigen Umgang mit Arbeitnehmerdaten; Regelungsbereiche, die lange Zeit in der unternehmerischen und anwaltlichen Praxis ein Nischendasein geführt haben, gewinnen durch die besonderen Herausforderungen der Covid-Pandemie und der fast täglichen Befassung von Politik, Presse und Justiz an Prominenz. Dies wird auch Auswirkungen im Bereich des Strafrechts haben, die sowohl während als auch nach der Pandemie zu bemerken sein werden. Die verstärkte Aufmerksamkeit lässt erwarten, dass sanktionsbewehrte Verstöße gegen die Regelungen des Arbeits- und Sozialrechts in Zukunft häufiger entdeckt werden und zur Einleitung von Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren führen werden. Das Arbeits- und Sozialstrafrecht wird an Bedeutung gewinnen.

Dabei handelt es sich um eine Fachmaterie, die aus verschiedenen Gründen äußerst komplex ist. So sind insbesondere in der anwaltlichen Beratungspraxis neben den strafrechtlichen und arbeitsrechtlichen Konsequenzen auch etwaige sozial- und steuerrechtliche Implikationen im Blick zu behalten. Darüber hinaus sind die maßgeblichen Straf und Bußgeldtatbestände auf eine Vielzahl von Gesetzen – teils auch ergänzt durch landesrechtliche Regelungen – verteilt und knüpfen an verschiedenen Tathandlungen bzw. (Nicht-)Erklärungen an, so dass ein Nebeneinander von Ermittlungen häufig anzutreffen ist und ein rechtskräftiger Abschluss im Hinblick auf sämtliche in Rede stehenden bzw. möglichen Vorwürfe schwer zu erreichen sein wird (vgl. auch OLG Saarbrücken, Beschl. v. 8.10.2020, Az.: Ss Bs 57/2020 (20/20 OWi) m. Anm. Winkler, juris PraxisReport Strafrecht, 7/2021, Anm. 4). Darüber hinaus sind in arbeitsstrafrechtlichen Sachverhalten zumeist eine Vielzahl von Behörden (Staatsanwaltschaft, Steuerfahndung, Zoll, Rentenversicherung, etc.) und unternehmensinternen (Geschäftsleitung, Arbeitnehmer, Betriebsrat) und -externen Akteuren eingebunden. Handelt es sich um (mutmaßliche) Scheinselbstständige, ist die Interessenlage noch etwas komplexer, da entgegen einer teilweise geäußerten Ansicht von Freelancern keinesfalls stets eine reguläre Anstellung angestrebt wird und es daher schwerfällt, unternehmerisch sinnvolle und rechtliche vertretbare Lösungen für alle Beteiligten zu finden. Mit der zunehmenden Bedeutung des Einziehungsrechts gehen weitere Herausforderungen einher, da das Recht der Vermögensabschöpfung nicht nur beträchtliche finanzielle Risiken mit sich bringt, sondern teilweise auch die Koordination zwischen den beteiligten Behörden erschwert. Es ist daher zu begrüßen, dass die Herausgeber des NomosKommentar Arbeits- und Sozialstrafrecht der Praxis nunmehr einen umfassenden und detaillierten Überblick über die Materie zur Verfügung stellen.

## II. Inhalt

Der Kommentar befasst sich im Schwerpunkt mit den Vorschriften des materiellen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts. Um den mit dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht so vertrauten Leser die praktischen Implikationen vor Augen zu führen, werden im Kommentar auch ausgewählte verfahrensrechtliche Vorschriften der StPO und des OWiG erläutert. Darüber hinaus werden auch einzelne Verfahrensnormen vorgestellt, die für das Verständnis arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften unerlässlich sind (z.B. § 7a SGB IV).

Ein inhaltlicher Schwerpunkt liegt auf der Darstellung der wesentlichen Vorschriften des StGB, wobei die Kommentierung neben den Regelungen des Allgemeinen Teils sowie ausgewählter Vorschriften des Besonderen Teils besonderen Wert auf die Darstellung des Rechts der Einziehung legt. Naturgemäß liegt der Schwerpunkt im materiellen Recht auf der Analyse des § 266a StGB, der zentralen Vorschrift des Arbeits- und Sozialstrafrechts. Da ein Großteil strafrechtlicher Ermittlungen in der Praxis das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt zum Gegenstand haben, ist eine detaillierte Kommentierung unerlässlich. Besonders hilfreich ist, dass diese Kommentierung ergänzt wird durch Ausführungen zu Fachgesetzen, die Sachverhalte regeln, die inhaltliche Überschneidungen zu einer § 266a-Problematik aufweisen können (z.B. Arbeitszeitgesetz, Mindestlohngesetz, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz). Ebenso werden die steuerstrafrechtlichen Implikationen (§§ 370, 378, 380 AO) dargelegt, die insbesondere beim Einsatz von Scheinselbstständigen oder Schwarzlohnabreden eine Rolle spielen können. Für die arbeitsrechtliche Dauerberatung ist zu begrüßen, dass die Ausführungen zum materiellen Strafrecht auch Delikte erfassen, die klassischerweise nicht dem Kern des Arbeitsstrafrechts zugeordnet werden, die aber immer mal wieder im Kontext eines Arbeitsverhältnisses begangen werden und neben arbeitsrechtlichen Maßnahmen (z.B. Abmahnungen, Kündigungen) auch strafrechtliche Konsequenzen zur Folge haben können (z.B. Beleidigungsdelikte, sexuelle Belästigung). Ein Grundverständnis dieser Delikte ist für die arbeitsrechtliche Beratung von Unternehmen ebenso wie bei der Beratung von Arbeitnehmern unerlässlich.

Ein Verständnis der strafrechtlichen Hintergründe ist auch im Hinblick auf die möglichen Berührungspunkte mit dem Datenschutzrecht von Bedeutung. So sieht § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG vor, dass zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten von

Beschäftigten nur dann verarbeitet werden dürfen, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind (vgl. auch Fuhlrott GWR 2020, 23). Es ist daher zu begrüßen, dass der Kommentar auch dem Beschäftigtendatenschutz und den möglichen Verstößen gegen DSGVO und BDSG eine besondere Bedeutung beimisst und Art. 83, 84 DSGVO und §§ 41-43 BDSG kommentiert. Das Datenschutzordnungswidrigkeitenrecht gewinnt stetig an Bedeutung und gerade bei den regelmäßig sensiblen Personaldaten der Beschäftigten schlummern in den Unternehmen einige Gefahren.

Daneben werden die Bußgeldtatbestände von einer Vielzahl von Fachgesetzen analysiert, mit denen ansonsten wohl nur wenige Fachexperten vertraut sind. Insgesamt bietet der Kommentar einen hervorragenden Überblick über alle wesentlichen Vorschriften des Arbeits- und Sozialstrafrechts. Für den Leser ist es ein wenig bedauerlich, dass der Kommentar die aus der Covid-Pandemie resultierenden Problemstellungen naturgemäß nur zum Teil abbildet und neue Problemlagen (z.B. hinsichtlich des Subventionsbetrugs beim Kurzarbeitergeld, Vorschriften des IfSG sowie diesbezügliche Rechtsverordnungen) daher noch nicht erfasst werden konnten. Insoweit bleibt zu hoffen, dass eine zweite Auflage diese Themen aufgreifen und der Praxis auch in diesem Bereich einen wertvollen Praktikerkommentar zur Seite stellen kann.

### III. Zusammenfassung

Die Herausgeber schreiben, der Kommentar solle zum Abbau der Strafrechtsferne von Arbeits- und Sozialrechtlern und der Arbeits- und Sozialrechtsferne der Strafrechtler beitragen. Der Kommentar wird hierzu einen Beitrag leisten. Er eignet sich sowohl für den wirtschaftsstrafrechtlich beratenden Anwalt, der sich vertieft mit arbeitsstrafrechtlichen Sachverhalten befassen will, als auch für die Beratungspraxis der Arbeits- und Sozialrechtler, die sich ein Grundverständnis für die strafrechtliche Besonderheiten der Materie erarbeiten wollen. Das mit über 1100 Seiten äußerst umfangreiche Werk schlägt eine Brücke zwischen den Rechtsmaterien und dürfte zu einem wichtigen Begleiter für die arbeitsstrafrechtliche Beratung werden.

#### Strafverfahrensrecht

Rechtsanwalt Raoul Beth, Berlin

## Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge: Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen

**C.F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg 2017, 530 Seiten, ISBN 978-3-8114-3975-7, 69,99 Euro**

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf das Strafprozessrecht und somit auch auf die Tätigkeit in der Strafverteidigung. Während die Rechtsprechung zum materiellen Strafrecht eher überschaubar ist (hervorzuheben sind hier aber beispielsweise die Entscheidungen zu § 266 StGB und § 217 StGB), befassen sich zahlreiche Entscheidungen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben an strafprozessuale Zwangsmaßnahmen wie Beschlagnahme und Datenträgerauswertung oder jüngst auch vermehrt mit der Verständigung nach § 257c StPO. Nicht von ungefähr wird daher das Strafverfahrensrecht auch als „angewandtes“ oder „konkretisiertes“ Verfassungsrecht bezeichnet (S. 1 m.w.N.) und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist oftmals sogar beschuldigtenfreundlicher als die der

jeweiligen Fachgerichte, soweit die hohe Hürde der Zulässigkeit erst einmal erfolgreich überwunden wurde.

Umso bedauerlicher ist es daher, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde wegen Unzulässigkeit nicht zur Entscheidung annimmt, anschließend aber auf sechs Seiten erläutert, warum die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs wohl nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben an das wirksame Zustandekommen einer Verständigung genügt (so jüngst BVerfG, Beschluss vom 29.04.2021 – 2 BvR 1543/20). Die Verfassungsbeschwerde gehört somit zwar zum Instrumentarium einer engagierten und sachgerechten Strafverteidigung, aufgrund der überschaubaren Anzahl der Fälle in der anwaltlichen Praxis, den gewichtigen Unterschieden im Prozessrecht und der Herangehensweise sowie der Monatsfrist, stellt das Abfassen einer Verfassungsbeschwerde auch für erfahrene Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger eine erhebliche Herausforderung dar.

Hier knüpft das vorliegende Buch „Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen“ von Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge an und bietet auf über 500 Seiten eine kompakte und praxisorientierte Arbeitshilfe für das Anfertigen von Verfassungsbeschwerden im strafrechtlichen Bereich. Das Buch erscheint in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ des C.F. Müller-Verlags und liegt in der 2. Auflage von 2017 vor. Auffällig ist zunächst, dass sich unter den Autoren – obwohl es sich um ein vorwiegend anwaltliches Thema handelt – keine anwaltlichen Praktiker befinden, sondern alle vier Autoren der Justiz und oder der Wissenschaft entstammen. Dies macht sich jedoch an keiner Stelle negativ bemerkbar, weil alle vier Autoren wissenschaftliche Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht waren und so der erforderliche Praxisbezug ohne Abstriche gewahrt wird und zudem an zahlreichen Stellen für Außenstehende wertvolle Einblicke in die internen Abläufe des Bundesverfassungsgerichts geboten werden.

Das Buch selbst ist in 12 Abschnitte unterteilt, wobei sich die ersten drei Abschnitte mit den allgemeinen Aspekten einer Verfassungsbeschwerde und insbesondere der Zulässigkeit befassen, während die übrigen neun Abschnitte die möglichen Verfassungsbeschwerden in verschiedenen Stadien des Strafverfahrens behandeln. Neben den klassischen Anwendungsbereichen wie der Verfassungsbeschwerde gegen Strafurteile (Teil 4), Maßnahmen im Ermittlungsverfahren (Teil 5) oder verfahrenssichernde Maßnahmen wie Untersuchungshaft (Teil 6), werden auch abseitigere – aber nicht minder wichtige – Konstellationen wie Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen über die Akteneinsicht nach §§ 406e, 475 StPO (Teil 8) oder gegen Entscheidungen in der Strafvollstreckung und dem Strafvollzug (Teil 11 und 12) thematisiert. In den einzelnen Kapiteln wird jeweils eine kurze Übersicht über die Thematik gegeben, bevor die einzelnen Prüfungspunkte und häufig wiederkehrende Probleme im Detail erörtert werden. Ergänzt werden die Ausführungen stets durch einen umfangreichen und eindeutig positiv hervorzuhebenden Fußnotenapparat, welcher umfangreiche Nachweise und weiterführende Hinweise bietet. Sowohl die Ausführungen im Fließtext als auch die Fußnoten orientieren sich strikt an den Anforderungen der Praxis und verzichten auf schmückendes Beiwerk, was sich auch beispielsweise darin zeigt, dass der Fußnotenapparat fast ausschließlich auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bezug nimmt und nur vereinzelt auf Aufsätze oder Kommentare verweist. Dies stellt aber keinen Kritikpunkt dar, sondern vereinfacht das zielgerichtete Arbeiten unter Zeitdruck erheblich. Und trotz dieser gestrafften Darstellungsweise beziehen die Autoren durchaus auch kritisch Stellung, beispielsweise bezüglich der teilweise nur schwer nachvollziehbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen (vgl. S. 91 ff., 113), jedoch ohne dabei die Bedürfnisse der Nutzer aus den Augen zu verlieren, die nun einmal mit den Vorgaben der Rechtsprechung arbeiten müssen.

Im Folgenden soll nun auf einige ausgewählte Abschnitte eingegangen werden: Nach einer allgemeinen Übersicht über die organisatorischen Rahmenbedingungen der Mandatsübernahme im ersten Teil, befasst sich der zweite Teil auf rund 100 Seiten mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde (S. 33 ff.). Der Aufbau des Kapitels folgt dabei dem klassischen Prüfungsschema einer Examensklausur und

arbeitet Schritt für Schritt die einzelnen Bereiche und die dort lauenden Fallstricke in der Praxis ab. Dabei mögen manche Hinweise, wie dass es beispielsweise im BVerfGG keine dem § 37 Abs. 2 StPO vergleichbare Regelung gibt und die Monatsfrist bei Mehrfachzustellungen somit mit der ersten Zustellung beginnt (S. 118), zunächst banal erscheinen. Andererseits ist die eingangs erwähnte Entscheidung BVerfG, Beschluss vom 29.04.2021 – 2 BvR 1543/20 genau an diesem Punkt gescheitert, weil der Beschwerdeführer nicht vorgetragen hatte, wann die Entscheidung dem Mandanten zugestellt wurde und sich die fristgerechte Erhebung nicht ohne Weiteres aus dem vorgetragenen Sachverhalt ergab. Hier zeigt sich deutlich die Praxisnähe des Werkes und dass es sich eben gezielt an Anwältinnen und Anwälte richtet, welche üblicherweise in einem anderen Rechtsgebieten tätig sind.

Weiter hervorzuheben sind die Ausführungen zur Anhörungsrüge im Rahmen der Erschöpfung des Rechtsweges und der Subsidiarität und den praktischen Problemen aufgrund der sehr unübersichtlichen Rechtsprechung hierzu (S. 85 ff.): So ist der Beschwerdeführer nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beispielsweise gehalten, zur Erschöpfung des Rechtswegs auch dann eine Anhörungsrüge zu erheben, wenn er zwar keine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG rügen möchte, es nach der Begründung der angegriffenen Entscheidung aber nahe liegt, dass das Gericht wesentlichen Vortrag nicht zur Kenntnis genommen hat (vgl. beispielsweise BVerfG, Beschluss vom 07.05.2020 – 2 BvQ 26/20). Dies ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts immer dann der Fall, wenn sich das Ausgangsgericht mit dem entsprechenden Vortrag des Beschwerdeführers nicht ausreichend auseinandergesetzt hat. Aufgrund der sehr kleinteiligen Rechtsprechung hierzu scheitern in der Praxis immer wieder Beschwerdeführer an der fehlenden Erschöpfung des Rechtswegs. Das Buch bietet hier einen guten Überblick über die Entwicklung der Gesetzeslage sowie der Rechtsprechung und stellt die Anforderungen an eine Anhörungsrüge gut verständlich dar. Dennoch ist Jahn in seinem Fazit uneingeschränkt zuzustimmen, dass die Rechtsprechung zur Anhörungsrüge an einem „systemischen Vorhersehbarkeitsmangel“ leidet und es aus anwaltlicher Sicht regelmäßig geboten ist, als sichersten Weg Verfassungsbeschwerde und Anhörungsrüge nebeneinander zu erheben (S. 93). Dieses Nebeneinander führt praktisch zu dem bekannten „Parken im allgemeinen Register“, welches ebenfalls kurz erläutert wird (S. 99). Hier wären aber noch ergänzende Ausführungen wünschenswert gewesen, ob beim Nachreichen der Entscheidung über die Anhörungsrüge und der Umtragung ins Verfahrensregister bestimmte Formalien zu beachten sind und ergänzender Vortrag sinnvoll oder gar notwendig ist.

Ebenfalls gut strukturiert und praktisch hilfreich werden die Anforderungen an den Vortrag zu den verfassungsrechtlichen Fragen im Ausgangsverfahren dargestellt (S. 109 ff.). Aufgrund der zahlreichen Rücknahmen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf sich der Beschwerdeführer hier regelmäßig nicht darauf zurückziehen, die verfassungsrechtlichen Probleme erstmals gegenüber dem Bundesverfassungsgericht aufzuwerfen.

Der dritte Teil befasst sich sodann mit den praktischen Aspekten des Verfassens einer Verfassungsbeschwerde und den Anforderungen an die Substantiierung des Vortrags (S. 136 ff.): Hier wird unter anderem ausführlich erläutert, welche Unterlagen im Rahmen der notwendigen Verfahrensdokumentation vorgelegt werden müssen, was oftmals nicht so selbsterklärend ist, wie man zunächst meinen könnte (vgl. S. 142 „analog der „Negativtatsachen“ im Revisionsverfahren“), und dass diese innerhalb der Beschwerdefrist vollständig beim Bundesverfassungsgericht eingegangen sein müssen. Angesichts der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht nicht am besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA) teilnimmt, führt dies bei umfangreicheren Anlagekonvoluten auch im Jahr 2021 noch zu angespannter Wartezeit vor dem Faxgerät, bis endlich die erhoffte Sendebestätigung vorliegt.

Die übrigen neun Abschnitte befassen sich dann mit Verfassungsbeschwerden in bestimmten Einzelkonstellationen, wobei auch hier die Anforderungen der Rechtsprechung – beispielsweise in dem Unterabschnitt zur verfassungsrechtlichen Absicherung

von Verständigungen im Strafverfahren (S. 245 ff.) – durchgängig klar verständlich und gut strukturiert dargestellt werden. Vereinzelt kommen auch kleinere Nachlässigkeiten vor, welche sich bei einem derart inhaltlich kompakten Werk aber nie ganz vermeiden lassen. So wird beispielsweise im Zusammenhang mit dem „Parken im Allgemeinen Register“ noch die Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts von 1986 und nicht die Neufassung aus dem Jahr 2015 zitiert. Jedoch sind die inhaltlichen Veränderungen überschaubar und die Regelungen zudem meist nur um ein paar „Hausnummern“ verschoben worden, so dass dies den Gesamtwert des Buches für die Praxis in keiner Weise schmälert.

Abschließend lässt sich zusammenfassen, dass das Buch von Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge als Pflichtausstattung in die Kanzleibibliothek jeder Strafverteidigerin und jedes Strafverteidigers gehört. Das Werk vermittelt die anspruchsvolle Materie gut verständlich und eignet sich aufgrund der kompakten und gut strukturierten Darstellung uneingeschränkt für die Mandatsbearbeitung auch unter Zeitdruck. Daneben lohnt sich die Lektüre aber auch für all diejenigen, welche sich die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des jeweiligen Bereichs erarbeiten möchten, um für zukünftige Grundrechtsverletzungen gegenüber der Mandantschaft sensibilisiert zu sein. Eine solche verfassungsrechtliche Wachsamkeit gehört ohnehin zu einer sachgerechten Strafverteidigung und mit Blick auf die Anforderungen an den Vortrag im Ausgangsverfahren beginnt die verfassungsrechtliche (Argumentations-)Arbeit auch nicht erst mit der Verfassungsbeschwerde. Damit ist – trotz des nicht mehr ganz aktuellen Bearbeitungsstands – eine klare Kaufempfehlung auszusprechen und es bleibt zu hoffen, dass die Autoren dem Buch langfristig die Treue halten und weitere Auflagen erscheinen werden. Den Beschuldigtenrechten wäre damit ein großer Dienst getan.