

01.2024

13. Jahrgang | März 2024

Journal der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung e. V.



WiJ

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V. - WisteV

Redaktion:

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

Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

Ständige Mitarbeiter:

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

ISSN: 2193-9950 www.wistev.de

Aus dem Inhalt

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwalt Dr. Tino Haupt, München

**Der Zugriff auf Fahrzeugdaten aus
strafprozessualer Perspektive** 3

EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Hamburg/
Rechtsanwalt Philip Kroner, Düsseldorf

**Parlamentarische Untersuchungsausschüsse
und parallel geführte Wirtschaftsstrafverfahren** 13

INTERNATIONALES

Prof. Dr. Nora Markwalder/Rechtsanwalt und Fachanwalt
SAV Strafrecht Friedrich Frank, St. Gallen und Zürich

**Länderbericht Schweiz: Aktuelles aus Gesetzgebung
und Rechtsprechung im Wirtschaftsstrafrecht** 28

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.

**EuGH setzt Verfahrensrecht der Europäischen
Staatsanwaltschaft – Anmerkung zu EuGH,
Urteil v. 21.12.2023 – C-281/22** 33

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau

**Tagungsbericht: WisteV-wistra-
Neujahrstagung 2024** 47

AUFsätze UND KURZBEITRäge

Rechtsanwalt Dr. Tino Haupt, München

Der Zugriff auf Fahrzeugdaten aus strafprozessualer Perspektive 3

Rechtsanwalt Dr. Florian Neuber, Köln

Verteidigung ohne Grenzen? Herausforderungen der Unternehmensverteidigung in staatenübergreifenden Ermittlungsverfahren 9

EINFührung UND SCHULUNG

Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Hamburg/
Rechtsanwalt Philip Kroner, Düsseldorf**Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und parallel geführte Wirtschaftsstrafverfahren** 13Rechtsanwalt Dr. Daniel Klösel/Diplom-Finanzwirtin (FH) und
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion/Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Thilo Mahnhold, Frankfurt a.M.**Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 2 + 3)** 20

INTERNATIONALES

Prof. Dr. Nora Markwalder/Rechtsanwalt und Fachanwalt
SAV Strafrecht Friedrich Frank, St. Gallen und Zürich**Länderbericht Schweiz: Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung im Wirtschaftsstrafrecht** 28

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.

EuGH setzt Verfahrensrecht der Europäischen Staatsanwaltschaft – Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 21.12.2023 – C-281/22 33Diplom-Finanzwirtin (FH) und Rechtsanwältin
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.**Anmerkung zu BSG Urteil vom 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R** 36Diplom-Finanzwirtin (FH) und Rechtsanwältin
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.**Rechtsprechungsübersicht: Wichtige Entscheidungen der Sozialgerichte 2021-2023 zum Thema Scheinselbständigkeit** 41

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht 43

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau

Tagungsbericht: WisteV-wistra-Neujahrstagung 2024 47

Stud. iur. Damra Sahin/Stud. iur. Lisa Grabowski, Bielefeld

Tagungsbericht: "Junges Wirtschaftsstrafrecht – in 80 Tagen um die Welt" am 06.10.2023 54

Herausgeber:

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

Redaktion:

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

Verantwortliche Schriftleitung:

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

Ständige Mitarbeiter:

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

Grafik / Layout:

Anja Sauerland, www.paper-love.com

Manuskripte:

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

Urheber- und Verlagsrechte:

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

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch
Bezugspreis: Kostenlos

Newsletter:

Anmeldung zum Newsletterbezug unter www.wisteV.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

ISSN: 2193-9950 www.wisteV.de

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwalt Dr. Tino Haupt¹, München

Der Zugriff auf Fahrzeugdaten aus strafprozessualer Perspektive

A. Einleitung

Kaum ein Thema bewegt die Rechtswissenschaften aus wissenschaftlicher und praktischer Sicht derzeit so stark wie der Umgang mit Daten. Daten werden weithin als das zentrale Wirtschaftsgut des 21. Jahrhunderts angesehen.² Eine besondere Stellung im sehr weiten Bereich der Daten nehmen – nicht nur im deutschen oder europäischen Rechtsraum, sondern weltweit – die Fahrzeugdaten ein. Bei Fahrzeugdaten handelt es sich um Daten, also codierte oder codierbare Informationen, die in einem Fahrzeug generiert, verarbeitet und gespeichert werden.³ Das besondere Interesse an Fahrzeugdaten ist darauf zurückzuführen, dass die zugrundeliegenden Objekte – Fahrzeuge – seit geraumer Zeit einen erheblichen Stellenwert im Leben einer Vielzahl von Menschen auf der ganzen Welt einnehmen. Beginnend im 19. Jahrhundert als reines Fortbewegungsmittel, welches nur über die notwendigste Ausstattung verfügte, haben sich Fahrzeuge zu Objekten entwickelt, die neben der Fortbewegungsfunktion, die zwischenzeitlich durch vielfältige Assistenzsysteme unterstützt wird, eine Vielzahl von Dienstleistungen aus den unterschiedlichsten Bereichen anbieten.⁴ Fahrzeuge werden mithin zunehmend digitalisiert und zurecht als rollende Computer oder Smartphone mit Rädern bezeichnet.⁵ Diese Entwicklung wird zunehmend schneller und verstärkt, da neben etablierten, insbesondere europäischen und US-amerikanischen Autobauern zunehmend Anbieter insbesondere aus dem asiatischen Raum auf den Automobilmarkt drängen und mit neuen Fahrzeugkonzepten Anreize für weitere Entwicklungen setzen. Mit der stetig steigenden Digitalisierung von Fahrzeugen verbunden ist eine Zunahme der in diesen Fahrzeugen generierten Daten zu erwarten. An diesen Fahrzeugdaten, die sich in unterschiedliche Kategorien einordnen lassen, haben eine Vielzahl von Akteuren aus im Einzelnen unterschiedlichen Gründen ein großes Interesse.

Der nachfolgende Beitrag fasst die Ergebnisse der Dissertation des Verfassers zusammen und soll dem Leser einen Überblick über den Zugriff auf Fahrzeugdaten aus strafprozessualer Perspektive gewähren. Hierfür nimmt der Verfasser zunächst eine Kategorisierung der Fahrzeugdaten vor, um im Anschluss die Beteiligten beim Zugriff auf Fahrzeugdaten und deren Motive für den Zugriff auf die Fahrzeugdaten darzustellen. Sodann soll der strafprozessuale Zugriff auf Fahrzeugdaten anhand eines vom Verfasser beschriebenen dreistufigen Zugriffsmodells überblicksartig beschrieben werden, um sodann die für jede Stufe geltenden Grenzen strafprozessualer Maßnahmen beim Zugriff auf Fahrzeugdaten nennen zu können und schließlich die Ergebnisse zusammenzufassen.

B. Kategorisierung der Fahrzeugdaten

In modernen Fahrzeugen wird eine Vielzahl von Fahrzeugdaten erfasst. Die generierten, verarbeiteten und gespeicherten Fahrzeugdaten sind jedoch nicht einheitlicher Natur, sondern lassen sich in verschiedene Kategorien einteilen.⁶ Dabei kann unterschieden werden zwischen folgenden Datenkategorien:⁷

I. Daten aufgrund gesetzlicher Regelung

Hierbei handelt es sich um Fahrzeugdaten, deren Generierung, Verarbeitung oder Speicherung aufgrund gesetzlicher Vorgaben erfolgt. Bis vor Kurzem hatten solche Fahrzeugdaten in Deutschland nur geringe Relevanz. Seitens des europäischen Gesetzgebers wurde lediglich die Überwachung und Speicherung bestimmter Abgasdaten aus dem Fahrzeug durch eine unter der Bezeichnung On-Board-Diagnose bekannte Funktion verpflichtend vorgeschrieben.⁸ Fahrzeugdaten aufgrund gesetzlicher Regelung sind jedoch zunehmend relevant geworden, als der europäische Gesetzgeber mit Wirkung ab dem 31. März 2018 die Einführung des eCall-Systems vorgeschrieben hat.⁹ Beim eCall-System handelt es sich um eine im Fahrzeug verbaute Notrufeinrichtung, die bei einem schwerwiegenden Unfall eine direkte Sprachverbindung mit dem europaweit geltenden 112-Notruf herstellt. Zusätzlich generiert das eCall-System automatisiert

¹ Der Verfasser ist Rechtsanwalt sowie Associate bei einer internationalen Rechtsanwaltskanzlei an den Standorten München und Düsseldorf. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder. Der vorliegende Beitrag basiert in wesentlichen Teilen auf der Dissertation des Verfassers mit dem Titel „Der Zugriff auf Fahrzeugdaten aus strafrechtlicher und zivilrechtlicher Perspektive. Eine Untersuchung der derzeitigen Rechtslage mit Reformvorschlägen.“ (nachfolgend zitiert als Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten). Die Arbeit wurde an der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen und ist im Jahr 2022 in der Reihe „Robotik und Recht“ bei der Nomos Verlagsgesellschaft erschienen (ISBN: 978-3-7560-0788-2). Stand der Arbeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Fertigstellung im April 2021, wobei die Fußnoten und das Literaturverzeichnis soweit möglich auf den Stand Juli 2023 gebracht wurden und ausgewählte Veröffentlichungen und Entscheidungen bis einschließlich Juli 2023 berücksichtigt werden konnten.

² In diese Richtung etwa Fries/Scheufen, MMR 2019, 721, 725; Schur, GRUR 2020, 1142, ebd.; Stender-Vorwachs/Steege, NJOZ 2018, 1361, ebd.

³ Zur Herleitung des Begriffes der Daten und der Fahrzeugdaten ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 33-42.

⁴ Zur Entwicklung des Fahrzeugs vom reinen Fortbewegungsmittel zum Multifunktionswerkzeug näher Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 25-29.

⁵ S. etwa Schlanstein, NZV 2016, 201, ebd. und Weichert, SVR 2014, 201, ebd.

⁶ S. zu den, insbesondere auch technischen, Grundlagen der Generierung, Verarbeitung und Speicherung Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 33-44.

⁷ S. zu vergleichbaren Konzepten die weiteren Nachweise bei Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 44-45.

⁸ S. hierzu näher die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 sowie bei Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 45.

⁹ S. hierzu näher die Verordnung (EG) 2015/758 sowie bei Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 45-46.

einen sogenannten Mindestdatensatz und übermittelt diesen vom Fahrzeug an die Notrufabfragestelle.¹⁰

II. Daten aus vertraglich vereinbarten Dienstleistungen

Der Markt der Dienstleistungen für moderne Fahrzeuge, die im Zusammenhang mit Daten stehen, ist in den letzten Jahren stetig gewachsen und mittlerweile nicht mehr überschaubar. Die Nutzung aktuellen Kartenmaterials für das Navigationssystem, die Information der Fahrzeuginsassen über für sie vermeintlich interessante Lokalitäten, wie zum Beispiel Einkaufsmöglichkeiten in der Nähe des Fahrzeugstandortes, bis hin zur Verbindung des Fahrzeugs mit dem Internet und der Nutzung desselben durch die Fahrzeuginsassen: Diese Dienstleistungen sind alle nur möglich, wenn ständig Daten zwischen dem Fahrzeug und externen Stellen ausgetauscht werden.¹¹ Der Austausch dieser Daten erfolgt auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen zwischen dem Fahrer und ggf. den weiteren Fahrzeuginsassen und den externen Stellen, die die Fahrzeugdaten zur Verfügung stellen oder erhalten.

III. Vom Nutzer eingebrachte Fahrzeugdaten

Eng mit den Daten aus vertraglich vereinbarten Dienstleistungen hängen die vom Nutzer eingebrachten Daten zusammen. Dabei handelt es sich um Daten, die wie die Daten, die der vorherigen Kategorie angehören, durch eine Aktivität des Nutzers entstehen, im Gegensatz zu diesen aber nicht auf einer Dienstleistung durch eine externe Stelle beruhen, sondern ausdrücklich vom Fahrzeugnutzer in das Fahrzeug eingebracht werden. Beispielsweise kann der Fahrzeugnutzer sein Mobiltelefon mit dem Fahrzeug verbinden, um dann über die Telefoneinrichtung im Fahrzeug Gespräche zu führen.¹² Damit der Nutzer nicht bei jedem Anruf manuell die Rufnummer eingeben muss, bieten Fahrzeuge mit Telefoneinrichtung häufig die Möglichkeit, die auf dem Mobiltelefon gespeicherten Kontakte von diesem auf das Fahrzeug zu übertragen, dort dauerhaft zu speichern und somit Fahrzeugdaten in das Fahrzeug einzubringen.

IV. Im Fahrzeug erzeugte, dem Fahrer angezeigte Fahrzeugbetriebswerte

Bei den im Fahrzeug erzeugten, dem Fahrer angezeigten Fahrzeugbetriebswerten, handelt es sich um Anzeigen der Armaturentafel, wie zum Beispiel den Füllständen der Betriebsflüssigkeiten und den aktuellen Treibstoffverbrauch.¹³ Diese Informationen werden ohne Veränderung unmittelbar an die Fahrzeuginsassen weitergegeben. Die Fahrzeuginsassen können aus diesen Informationen beispielsweise feststellen, ob der Treibstofffüllstand niedrig ist und zeitnah eine Tankstelle oder eine Ladestation aufgesucht werden sollte. Solche Daten können auch als Rohdaten bezeichnet werden, da sie unmittelbar aus den erzeugenden Quellen stammen und nicht verändert oder anderweitig verarbeitet sind.¹⁴

V. Im Fahrzeug erzeugte, aggregierte Fahrzeugdaten

Bei aggregierten Fahrzeugdaten handelt es sich um solche Daten, die vor ihrer Weitergabe an die Fahrzeuginsassen oder an ein Speichermedium im Hinblick auf ein bestimm-

tes Verarbeitungsziel zusammengefasst werden.¹⁵ Beispiele für ein bestimmtes Verarbeitungsziel sind die Ermittlung des durchschnittlichen Treibstoffverbrauchs und der Durchschnittsgeschwindigkeit des Fahrzeuges.¹⁶ Aber auch die Anzeige von Fehlermeldungen ist häufig erst durch die Aggregation von Fahrzeugdaten möglich.¹⁷ Von den aggregierten Daten kann neben dem Nutzen für den Fahrer auch ein Nutzen für andere Verkehrsteilnehmer ausgehen, wenn nicht nur die Daten eines Fahrzeuges, sondern die mehrerer Fahrzeuge aggregiert werden.¹⁸ Können nämlich beispielsweise viele Fahrzeuge an einem Ort lokalisiert werden, lässt dies Rückschlüsse auf die Verkehrslage zu.¹⁹ Aus dieser Information kann anderen Verkehrsteilnehmern etwa dann, wenn eine hohe Verkehrsbelastung zu erwarten ist, eine Umleitung angezeigt werden, damit diese ihre Fahrtziel verkehrsgünstiger erreichen können.²⁰

VI. Im Fahrzeug erzeugte, dem Fahrer nicht angezeigte technische Daten

Neben den technischen Daten, die dem Fahrer mitgeteilt werden, generieren Fahrzeuge noch eine Vielzahl weitere technischer Daten, die den Fahrzeuginsassen nicht oder zumindest nicht unmittelbar mitgeteilt werden. Auf diese Fahrzeugdaten können Fahrzeuginsassen aber in vielen Fällen zu einem späteren Zeitpunkt zugreifen, etwa indem sie diese in der Werkstatt mit einem Diagnosegerät auslesen lassen.²¹ Schwerpunktmäßig sind diese Fahrzeugdaten aber dafür gedacht, den reibungslosen Betriebs des Fahrzeuges zu ermöglichen und gegebenenfalls Fehlfunktionen frühzeitig zu erkennen.²² So kann etwa aus den Daten zum Schaltverhalten des Getriebes oder zum Einspritzverhalten des Motors auf eine technische Fehlfunktion des Fahrzeuges geschlossen werden, die überprüft und gegebenenfalls behoben werden muss.²³

¹⁰ Beispiele für weitere Fahrzeugdaten, die aufgrund gesetzlicher Vorgaben in Fahrzeugen generiert, verarbeitet oder gespeichert werden, finden sich bei Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 45-47.

¹¹ S. auch Weichert, SVR 2014, 201, 202.

¹² Ähnlich Thalhofer, GRUR-Prax 2017, 225, ebd.

¹³ Verband der Automobilindustrie, Datenschutz-Prinzipien für vernetzte Fahrzeuge, S. 5.

¹⁴ Zum Begriff der Rohdaten Czychowski/Siesmayer, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Kapitel 20.5 Rn. 12; Sarre/Pruß, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 20 Rn. 40.

¹⁵ Sarre/Pruß, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 20 Rn. 41.

¹⁶ Verband der Automobilindustrie, Datenschutzprinzipien für vernetzte Fahrzeuge, S. 5.

¹⁷ Verband der Automobilindustrie, Datenschutzprinzipien für vernetzte Fahrzeuge, S. 5.

¹⁸ Weisser/Färber, MMR 2015, 506, 508.

¹⁹ Weisser/Färber, MMR 2015, 506, 508.

²⁰ In diese Richtung auch Czychowski/Siesmayer, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Kapitel 20.5 Rn. 13.

²¹ S. etwa Roßnagel, SVR 2014, 281, 282; Schlanstein, NZV 2016, 201, 205.

²² Lüdemann, ZD 2015, 247, 247f.

²³ Verband der Automobilindustrie, Datenschutz-Prinzipien für vernetzte Fahrzeuge, S. 5.

VII. Daten mit und ohne datenschutzrechtlich Verantwortlichem

Fahrzeugdaten lassen sich schließlich danach unterscheiden, ob es für sie einen datenschutzrechtlich Verantwortlichen gibt.²⁴ Sofern es sich um ein sogenanntes Offline-Fahrzeug handelt, also ein Fahrzeug, bei dem zwar Fahrzeugdaten entstehen, diese aber nicht aus dem Fahrzeug heraus an einen datenschutzrechtlich Verantwortlichen übertragen werden, gibt es im Regelfall keinen datenschutzrechtlich Verantwortlichen. Allenfalls kann der Fahrzeughalter, Fahrer oder ein sonstiger Fahrzeuginsasse Verantwortlicher sein, sofern er Fahrzeugdaten verarbeitet. In allen anderen Fällen wäre ohne Verantwortlichen eine der Grundvoraussetzungen für die Anwendbarkeit eines Großteils der datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte nicht gegeben, da die Konstellation betroffene Person/datenschutzrechtlicher Verantwortlicher nicht gegeben wäre.

Handelt es sich hingegen um ein sogenanntes Online-Fahrzeug, also ein Fahrzeug, bei dem laufend Fahrzeugdaten aus dem Fahrzeug heraus übertragen werden, liegt die zuvor beschriebene Konstellation betroffene Person/datenschutzrechtlicher Verantwortlicher vor und datenschutzrechtliche Vorgaben – insbesondere der DSGVO – finden grundsätzlich Anwendung.

C. Beteiligte beim Zugriff auf Fahrzeugdaten und deren Motive

Eine Vielzahl von Beteiligten hat ein Interesse für den Zugriff auf Fahrzeugdaten.²⁵ Diese lassen sich grob danach unterscheiden, ob sie einen unmittelbaren oder nur einen mittelbaren Bezug zum Fahrzeug aufweisen. Einen unmittelbaren Bezug zum Fahrzeug weisen solche Beteiligte auf, die entweder an der Fahrzeugherstellung oder -wartung beteiligt sind oder das Fahrzeug nutzen. Zu nennen sind hier etwa die Fahrzeughersteller und mit diesen in Verbindung stehende Unternehmen, Fahrzeughalter, Fahrer, Insassen und andere Verkehrsteilnehmer sowie etwa Autovermieter, Werkstätten und Pannenhilfsdienste.²⁶ Einen nur mittelbaren Bezug zum Fahrzeug weisen solche Zugriffsinteressierte auf, die nicht in unmittelbarem Bezug zum Fahrzeug stehen, da sie hinsichtlich der von ihnen ausgeübten Tätigkeit nicht dem Fahrzeugbereich angehören, sondern schwerpunktmäßig in anderen Bereichen tätig sind. Der Fahrzeugbezug ergibt sich bei diesen Zugriffsinteressierten nur aus dem konkreten Anwendungsfall. Zu nennen sind hier beispielsweise Versicherungsunternehmen, Technologieunternehmen, Werbeunternehmen, Betreiber von Notrufsystemen sowie staatliche Stellen.²⁷

Weiter lässt sich nach Ansicht des Verfassers eine Einteilung in drei Gruppen von Motiven für den Zugriff auf die Fahrzeugdaten vornehmen: wirtschaftliche Motive, hoheitliche Motive und sonstige Motive. Dabei lässt sich grundsätzlich feststellen, dass privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen, wie etwa Fahrzeughersteller, Autovermieter, Werkstätten, Pannenhilfsdienste oder Versicherungsunternehmen

regelmäßig aus wirtschaftlichen Motiven auf die Fahrzeugdaten zugreifen möchten. So möchte der Fahrzeughersteller beispielsweise Zugriff auf die Fahrzeugdaten erhalten, um damit seine derzeitigen Produkte weiterentwickeln und damit auch zukünftig konkurrenzfähig bleiben zu können. Fahrzeughalter, Fahrer und Insassen hingegen können aus unterschiedlichen Motiven Interesse am Zugriff auf die Fahrzeugdaten haben. So können diese Beteiligten durchaus daran interessiert sein, „ihre“ Daten zu monetarisieren, weshalb sie in diesem Fall aus wirtschaftlichen Motiven handeln würden. Wenn sie jedoch schlicht die in Bezug auf ihre Person generierten Daten vor anderweitigem Zugriff schützen möchten, handeln sie nicht aus wirtschaftlichen Motiven, sondern aus sonstigen Motiven. Staatliche Stellen hingegen möchten aus hoheitlichen Motiven auf die Fahrzeugdaten zugreifen. So kann etwa ein Zugriff der Finanzbehörden die Handhabung der Fahrzeugnutzung im Besteuerungsverfahren vereinfachen. Ebenso könnte die Kontrolle von Lenkzeiten vereinfacht werden, wenn nicht nur auf die in gewerblich genutzten Fahrzeugen vorhandenen Fahrtenschreiber, sondern auch auf weitere Fahrzeugdaten, die Informationen enthalten, wie lange das Fahrzeug bereits ohne Unterbrechung in Betrieb ist, zugegriffen werden könnte.

Eine besondere Stellung innerhalb der staatlichen Stellen weisen die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte auf. Diesen Stellen wurde nämlich mit den Befugnissen der StPO ein umfangreicher Katalog an Zugriffsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt. Diese Zugriffsmöglichkeiten sollen nachfolgend näher erläutert werden.

D. Der strafprozessuale Zugriff auf Fahrzeugdaten

Strafverfolgungsbehörden sind, sofern sie von einem Geschehen erfahren, welches den Verdacht einer Straftat aufwirft, grundsätzlich verpflichtet, den Sachverhalt zu erforschen und Verdächtige strafrechtlich zu verfolgen.²⁸ Um überhaupt feststellen zu können, ob ein zur Erhebung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft notwendiger hinreichender Tatverdacht besteht, müssen die Strafverfolgungsbehörden sich über den Sachverhalt informieren. Rechtliche Grundlage für die Sachverhaltsermittlung im Bereich der Strafverfolgung ist die StPO. Diese enthält zu Zwecken der Sachverhaltsermittlung verschiedene Befugnisse zugunsten

²⁴ Hierzu grundlegend Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder/Verband der Automobilindustrie (VDA), Datenschutzrechtliche Aspekte bei der Nutzung vernetzter und nicht vernetzter Kraftfahrzeuge.

²⁵ S. hierzu auch ausführlich Haupt/Wasilewski, NZV 2023, 341, 342.

²⁶ S. zu den Zugriffsinteressierten, die nur einen unmittelbaren Bezug zum Fahrzeug aufweisen näher Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 55-62.

²⁷ S. zu den Zugriffsinteressierten, die nur einen mittelbaren Bezug zum Fahrzeug aufweisen näher Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 62-70.

²⁸ S. hierzu näher und zu den zahlreichen Ausnahmen Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 79.

der Strafverfolgungsbehörden, die keineswegs fahrzeugspezifisch sind.

Dabei hat der Gesetzgeber erkannt, dass die Sachverhaltsermittlung in verschiedene Schritte eingeteilt ist. Sofern es um den Zugriff auf Fahrzeugdaten geht, gehen die Strafverfolgungsbehörden folgendermaßen vor: Zunächst müssen diese die beweisrelevanten Daten auffinden. In diesem ersten Schritt verschaffen sich die Strafverfolgungsbehörden einen Überblick, ob entsprechende Daten überhaupt vorhanden sind und wo sich diese befinden. Steht fest, dass grundsätzlich Daten vorhanden sind, stellt sich im Anschluss die Frage, ob und wie auf diese zugegriffen werden kann. Es geht darum, auf welchem Weg die hoheitliche Gewalt über die Daten hergestellt werden kann. Sind die ersten beiden Schritte erfolgreich abgeschlossen, muss der Frage nach der Auswertung und Verwertung der gewonnenen Daten nachgegangen werden. Dies stellt den abschließenden dritten Schritt dar. Nur wenn alle drei Schritte erfolgreich durchgeführt werden, können die Fahrzeugdaten für ein Strafverfahren verwendet werden. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes führt dazu, dass die exakte Bestimmung der Befugnisnormen für jedes einzelne Handeln der Strafverfolgungsbehörden unumgänglich ist, da eine Überschreitung der Befugnisse oder ein Handeln ohne jegliche Befugnis dazu führen kann, dass die Fahrzeugdaten für das Strafverfahren unverwertbar werden. Hinzukommt eine mögliche Strafbarkeit des ermittelnden Beamten, wenn die Vorgaben der StPO nicht eingehalten werden.

Zur Prüfung des strafprozessualen Zugriffs auf Fahrzeugdaten wurde vom Verfasser deshalb ein dreistufiges Modell entwickelt²⁹: Die erste Stufe thematisiert die Ermittlung der beweisrelevanten Daten. Die zweite Stufe betrachtet die Herstellung der hoheitlichen Gewalt über die im Rahmen des ersten Schrittes aufgefundenen Daten. In der dritten Stufe geht es schließlich um die Auswertung und Verwertung der Daten, also die Datennutzung durch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte. Da bei jeder dieser Stufen bestimmte Grenzen beachtet werden müssen, die teilweise einheitlich gelten, bietet es sich an, diese nicht einzeln für jede Stufe, sondern nach Erläuterung der drei Stufen im Überblick zu erläutern.

Diese Vorgehensweise ist aus den folgenden Gründen zu empfehlen: Zunächst entspricht diese Reihenfolge dem tatsächlichen Ablauf in der Praxis der Strafverfolgung. Dort müssen die Strafverfolgungsbehörden erst alle Beweisgegenstände auffinden, bevor sie diese in hoheitliche Gewalt überführen und anschließend nutzen können. Demnach entspricht das hier vorgeschlagene Modell auch dem zeitlich logischen Ablauf des Verfahrens. Ein weiterer Vorteil ist, dass möglicherweise bestehende Hindernisse, die einem gesetzeskonformen Vorgehen der Ermittlungsbehörden entgegenstehen könnten – zu denken ist etwa an eine fehlende, aber erforderliche richterliche Anordnung – frühzeitig erkannt und gegebenenfalls noch beseitigt werden können, bevor durch die Strafverfolgungsbehörden unwiderrufliche Handlungen vorgenommen werden. Selbst wenn ein rechtliches Hindernis nicht beseitigt werden kann, ist die hier vorgeschlagene Vorgehensweise vorteilhaft, da so unzulässige

und deshalb auch unnötige weitere staatliche Anstrengungen vermieden werden. Beispielsweise wäre es fernliegend, sich Gedanken über die Herstellung hoheitlicher Gewalt zu machen oder sogar entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, wenn das Bezugsobjekt, über das die hoheitliche Gewalt hergestellt werden soll, schon nicht ermittelt werden kann.³⁰

I. Stufe 1: Die Ermittlung der beweisrelevanten Fahrzeugdaten

Bevor Beweismittel durch Strafverfolgungsbehörden sicher gestellt werden können, müssen diese erst aufgefunden werden. Die entsprechenden Möglichkeiten ergeben sich im repressiven Bereich überwiegend aus der StPO. Die relevanten Normen sind seit Einführung der StPO aber nur teilweise den seitdem erfolgten technischen Entwicklungen angepasst worden und verfügen in weiten Teilen noch immer über eine hohe inhaltliche und teilweise sogar wörtliche Übereinstimmung mit den Ursprungsvorschriften bei Einführung der StPO im Jahr 1877. Zu dieser Zeit hatte die Ermittlung von (Fahrzeug-)Daten keine Relevanz, da solche Daten noch nicht existierten. Der Gesetzgeber musste vielmehr in der StPO Durchsuchungs- und Sicherstellungsbefugnisse regeln, die sich auf zur damaligen Zeit relevante Gegenstände beziehen. Deshalb hat der Gesetzgeber die Durchsuchung von Wohnungen, Räumen und Personen, die Beschlagnahme von Gegenständen und die Durchsicht von Papieren geregelt. Die weitgehend unveränderten Vorschriften der StPO sind auf den hier betrachteten Sachverhalt des Zugriffs auf Fahrzeugdaten, also den Zugriff auf digitale Beweismittel, aber grundsätzlich anwendbar. Hinzukommt, dass der Gesetzgeber auch nicht völlig untätig geblieben ist, sondern durchaus den teilweise vorhandenen Reform- und Anpassungsbedarf der StPO erkannt hat und diesbezüglich Modernisierungsmaßnahmen an der StPO vorgenommen. Hinzukommt, dass die Rechtsprechung die Normen der StPO stetig weiterentwickelt hat.

Nach geltendem Recht können Strafverfolgungsbehörden aufgrund unterschiedlicher strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen beweisrelevante Fahrzeugdaten ermitteln. Zusammengefasst gilt dabei grundsätzlich Folgendes:

Im Wege einer „klassischen“ Durchsuchung nach den §§ 102, 103 StPO können im Regelfall Räumlichkeiten, Fahrzeuge und Speichermedien durchsucht und auf das Vorhandensein von entsprechenden Fahrzeugdaten hin überprüft werden. Daneben ermöglichen bestimmte spezielle Ermächtigungsgrundlagen die Ermittlung von Fahrzeugdaten, die entweder einer speziellen Kategorie von Daten angehören (wie etwa Daten die im Zusammenhang mit einer Telekommunikation entstehen) oder bei denen spezielle Ermittlungsmethoden genutzt werden (wie etwa im Rahmen der Online-Durchsuchung). Als taugliche Ermächtigungsgrundlagen für den

²⁹ S. zu den Einzelheiten und ähnlichen Vorschlägen aus der Literatur im Einzelnen Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 81.

³⁰ Im Rahmen dieses Aufsatzes können die drei Stufen des Zugriffs auf Fahrzeugdaten nur im Überblick erläutert werden. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 79-150.

Zugriff auf Fahrzeugdaten kommen damit grundsätzlich, neben den §§ 102, 103 StPO insbesondere § 100a StPO (Telekommunikationsüberwachung), § 100b StPO (Online-Durchsuchung), § 100g StPO (Erhebung von Verkehrsdaten), §§ 161, 163 StPO (Allgemeine Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft und der Polizei) und nunmehr auch § 100k StPO (Erhebung von Nutzungsdaten bei Telemediendiensten)³¹ in Betracht. Bei allen genannten potenziellen Rechtsgrundlagen muss jedoch im Einzelfall überprüft werden, ob alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

II. Stufe 2:

Herstellung der hoheitlichen Gewalt über die aufgefundenen Fahrzeugdaten

Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nach den §§ 102, 103 StPO und nach den §§ 161, 163 StPO führen im Gegensatz zu Maßnahmen nach den §§ 100a, 100b, 100g und 100k StPO nicht dazu, dass die beweisheblichen Gegenstände unmittelbar gesichert werden.³² Die zuerst genannten Zwangsmaßnahmen können nämlich lediglich mit der Zielsetzung erfolgen, die beweisheblichen Gegenstände aufzufinden. Die Sicherung dieser Gegenstände und somit die Herstellung der hoheitlichen Gewalt muss deshalb in einem weiteren Schritt erfolgen.³³ Die StPO sieht aber zur Herstellung der hoheitlichen Gewalt ebenfalls verschiedene Möglichkeiten vor. Diese Maßnahmen können unter dem Oberbegriff der Sicherstellung³⁴ zusammengefasst werden. Hierunter sind die formlose oder auch als „einfache“ bezeichnete Sicherstellung, die sich nach § 94 Abs. 1 StPO richtet, sowie die Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO zu verstehen.

Sämtliche Maßnahmen, die unter dem Oberbegriff der Sicherstellung erfolgen können, beziehen sich dem Wortlaut nach auf Gegenstände.³⁵ Ohne Zweifel umfasst sind von dieser Begrifflichkeit Speichermedien als solche sowie verkörperte Daten wie etwa Ausdrucke.³⁶ In der Vergangenheit umstritten war jedoch, ob auch die auf Speichermedien befindlichen Daten Gegenstände im Sinne der Sicherstellungsvorschriften sind.³⁷ Zumindest für die Praxis ist jedoch seit einer Entscheidung des BVerfG³⁸ aus dem Jahr 2005 klar, dass die Beschlagnahmestellen auch für Daten gelten.³⁹ Damit sind sowohl Speichermedien als auch die auf den Speichermedien befindlichen Daten taugliche Gegenstände für die Durchführung des Herausgabeverlangens, der Sicherstellung und der Beschlagnahme. Sofern die gegenständlichen Fahrzeugdaten auch noch eine potenzielle Beweisbedeutung aufweisen,⁴⁰ können Strafverfolgungsbehörden die hoheitliche Gewalt über die Fahrzeugdaten herstellen.

III. Stufe 3:

Die Auswertung und Verwertung der gewonnenen Fahrzeugdaten

Sobald es den Strafverfolgungsbehörden gelungen ist, die beweisheblichen Fahrzeugdaten zu sichern, geht es um die Auswertung und Verwertung dieser Fahrzeugdaten. Die Auswertung betrifft den technischen Vorgang der Kenntlichmachung der meist nicht ohne Weiteres lesbaren Fahrzeugdaten. Die Verwertung betrifft hingegen die Nutzung in einem späteren strafrechtlichen Verfahren. Bei der Auswertung geht es im Grundsatz um technische Probleme, die allerdings

von rechtlichen Problemen flankiert werden, wohingegen die Verwertung ursprünglich rechtliche Probleme betrifft.

Bei der Auswertung der Fahrzeugdaten kann sich zunächst das Problem stellen, dass die Fahrzeugdaten verschlüsselt sind oder unabhängig von einer Verschlüsselung spezielle Software nötig ist, um die Daten auszulesen. Zur Entschlüsselung können gegebenenfalls Zeugen oder Sachverständige herangezogen werden oder die Strafverfolgungsbehörden haben bestenfalls sogar Zugriff auf benötigte Entschlüsselungswerkzeuge.⁴¹

Sofern die Auswertung erfolgreich durchgeführt wurde, geht es letztendlich um die Verwertung der Fahrzeugdaten, da alle bisher geschilderten Maßnahmen mit dem Ziel erfolgen, die gewonnenen Fahrzeugdaten als Beweismittel in einem Strafprozess zu verwerten. Fahrzeugdaten können schließlich in digitaler, wie auch in nicht digitaler Form in einem Strafprozess verwertet werden.⁴²

IV. Grenzen strafprozessualer Maßnahmen beim Zugriff auf Fahrzeugdaten

Alle strafprozessualen Zwangsmaßnahmen sind mit Eingriffen in Grundrechte der Betroffenen verbunden. Die strafprozessualen Befugnisse können deswegen nicht unbegrenzt zur Wahrheitsfindung im Strafverfahren eingesetzt werden, sondern unterliegen bestimmten rechtsstaatlichen Grenzen, die entweder ausdrücklich gesetzlich geregelt sind oder sich aus den Grundrechten ergeben.

Gesetzlich normierte Grenzen des Zugriffs auf Fahrzeugdaten können sich prinzipiell aus jedem Gesetz ergeben. Strafprozessuale Grenzen sind dabei insbesondere die Selbstbe-

³¹ S. hierzu beispielsweise die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., in welcher dieses entschied, dass ein Ermittlungsrichter einen Fahrzeughersteller verpflichten kann, über in Echtzeit anfallende Fahrzeugdaten (GPS-Standortdaten) Auskunft zu erteilen (OLG Frankfurt a.M. SVR 2022, 431, 433 mit ablehnender Anmerkung Haupt).

³² § 100a Abs. 1 S. 1 StPO ermöglicht die Aufzeichnung der Telekommunikation. § 100b Abs. 1 StPO ermöglicht die Erhebung von Daten aus einem informationstechnischen System. § 100g Abs. 1 S. 1 StPO gestattet die Erhebung von Verkehrsdaten. § 100k Abs. 1 S. 1 StPO schließlich ermöglicht die Erhebung von Nutzungsdaten. In diesen Fällen ist deshalb eine weitere Befugnis zur Datensicherung nicht erforderlich, da auch keine weitere Maßnahme erfolgen muss.

³³ Dabei gilt es zu beachten, dass die Sicherstellung auch als eigenständige Maßnahme ohne eine vorangehende Durchsuchung erfolgen kann, s. etwa Gerhold, in: BeckOK-StPO, § 94 Rn. 14 ff.

³⁴ Zur Begrifflichkeit Baumann, Die Systematik der Regelungen über die beweisichernde Sicherstellung im Strafverfahren (§§ 94-98 StPO), S. 1.

³⁵ S. § 94 Abs. 1 StPO.

³⁶ S. hierzu näher Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 133.

³⁷ Zum früheren Streitstand ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 134-135.

³⁸ BVerfG, NJW 2005, 1917, 1920.

³⁹ Zur Entscheidung des BVerfG, sowie dem aktuellen Meinungsstand zur Beschlagnahmefähigkeit von Daten näher Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 135-137.

⁴⁰ Hierzu näher Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 138-139.

⁴¹ Ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 143-146.

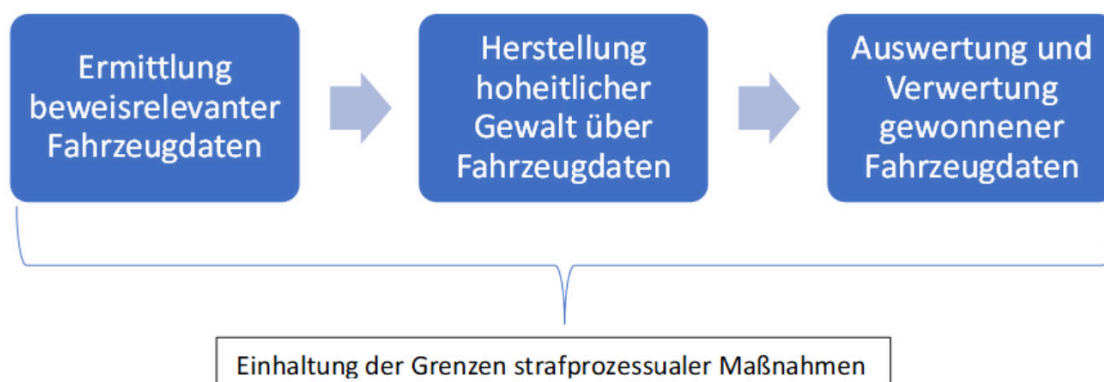
⁴² Ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 147-150.

lastungsfreiheit⁴³ und der Entzug des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vor staatlichem Zugriff⁴⁴. Daneben gilt es, eine Vielzahl datenschutzrechtlicher Grenzen zu beachten.⁴⁵ Relevante Grundrechte sind insbesondere Art. 10, Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁶ Die genannten Grundrechte haben erhebliche Auswirkungen auf die praktische Rechtsanwendung, insbesondere hinsichtlich der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für die jeweilige strafprozessuale Maßnahme, die Ver-

fassungsmäßigkeit dieser gesetzlichen Grundlage und die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsanwendung.

V. Zwischenergebnis

Nach dem vorgenannten kann festgehalten werden, dass sich der Zugriff auf Fahrzeugdaten aus strafprozessualer Perspektive in drei Stufen unterteilen lässt, wobei bei jeder Stufe bestimmte Grenzen zu beachten sind. Dies veranschaulicht nachfolgende Grafik:



E. Ergebnis

Der vorliegende Beitrag kann nur einen kurzen Einblick in das umfangreiche Gebiet des Zugriffs auf Fahrzeugdaten aus strafprozessualer Perspektive gewähren. Hinzukommt, dass es sich um ein Gebiet handelt, welches ständigen gesetzgeberischen, technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen unterworfen ist. Was die gesetzgeberischen Änderungen betrifft, kann festgestellt werden, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 100k in die StPO eine weitere Grundlage für den Zugriff auf Daten geschaffen hat, die auch Fahrzeugdaten sein können. Daneben erlauben aber durchaus auch die weiteren genannten Regelungen der StPO den Zugriff auf Fahrzeugdaten. Wenn Strafverfolgungsbehörden bei ihren Maßnahmen die von der StPO vorgegebenen Anforderungen einhalten, können sie deshalb wirksam auf Fahrzeugdaten

zugreifen und diese in Strafverfahren verwenden. Andererseits ist der von einer strafprozessualen Maßnahme Betroffene nicht schutzlos dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse ausgeliefert, denn bereits die StPO selbst enthält Beschränkungen der strafprozessualen Maßnahmen. Daneben ergeben sich weitere Einschränkungen aus den Grundrechten und deren Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung des BVerfG.

⁴³ Ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 151-153.

⁴⁴ Ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 154-155.

⁴⁵ Ausführlich Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 156-163.

⁴⁶ S. hierzu jeweils im Einzelnen Haupt, Zugriff auf Fahrzeugdaten, S. 164-173.

Rechtsanwalt Dr. Florian Neuber, Köln

Verteidigung ohne Grenzen? Herausforderungen der Unternehmensverteidigung in staatenübergreifenden Ermittlungsverfahren am Beispiel Deutschland und den USA¹

A. Einleitung

Globalisierung, Digitalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftslebens führen zwangsläufig dazu, dass auch wirtschaftsstrafrechtlich relevante Sachverhalte und die damit einhergehenden Wirtschaftsstrafverfahren zunehmend einen internationalen Bezug aufweisen.

Für den in Deutschland tätigen „Unternehmensverteidiger“ birgt dieser Umstand die besondere Herausforderung, auch den transnationalen Interessen des zu verteidigenden Unternehmens gerecht werden zu müssen. Denn eine „staatenübergreifende Verteidigung“ birgt zwar Risiken, bietet auf der anderen Seite aber auch besondere Verteidigungsmöglichkeiten.

Ungeachtet des internationalen Aspekts bleibt das Ziel einer erfolgreichen Unternehmensverteidigung in der Regel gleich: die Verfahrensbeendigung bei bestmöglicher Wahrung der Interessen des Mandanten. Allerdings enden die Interessen des Mandanten bei internationalen Sachverhalten nicht an der Staatsgrenze; der Unternehmensverteidiger muss vielmehr immer im Blick haben, wie sich die nationale Verteidigungsstrategie (gegenüber einer deutschen Strafverfolgungsbehörde) auf die Interessen des Mandanten im Ausland und mögliche parallellaufende Ermittlungsverfahren auswirken könnte.

B. Definition des internationalen bzw. staatenübergreifenden Ermittlungsverfahrens

Unternehmensverteidigung kann aus vielen Gründen eine internationale Dimension aufweisen. Sei es, dass das zu verteidigende Unternehmen ein Tochterunternehmen eines ausländischen Konzerns ist oder aber, dass das deutsche Unternehmen (mit eigenen lokalen Tochterunternehmen) international tätig ist. Gleichmaßen können Ermittlungen wegen desselben oder verwandter Sachverhalte parallel in mehreren Ländern durch die jeweiligen örtlichen Strafverfolgungsbehörden geführt werden. Ebenso kommt in Betracht, dass das Ermittlungsverfahren durch eine inter- oder supranationale Strafverfolgungsbehörde geführt wird. Das diesem Beitrag zugrunde liegende Verständnis definiert ein staatenübergreifendes Ermittlungsverfahren als solches, das in jedem Fall in Deutschland durch eine Behörde mit entsprechenden Strafverfolgungsrechten geführt wird und unmittel-

bare strafprozessuale Auswirkungen auf die Interessen des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe in mindestens einem weiteren Land hat.²

C. Die Identifizierung eines potenziell staatenübergreifenden Ermittlungsverfahrens durch den Unternehmensverteidiger

Da auch Wirtschaftsstrafverfahren nicht selten – insbesondere bis zu einer etwaigen Durchsuchung des betroffenen Unternehmens – geheim geführt werden, ist auf Seiten des Unternehmens und des Verteidigers häufig nicht bekannt, ob und gegebenenfalls, wo parallel weitere Ermittlungen gegen das zu verteidigende Unternehmen geführt werden. Insofern gehört es zu den frühen Aufgaben des Unternehmensverteidigers, zu prüfen, ob das Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen eine internationale Dimension aufweisen könnte.

Gerade in der „Stunde Null“, wenn Unternehmen und Verteidiger erstmals von den Ermittlungen erfahren (zum Beispiel im Rahmen einer Durchsuchung), verfügen die Unternehmen aufgrund der „dezentralen Wissensverteilung“ selbst und erst recht auch die Verteidiger nicht über alle relevanten Sachverhaltsinformationen, um abschließend bewerten zu können, ob es sich um ein staatenübergreifendes Ermittlungsverfahren handelt.

Die Identifizierung als solches kann dennoch gelingen, soweit der Verteidiger möglichst frühzeitig in Erfahrung bringt, ob es Anhaltspunkte für grenzüberschreitende Erfolgs- oder Handlungsorte gibt, ob das Unternehmen international tätig oder Tochterunternehmen eines ausländischen Konzerns ist, ob Mutter-, Tochter- oder Schwesterunternehmen im Ausland in die Sachverhalte, welche Gegenstand des hiesigen Verfahrens sind, involviert sein könnten, ob es personelle internationale Verflechtungen gibt oder ob sonstige Anhaltspunkte für ein- oder ausgehende Rechtshilfeersuchen existieren.³

D. Beweiserhebung und Beweisverwertung im internationalen Kontext

Kommt es zu einer Durchsuchung bei dem zu verteidigenden Unternehmen, wird die Frage der Internationalität insbesondere bei der Datenerhebung virulent.

Dokumente, die sich nicht in den Geschäftsräumen des Unternehmens in Deutschland, sondern zum Beispiel in den Geschäftsräumen des Mutterunternehmens in den USA be-

¹ Der Beitrag basiert auf einem im Oktober 2019 in Frankfurt/Main gehaltenen Vortrag im Rahmen der Veranstaltung „Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0“.

² Vgl. hierzu Schomburg, in: MAH Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, § 15, Rn. 35.

³ Vgl. insgesamt Ahlbrecht/Rüschendorf, in: MAH Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, § 16, Rn. 55.

finden, sind vom Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss zunächst einmal nicht erfasst.

Es gilt der Grundsatz, dass die Ermittlungsbefugnisse der deutschen Behörden grundsätzlich an der Staatsgrenze enden.⁴ Für eine Beweiserhebung im (außereuropäischen) Ausland sind deutsche Verfolgungsbehörden darauf angewiesen, ein Rechtshilfeersuchen an den entsprechenden Staat zu richten⁵.

Allerdings gibt es heute kaum noch Informationen, die nicht auch digital gespeichert sind. In kaum einem Wirtschaftsstrafverfahren werden heutzutage nicht auch elektronische Beweismittel relevant. Nach Schätzungen des Europäischen Parlaments sind elektronische Beweismittel in 85 % aller strafrechtlichen Ermittlungen bedeutsam.⁶

Weil sich die für die Strafverfolgungsbehörden relevanten Daten aber häufig nicht im Inland, sondern auf Servern im Ausland befinden,⁷ ergeben sich für den Unternehmensverteidiger Besonderheiten, welche auch besondere Verteidigungsmöglichkeiten bereithalten.

I. Grenzen der Online-Durchsuchung

Bei einer Durchsuchung steht der Staatsanwalt bzw. deren Ermittlungspersonen nach § 110 Abs. 1 StPO auch die Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien zu. Die Regelung des § 110 Abs. 3 S. 2 StPO sieht zudem vor, die Durchsicht auch auf Speichermedien zu erstrecken, die von dem durchsuchten Computer aus zwar zugänglich sind, sich aber auf einem räumlich getrennten Speichermedium, wie etwa einem Server des Intra- oder Internets, befinden.⁸

Als problematisch erweist es sich, wenn sich diese Server im (außereuropäischen) Ausland befinden. Befindet sich der Server in einem Land, welches in den Geltungsbereich der sogenannten Cybercrime-Konvention⁹ fällt, darf auf offen zugängliche Informationen zugegriffen werden (Art. 32 Buchst. a). Für den Zugriff auf die meisten Daten werden jedoch Sicherheitsvorkehrungen vorhanden sein, bei denen nur mit Zustimmung des Berechtigten auf die Daten zugegriffen werden darf, Art. 32 Buchst. b.¹⁰ Sofern der Berechtigte (das durchsuchte Unternehmen) nicht zustimmt, wäre ein Rechtshilfeersuchen bzw. ein Herausgabeverlangen nach der E-Evidence-VO erforderlich.¹¹

Ist wiederum unklar, ob die (zugangsgeschützten) Daten auf einem Server im Ausland gespeichert sind, soll ein Zugriff und eine Sichtung „*freilich ohne weiteres*“ erlaubt sein.¹²

II. Die E-Evidence-VO für grenzenlose Beweiserhebung zumindest in den Mitgliedstaaten

Für elektronische Beweismittel, welche auf Servern in den Mitgliedstaaten gespeichert sind, wurde am 12. Juni 2023 die VO (EU) 2023/1543, die sogenannte E-Evidence-VO erlassen. Kern dieser neuen Verordnung ist, dass den Ermittlungsbehörden eines Mitgliedstaats ermöglicht wird, direkt bei einem Diensteanbieter, der in einem anderen Mitglied-

staat niedergelassen oder vertreten ist, den Zugang zu elektronischen Beweismitteln anzufordern.¹³

Es bleibt abzuwarten, ob dieser vereinfachte Prozess die Online-Durchsuchung von Servern im europäischen Ausland, welche von einem Computer im Inland zugänglich sind, ersetzen wird. In jedem Fall kann es unter besonderen Umständen (dazu sogleich) strategisch ratsam sein, statt einer freiwilligen Herausgabe dieser Daten auf die neuen vereinfachten Möglichkeiten hinzuweisen, wie die Verfolgungsbehörden die ausländisch gespeicherten Informationen ohne Mitwirkung des Unternehmens erlangen können.

III. Die Verwertung von Beweisen aus einer rechtswidrigen Online-Durchsuchung

Bei festgestellter Rechtswidrigkeit einer im Ausland durchgeführten Beweiserhebung der dort gespeicherten elektronischen Daten, zum Beispiel unter Missachtung der erforderlichen Rechtshilfe, ist für den Unternehmensverteidiger entscheidend, ob und wann aus der rechtswidrigen Beweiserhebung auch ein Beweisverwertungsverbot folgt. Dem deutschen Strafverfahrensrecht ist der Grundsatz fremd, dass aus jedem Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften auch ein Beweisverwertungsverbot folge.¹⁴ Teilweise wird argumentiert, dass bei einer rechtswidrigen „*transborder search*“ nur in den seltensten Fällen ein Beweisverwertungsverbot angenommen werden könne, nämlich, wenn der fremde Staat der Online-Ermittlung bereits im Vorfeld widersprochen habe.¹⁵

Gegen diese eher praxisferne Ansicht spricht, dass es in der Regel gerade um Fälle geht, in denen der fremde Staat keine Kenntnis von der Online-Durchsuchung hat und daher ein Widerspruch im Vorfeld nicht in Betracht kommt¹⁶.

Die gefestigte, gleichwohl kritikwürdige¹⁷ Rechtsprechung des BGH zu den Beweisverwertungsverboten spricht dafür, ein Verwertungsverbot zumindest im Ausnahmefall eingreifen kann. Nach Auffassung des BGH ist im Rahmen einer

⁴ Schmitt, in: Meyer-Goßner, § 110, Rn. 7a; ebenso Herrman/Soiné, NJW 2011, 2922, 2925.

⁵ Graßie/Hieramente, CB 2019, 191, 193.

⁶ Vgl. hierzu Europäische Kommission, Arbeitspapier, SWD (2018), 118 final, S. 4.

⁷ Vgl. zu dieser Feststellung auch Babucke, wistra 2024, 57.

⁸ Hegmann, in: BeckOK StPO, 50. Ed. 1.1.2024, § 110 Rn. 14.

⁹ Übereinkommen des Europarats über Computerkriminalität vom 23. November 2001.

¹⁰ So auch Gaede, StV 2009, 96, 101.

¹¹ Anders LG Koblenz, NZWiSt 2022, 160, wonach bei Cloud basierten Speicherdiensten ein Ausfindigmachen des (aktuellen) Speicherorts regelmäßig sinnlos sei, sodass ein Zugriff inländischer Ermittler auch auf (mutmaßlich) im Ausland gespeicherte Daten erfolgen kann; ebenso LG Berlin, wistra 2023, 433.

¹² So statt vieler Hegmann, in: BeckOK StPO, 50. Ed. 1.1.2024, § 110 Rn. 16.

¹³ Hierzu insbesondere Babucke, wistra 2024, 57f.

¹⁴ BGHSt 14, 358, 365; BGHSt 38, 214, 219; BGHSt 44, 243, 249.

¹⁵ So Bär, ZIS 2011 53, 59.

¹⁶ Gercke, StraFo 2009, 271.

¹⁷ Vgl. hierzu Neuber, NSTz 2019, 113f.

umfassenden Abwägung der widerstreitenden Interessen auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen¹⁸. Kategorische Antworten verbieten sich demnach zu Lasten der Rechtssicherheit¹⁹. Nach Auffassung des BVerfG ziehen jedenfalls bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße ein Beweisverwertungsverbot nach sich.²⁰

Die darauf beruhende Ansicht, dass bei Unkenntnis des Standorts des durchsuchten Servers jedenfalls kein willkürlicher Verstoß gegen die Beweiserhebungsvorschriften vorliege,²¹ ist jedoch insgesamt abzulehnen. Die Unkenntnis des Serverstandorts spricht gerade dafür, dass dieser sich im Ausland befindet, da sich ein deutscher Server – etwa mittels Traceroute – durchaus ermitteln ließe.²² Gleichwohl kann es für die Verteidigung angezeigt sein, die Beamten auf die Möglichkeit eines ausländischen Serverstandorts hinzuweisen und dies sogar in dem Durchsuchungsprotokoll vermerken zu lassen, um zu dokumentieren, dass der Serverstandort jedenfalls nicht im Inland liegt. Verschließen sich die Ermittlungsbehörden diesem Hinweis, kommt es zumindest eher in Betracht, darin einen willkürlichen Verstoß zu sehen.

E. Die Gretchenfrage: Kooperation oder streitige Verteidigung des Unternehmens?

Auch den Ermittlungsbehörden sind die rechtlichen Herausforderungen bei der „Online-Durchsuchung“ bekannt. Daher haben auch die Ermittlungsbehörden ein gesteigertes Interesse daran, es gar nicht darauf ankommen zu lassen. Einfacher und in der Praxis häufig ist die freiwillige Herausgabe der Daten durch das Unternehmen im Rahmen einer zugesagten Kooperation. Dem Unternehmensverteidiger in einem grenzüberschreitenden Ermittlungsverfahren stellt sich spätestens zu diesem Zeitpunkt die vermeintliche Gretchenfrage: Soll die Verteidigung des beteiligten Unternehmens, welches entweder als Adressat einer Unternehmensgeldbuße (zum Beispiel nach §§ 30, 130 OWiG) oder als Nebenbeteiligter in dem Verfahren agiert, mit den Strafverfolgungsbehörden kooperieren und die Daten freiwillig herausgeben oder „streitig“ verteidigen und die Herausgabe verweigern?

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass die Staatsanwaltschaft schon in der „Stunde Null“, also im Rahmen der laufenden Durchsuchung bei dem Unternehmen, die Frage nach der Kooperationsbereitschaft des Unternehmens und der Herausgabebereitschaft von Daten stellt. Die oftmals überwiegenden Interessen des Unternehmens, frühzeitig auf eine konsensuale Verfahrensbeendigung durch vollumfängliche Kooperation²³ hinzuwirken, müssen bei grenzüberschreitenden Ermittlungsverfahren im Besonderen auf den Prüfstand gestellt und sorgsam abgewogen werden.

Denn jede Verteidigungshandlung (ob streitig oder kooperativ) muss nicht nur hinsichtlich des Für und Wider in Deutschland durchdacht sein, sondern auch auf die Auswirkungen in anderen Jurisdiktionen hin überprüft werden.

I. Kooperation birgt rechtliche Risiken in anderen Jurisdiktionen

In der vorangestellten Konstellation, einer in der Praxis besonders häufig vorkommenden Situation, ist dann besonderes Augenmaß gefordert, wenn mit deutschen Behörden kooperiert wird: Die Kooperation könnte sich nachteilig auf die Rechtsstellung des Mandanten in ausländischen Verfahren auswirken. Bezogen auf die USA ist der Verlust von sog. Legal Privileges von besonderer Bedeutung.

In US-amerikanischen Verfahren kann die Pflicht bestehen, in einem sogenannten pre-trial Discovery Verfahren relevante Dokumente aus der Sphäre des Unternehmens offenzulegen²⁴. Von der Herausgabepflicht ausgenommen und einem Beschlagnahmeschutz unterworfen sind indes Dokumente, die durch ein sogenanntes Legal Privilege geschützt werden, wobei unterschieden wird zwischen dem Attorney Client Privilege und der Work Product Doctrine²⁵.

Das Attorney Client Privilege schützt die zwischen Anwalt und Mandant ausgetauschten Inhalte, also Dokumente und Gespräche.²⁶ Unter den Schutz der Work Product Doctrine fällt das anwaltliche Arbeitsergebnis, das in Erwartung eines Rechtsstreites angefertigt wurde. Hierunter fallen Gutachten, aber auch Aufzeichnungen über Mitarbeiterbefragungen oder Informationen von Dritten, wie etwa Zeugenaussagen.²⁷ Erforderlich ist dabei jedoch, dass es sich bei den Dokumenten nicht um eine bloße Zusammenstellung von Fakten handelt, sondern dass auch die rechtliche Expertise Ausdruck gefunden hat; denn nur diese Work Opinion fällt in den Schutzbereich.²⁸

Die Kenntnis dieser Legal Privileges ist für den deutschen Verteidiger im Rahmen der nationalen Verteidigungsstrategie von besonderer Bedeutung, sofern das zu verteidigende Unternehmen einen USA-Bezug aufweist: Denn bei unvorsichtigem Verhalten, welches als freiwilliger Verzicht auf das Privilege gewertet werden könnte, droht ein Verlust des Schutzes (sog. Legal Privilege Waiver). Der Verlust kann durch bewussten oder unbewussten Verzicht auf das Privilege erfolgen²⁹. Werden geschützte Informationen zwecks Kooperation mit deutschen (!) Behörden offengelegt, kann dies zu einem Verlust des Schutzes in laufenden oder späteren US-amerikanischen Verfahren führen, da das zu verteidigende Unternehmen hierzu nicht verpflichtet war; der Ver-

¹⁸ BGH NJW 1978, 1390; BGH NJW 1964, 1139; BGHSt 38, 214, 219; BGHSt 44, 243, 249

¹⁹ Zu dieser fundamentalen Schwäche der Abwägungslehre nach dem BGH auch Neuber, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, Berlin 2017.

²⁰ BVerfG NJW 2005, 1917, 1923.

²¹ Bär, ZIS 2011 53, 59; ebenso Wicker MMR 2013, 765, 768f.

²² Vgl. hierzu Gercke, StraFo 2009, 271.

²³ Vgl. hierzu statt vieler Trüg, NZWiSt 2022, 106, 109.

²⁴ Michaelis/Krause, CCZ 2020, 343, 344.

²⁵ Michaelis/Krause, aaO.

²⁶ Siehe hierzu die Entscheidung Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981).

²⁷ Insgesamt hierzu Mann, ZVglRWiss 2011, 302, 317.

²⁸ Michaelis/Krause CCZ 2020, 343, 345.

²⁹ Nietsch, CCZ, 2019, 49, 54.

zucht auf die Vertraulichkeit der Information also *freiwillig* erfolgte³⁰. Insbesondere die freiwillige Herausgabe an in- wie ausländische Behörden kann also einen Privilege Waiver zur Folge haben.³¹

Da nur die freiwillige Herausgabe zu einem Verlust führt, müsste gegenüber deutschen Ermittlungsbehörden und Gerichten jede freiwillige Herausgabe abgelehnt werden und möglichst gegen jede Sicherstellung und Beschlagnahme gerichtlich vorgegangen werden. Dieser vermeintliche „Mangel“ an Kooperation könnte zu erheblichen atmosphärischen Kommunikationsproblemen mit den Ermittlungsbehörden führen. Hier bietet sich an, die deutschen Behörden auf die zwingenden Vorgaben der US-amerikanischen Rechtslage hinzuweisen und formal den Weg des Rechtsschutzes zu bestreiten. Aus Sicht des Praktikers scheint es mit Blick auf die USA ausreichend, einer Sicherstellung zu widersprechen und eine gerichtliche Entscheidung bzw. Beschlagnahmeanordnung zu erwirken. Nicht erforderlich dürfte es sein, eine etwaige Beschlagnahmeanordnung zusätzlich im Weg der Beschwerde anzugreifen, wobei keine Präzedenzfälle aus den USA bekannt sind, welche sich mit dieser Frage beschäftigen hätten.

II. Die Bindungswirkung eines Settlement Agreement auf die streitige (Sachverhalts-)Verteidigung

Ebenso wie die Kooperation mit den Behörden im deutschen Ermittlungsverfahren Risiken birgt, kann es dem deutschen Unternehmensverteidiger auch verwehrt sein, für das Unternehmen mit den deutschen Ermittlungsbehörden über Feststellungen bezüglich des Sachverhalts zu „streiten“. In Fällen eines „nachgelagerten“ deutschen Ermittlungsverfahrens kann das verfolgte Unternehmen in den USA bereits ein sogenanntes Settlement Agreement mit dem dortigen Department of Justice geschlossen haben. Dementsprechend ist das Verfahren dort – zumeist gegen Zahlung einer hohen Geldauflage – vorerst beendet. Jedoch kann diese Beendigungswirkung wieder entfallen, wenn dem Settlement Agreement zuwidergehandelt wird. Ein Bestandteil des Settlement Agreements ist in der Regel auch ein sogenanntes Statement of Facts, durch das sich das Unternehmen an die Sachverhaltsdarstellung bindet – auch über die Grenzen der USA hinweg. Im Rahmen der Unternehmensverteidigung in Deutschland sollte der Unternehmensverteidiger es vermeiden, gegenläufige Aussagen zum Statement of Facts zu treffen bzw. in einer Stellungnahme gegen einen beabsichtigten Bußgeldbescheid aktenkundig zu machen.

F. Anrechnung von ausländischen Strafen

Ist es im Ausland bereits zu einer „Strafe“ gegen das Unternehmen gekommen, kann sich dies auf die Verteidigung im inländischen Ermittlungsverfahren auswirken. Denn eine im Ausland verhängte „Strafe“ könnte einer Geldbuße gegen das Unternehmen entgegenstehen oder zumindest dazu führen, dass die ausländische „Strafe“ bei der Höhe der Geldbuße zu berücksichtigen ist.

Nach § 51 Abs. 3 StGB ist eine im Ausland verhängte und vollstreckte Strafe anzurechnen. Bei der Geldstrafe kommt es nicht darauf an, ob diese von der ausländischen Behörde verhängte Strafe ihrem Wesen nach einer Kriminalstrafe oder einer Geldbuße vergleichbar ist.³² Im Falle der Geldbuße für ein Unternehmen nach § 30 OWiG fehlt es an einer entsprechenden Anrechnungsregel wie § 51 Abs. 3 StGB. Jedoch hat auch hier aus Gründen der Billigkeit und des Rechtsstaatsprinzips eine formelle Anrechnung zu erfolgen.³³ Unter Umständen ist von der Verfolgung gänzlich abzusehen und das Verfahren gem. § 47 OWiG einzustellen.³⁴

Der Verteidiger muss daher alle im Ausland verhängten (oder zu verhängenden) Sanktionen im Blick haben. Insbesondere steht einer Anrechnung nicht entgegen, dass im Ausland eine Sanktion wegen eines anderen Delikts verhängt wurde, da für eine Anrechnung ausreichend ist, dass es sich um dieselbe prozessuale Tat handelt.³⁵

G. Fazit

Ein staatenübergreifendes Ermittlungsverfahren stellt den Unternehmensverteidiger vor rechtliche und faktische Herausforderungen. Selbst gängige Prozesshandlungen, wie die freiwillige Herausgabe von Daten und Unterlagen, können sich nachteilig auf die Interessen des Mandanten im Ausland auswirken. Detailkenntnisse der ausländischen Rechtsordnung können von einem deutschen Unternehmensvertreter nicht verlangt werden, die Sensibilität für mögliche Implikationen in anderen Jurisdiktionen sollte im Interesse der Mandanten gleichwohl stets vorhanden sein.

³⁰ Nietsch, CCZ, 2019, 49, 55.

³¹ Michaelis/Krause CCZ 2020, 343, 347.

³² Maier, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. 2020, StGB § 51 Rn. 43.

³³ Mitsch, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, OWiG § 17 Rn. 164.

³⁴ Bohnert, in: Krenberger/Krumm, 7. Aufl. 2020, OWiG § 5 Rn. 50.

³⁵ Maier, in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2020, StGB § 51 Rn. 47.

EINFÜHRUNG UND SCHULUNG

Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Hamburg/
Rechtsanwalt Philip Kroner, Düsseldorf

Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und parallel geführte Wirtschaftsstrafverfahren

I. Einführung

Als Ausschuss des Deutschen Bundestags¹ kann ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss (PUA) zur Untersuchung beinahe beliebiger Sachverhalte mit politischen Bezügen ad-hoc eingesetzt werden.²

Der Zweck eines Untersuchungsausschusses ist dabei in der Regel die Kontrolle der Regierung und der Exekutive durch die Opposition.³ Um diesen Zweck effektiv erfüllen zu können, haben die Väter und Mütter des Grundgesetzes den Untersuchungsausschüssen die schärfsten Waffen des Rechtsstaats an die Hand gegeben: Gemäß Art. 44 Abs. 2 S. 1 GG finden auf die Beweiserhebung der Untersuchungsausschüsse die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß Anwendung.⁴ Zeugen sind etwa verpflichtet, auf Ladung eines PUA zu erscheinen (§ 20 Abs. 1 PUAG) und wahrheitsgemäß⁵ auszusagen. Falschaussagen sind gem. § 162 Abs. 2 StGB i.V.m. § 153 StGB strafbar.⁶ Der PUA kann von Ministerien und Behörden umfangreich Akten anfordern (§ 18 PUAG). Auch von Privaten – insbesondere Unternehmen⁷ – darf der PUA Unterlagen herausverlangen (§ 29 PUAG). Diese Herausgabepflicht kann sogar mittels Durchsuchung und Beschlagnahme durchgesetzt werden (§ 29 Abs. 3 PUAG).

Untersuchungsausschüsse werden gerade auch in Folge großer Wirtschaftskriminalfälle eingesetzt (in jüngerer Vergangenheit z. B. PUA „Wirecard“, PUA „Diesel“, PUA „Cum-Ex Steuergeldaffäre“ in Hamburg, PUA „RBB“ in Brandenburg).⁸

Diese Untersuchungsausschüsse laufen sehr häufig parallel zu staatsanwaltlichen Ermittlungen. Parallel zueinander klären dann der Bundestag bzw. das jeweilige Landesparlament und die Staatsanwaltschaft denselben Sachverhalt mit den Mitteln des Strafprozessrechts auf. Das führt zwangsläufig zu beachtlichen Interdependenzen zwischen den Verfahren,⁹ die Staatsanwälte, Verteidiger, Richter und Abgeordnete kennen und beachten sollten.

II. Der PUA im Überblick

Der PUA ist ein grundgesetzlich vorgesehener parlamentarischer Ausschuss; er ist Teil des Selbstinformationsrechts des Parlaments.¹⁰ Formal handelt es sich bei dem Untersu-

chungsausschussverfahren um eine – bloß – parlamentsinterne Aufklärung. Der PUA ist weder Strafverfolgungsorgan noch Gericht.¹¹ Er spricht kein Recht und am Ende der Untersuchung stehen weder Urteil noch (strafrechtliche) Sanktionen.¹² Stattdessen berichtet der PUA am Ende der Untersuchung seinem „Auftraggeber“, dem Parlament schriftlich und öffentlich (§ 33 PUAG, vgl. dazu nachstehend V.). Dieser Bericht ist für Staatsanwaltschaften und Gerichte nicht bindend (vgl. Art. 44 Abs. 4 S. 2 GG), weder die festgestellten Tatsachen noch die (rechtliche) Würdigung und Beurteilung der festgestellten Tatsachen; näher und zu faktischen Auswirkungen aber nachstehend V.

1. Die Einsetzung des PUA

Das parlamentarische Untersuchungsverfahren beginnt zunächst mit dem Einsetzungsantrag (Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG, § 1 Abs. 1 PUAG), über den sodann der Bundestag zu beschließen hat (§ 1 Abs. 2 PUAG). Nach der Einsetzung konstituiert sich der PUA (§ 8 PUAG). Der Ausschuss setzt sich aus dem Vorsitzenden, seinem Stellvertreter, den weiteren Ausschussmitgliedern sowie ihren Stellvertretern zusammen.¹³ Dabei handelt es sich ausschließlich um Mitglieder des Bundestags.

¹ Gleichsam können in sämtlichen 16 Bundesländern Landesuntersuchungsausschüsse eingesetzt werden, vgl. NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 1; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 3 Rn. 1, 6 ff.; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 46.

² In der Vergangenheit gab es etwa Untersuchungsausschüsse zu politischen Skandalen (z. B. PUA „Parteispenden“, PUA „Klimaschutzstiftung“ in Mecklenburg-Vorpommern), zu Terroranschlägen (z. B. PUA „NSU“ und PUA „Breitscheidplatz“) sowie zu Umweltkatastrophen (z. B. PUA „Flutkatastrophe Ahrtal“ in Rheinland-Pfalz) oder auch zu großen Wirtschaftskriminalfällen (dazu sogleich).

³ Sog. Minderheitsenquete, die auf Antrag eines Viertels der Mitglieder des Deutschen Bundestags verpflichtend einzusetzen ist, Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG bzw. § 1 Abs. 1 PUAG. Ein Untersuchungsausschuss kann auch als sog. Mehrheitsenquete durch einfache Mehrheit eingesetzt werden, vgl. NK-PUAG/Hilf, 1. Aufl. 2024, § 1 Rn. 8 und insgesamt Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 1 Rn. 29 ff.

⁴ Die Reichweite der sinngemäßen Anwendung ist jedoch umstritten, vgl. nur NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 21; Waldhoff/Gärditz/Gärditz, PUAG, 1. Aufl. 2015, Einleitung E Rn. 1 ff. Eingehend Teubner, Untersuchungs- und Eingriffsrechte privatgerichteter Untersuchungsausschüsse, 2009, S. 85 ff.

⁵ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 21; NK-PUAG/Gercke/Lieb, 1. Aufl. 2024, § 25 Rn. 9; Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 19 Rn. 10, § 24 Rn. 9.

⁶ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 21.

⁷ NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 29 Rn. 3; Risse/Oehm, NJW 2021, 1847, 1848.

⁸ Vgl. auch Überblick bei Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 113 f.

⁹ Dazu auch Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 114; Lucke, Strafprozessuale Schutzrechte und parlamentarische Aufklärung in Untersuchungsausschüssen mit strafrechtlich relevantem Verfahrensgegenstand, 2009, S. 50 ff.

¹⁰ NK-PUAG/Hilf, 1. Aufl. 2024, § 1 Rn. 2; Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 3 f.; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 9.

¹¹ Vgl. auch Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 5.

¹² Vgl. auch Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 113.

¹³ NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 4.

Die Ausschussmitglieder geben – als Parlamentarier des Bundestags – mit dem Einsetzungsbeschluss den Rahmen der Untersuchung vor, klären sodann im Rahmen der Beweisaufnahme den Sachverhalt selbst auf und bewerten diesen dann schließlich im Bericht. Zugespitzt formuliert sind sie deshalb in einer Person anklagende, ermittelnde und urteilende Partei(en) des Untersuchungsausschussverfahrens.

Eine juristische Vorbildung, gar juristische Abschlüsse sind keine Voraussetzung, um als Ausschussmitglied eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses tätig zu werden. Jedes gewählte Mitglied des Bundestags kann Mitglied eines PUA sein.

Unterstützt wird der PUA durch das sog. „Ausschussesekretariat“.¹⁴ Hierbei handelt es sich um Mitarbeiter der Bundestagsverwaltung, z.T. aber auch z. B. um Abgeordnete Staatsanwälte, Richter oder wissenschaftliche Mitarbeiter, die den PUA organisatorisch unterstützen und rechtlich beraten. In der Praxis fungiert das Ausschussesekretariat – insbesondere dessen Leiter, der regelmäßig Volljurist ist – als erster Ansprechpartner von Externen (z. B. Zeugen und dessen Beiständen),¹⁵ was in der Praxis aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass Vorsitzender und/oder die Obleute die wichtigsten Entscheidungsträger sind.

2. Die Sitzungen des PUA

Nach der gesetzlichen Konzeption arbeitet der PUA in Sitzungen.¹⁶ Die Beratungssitzungen sind nicht öffentlich (§ 12 PUAG). In ihnen werden die Beweisaufnahme vorbereitet, die erhobenen Beweise ausgewertet sowie der Untersuchungsbericht vorbereitet, diskutiert und beschlossen.¹⁷ Demgegenüber sind die Sitzungen zur Beweisaufnahme grundsätzlich¹⁸ öffentlich (§ 13 Abs. 1 S. 1 PUAG). Anders als im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft werden die Erkenntnisse so im Lichte der Öffentlichkeit gewonnen. Dies gilt auch mit Blick auf Behördenakten und Unterlagen Privater, die der PUA im Zuge der Beweisaufnahme erhält. Nur dann, wenn diese mit einem Geheimhaltungsgrad gem. § 15 Abs. 1 PUAG (z. B. VS-vertraulich i.S.v. § 15 Abs. 3 PUAG i.V.m. § 2 Abs. 1, Abs. 2 Geheimschutzordnung des Bundestags) versehen sind, ist eine öffentliche Behandlung untersagt.¹⁹

3. Die Beweisaufnahme des PUA

Im Zentrum des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens steht die Beweisaufnahme.²⁰ Bevor ein Beweis erhoben wird, muss der PUA die konkrete Beweiserhebung gem. § 17 PUAG beschließen.²¹ Da der PUA kraft Natur der Sache politisch gefärbt ist, folgt die Beweiserhebung nicht (allein) der Sachaufklärung, sondern politischer Logik. Anders als bei der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Aufklärung steht deshalb nicht die Ermittlung der (prozessualen) Wahrheit, sondern die Aufklärung des Sachverhalts unter politischen Gesichtspunkten an vorderster Stelle.²² Dementsprechend ist auch die Auswahl der konkret zu erhebenden Beweise oft an politischen Interessen und nicht in erster Linie an der Ermittlung der Wahrheit ausgerichtet.

Taugliche Beweismittel sind – entsprechend dem Strafverfahren – Zeugen (§§ 20 ff. PUAG), Sachverständige (§ 28 PUAG), der Augenschein (§ 19 PUAG) sowie die Verlesung von Protokollen und Schriftstücken (§ 31 PUAG). Als vorbereitende Ermittlungsmaßnahme²³ kann der PUA Akten bei Behörden anfordern (§ 18 PUAG) und von Privaten Unterlagen herausverlangen (§ 29 PUAG). Ein PUA-spezifisches Instrument zur Vorbereitung der Beweisaufnahme ist der sogenannte „Ermittlungsbeauftragte“ (§ 10 PUAG). Der Ermittlungsbeauftragte kann zu vielfältigen Zwecken, u.a.²⁴ zur Sichtung und Vorauswahl von Beweismitteln, zur Vereinfachung des Geheimnisschutzes bei umfangreichen Dokumentenvorlagen oder auch als Adressat für Hinweisgeber, eingesetzt werden. Er ist jedoch (lediglich) Hilfsorgan²⁵ des PUA; seine Aufgaben und Kompetenzen gehen nicht über diejenigen des PUA hinaus.²⁶

4. Der Abschluss des PUA

Am Ende des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens steht die Berichterstattung des PUA gegenüber dem Bundestag, § 33 PUAG (vgl. dazu nachstehend V.).

5. Informelle Elemente des Untersuchungsausschussverfahrens (politische und mediale Begleitung; „Leaks“)

In der Praxis sind vor allem die informellen Elemente des Untersuchungsausschussverfahrens bedeutsam. An erster Stelle steht hier die (politische) Begleitung des jeweiligen PUA. Schon bevor ein PUA eingesetzt wird, beginnt seine politische Vorbereitung. Dies betrifft die Identifizierung und Positionierung des Themas durch Fraktionen und Abgeordnete,

¹⁴ Auf Landesebene z.T. auch „Arbeitsstab“, „Geschäftsstelle“ oder „Sekretariat“, vgl. NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 4; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 7; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap 9 Rn. 18 ff.

¹⁵ NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 4.

¹⁶ Vgl. NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 12 Rn. 1.

¹⁷ NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 12 Rn. 2; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 238; Waldhoff/Gärditz/Heyer, PUAG, 1. Aufl. 2015, § 12 Rn. 2.

¹⁸ Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist zum Schutz von Individualrechten oder aus Gründen des Staatswohls gem. § 14 Abs. 1 PUAG zulässig, vgl. NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 14 Rn. 1 ff. Die Sitzungen können sogar mit einem Geheimhaltungsgrad versehen werden, § 15 Abs. 1 PUAG. Es gelten dann strenge bzw. strengste Geheimschutzregelungen gem. § 15 Abs. 2 PUAG i.V.m. der Geheimschutzordnung des Bundestags, vgl. NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 15 Rn. 1 ff.

¹⁹ NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 15 Rn. 8.

²⁰ NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 6.

²¹ Hierzu etwa NK-PUAG/Travers/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 17 Rn. 14 ff.; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, § 17 Rn. 1.

²² BGH Beschl. v. 17.08.2010 – 3 ARs 23/10 = BeckRS 2010, 19951, Rn. 28; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 5, 113.

²³ NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 6.

²⁴ Vgl. hierzu überblicksartig NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 10 Rn. 20.

²⁵ NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 10 Rn. 1; Rathje, Der Ermittlungsbeauftragte des parlamentarischen Untersuchungsausschusses, 2004, S. 114.

²⁶ Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, § 10 Rn. 13.

die Sondierung politischer Mehrheiten (bzw. der qualifizierten Minderheit, dazu III.) innerhalb des Parlaments sowie die Entscheidung, den Einsetzungsantrag mit einem bestimmten Zuschnitt zu stellen.²⁷ Auch das dann eingeleitete formelle Untersuchungsausschussverfahren wird politisch begleitet. Dies betrifft die Auswahl der Zeugen und die Reihenfolge ihrer Vernehmung²⁸ wie die Entscheidung, von welchen Behörden und Ministerien (sowie Unternehmen) welche Akten (und Unterlagen) angefordert werden. Schließlich wird auch der Abschlussbericht selbst politisch begleitet; Sondervoten der Oppositionsfractionen sind zulässig (§ 33 Abs. 2 PUAG) und üblich.²⁹

Die politische Begleitung wäre fruchtlos, wenn das Untersuchungsausschussverfahren – sowohl das formelle als auch das soeben skizzierte informelle – nicht auch medial begleitet würde. Schon in der Phase, bevor der Einsetzungsantrag gestellt wird, findet regelmäßig bereits eine mediale Berichterstattung mit Blick auf die (vorgebliche) Notwendigkeit der Einsetzung eines PUA zu dem jeweiligen Thema statt, auf die Fraktionen und Parteien versuchen Einfluss zu nehmen. Auch das formelle Untersuchungsausschussverfahren selbst wird heute medial und vor allem sozialmedial begleitet. Dies betrifft vor allem PUAe, die parallel zu Wirtschaftsstrafverfahren laufen. So berichtete etwa das ManagerMagazin per Liveticker über die öffentlichen Sitzungen zur Beweisaufnahme im PUA „Wirecard“.³⁰

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Kontext die wiederkehrend auftretenden „Leaks“. Hierbei handelt es sich um die bewusste und zielgerichtete Weitergabe vertraulicher und dem Geheimnisschutz unterliegenden Informationen aus der Sphäre des Untersuchungsausschusses an Außenstehende, insbesondere Journalisten, mit dem Ziel, diese Informationen (aus politischen Motiven) in die Öffentlichkeit zu tragen.³¹ Obwohl diese Weitergabe von Informationen oder Dokumenten, die mit einem Geheimhaltungsgrad versehen sind, strafbar ist,³² sind „Leaks“ eine ständige Begleiterscheinung parlamentarischer Untersuchungsausschussverfahren. Zu groß sind offenbar die Verlockungen eines politischen Erfolgs bei gleichzeitig sehr geringem Entdeckungs-, und (erfolgreichem) Strafverfolgungsrisiko. Dies betrifft auch Leaks aus Ermittlungsakten, die der PUA von Staatsanwaltschaften oder Gerichten erhalten hat. Um dem Risiko von Leaks vorzubeugen, empfiehlt es sich für Rechtsbeistände, frühzeitig auf Einwände gegen die Gewährung von Akteneinsicht an den PUA bzw. auf die Einhaltung strengster Geheimschutzmaßnahmen hinzuweisen (vgl. nachstehend IV. 3.).

III. Die Einsetzung

Die wichtigste Weichenstellung für jeden PUA ist der Einsetzungsbeschluss (Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG, § 1 Abs. 2 PUAG³³). Er erteilt dem PUA seinen Untersuchungsauftrag und ermöglicht seine Konstituierung. Mit ihm legt das Parlament – meist mit den Stimmen der qualifizierten Minderheit aus einem Viertel der Abgeordneten – fest, was der PUA untersuchen soll.

Gleichzeitig bestimmt es mit seinem Einsetzungsbeschluss, was nicht zum Untersuchungsgegenstand gehört. Nicht umfasste Themen dürfen zwingend nicht untersucht werden, keine Unterlagen hierzu angefordert (vgl. § 18 Abs. 1 PUAG) oder Zeugen befragt werden (vgl. § 24 Abs. 1 PUAG). Gleichzeitig hat der PUA keine rechtliche Möglichkeit, seinen Untersuchungsauftrag eigenständig zu erweitern.³⁴ Er wäre hierfür auf eine Anpassung oder Neufassung des Einsetzungsbeschluss durch das Parlament angewiesen. Das macht den Einsetzungsbeschluss entscheidend. Details und Auslegungseinheiten sind bereits vor Einsetzung zwischen den Parlamentsfraktionen umstritten.

Das Parlament kann allerdings einen PUA nicht mit einem beliebigen Auftrag einsetzen. Die beauftragte Untersuchung muss sich gem. § 1 Abs. 3 PUAG im Rahmen der verfassungsmäßigen Zuständigkeit des Bundestags halten. Sachverhalte, die hingegen in den Kompetenzbereich der Länder fallen, können auf Bundesebene nicht tauglicher Untersuchungsgegenstand eines PUA sein.³⁵ Die Frage, wo die Grenze verläuft und welche Anknüpfungspunkte es aus Bundessicht braucht, um Geschehen auf Landesebene im Bundestag zu untersuchen, ist für die Einsetzung eines PUA zu der Hamburger Warburg Bank und Cum-Ex³⁶ seit Monaten höchst umstritten. Die Beteiligung der Warburg Bank an Cum-Ex Geschäften, die Rückforderung von zu Unrecht erstatteten Kapitalertragssteuern und damit verbundene Vorwürfe gegen Hamburger Finanzbehörden sind bereits Gegenstand eines PUA der Hamburger Bürgerschaft.³⁷ In der Sachverständigen-Anhörung im Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Bundestags gab es wiederholt verfassungsrechtliche Kritik an dem Einsetzungsantrag.³⁸

²⁷ Vgl. NK-PUAG/Schwerdtfeger/Kroner, 1. Aufl. 2024, Einleitung Rn. 8.

²⁸ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 3.

²⁹ Vgl. dazu NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 22.

³⁰ Vgl. NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 2 und zum Streit über die Zulässigkeit solcher Live-Berichte NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 13 Rn. 30 ff.

³¹ NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 15 Rn. 56.

³² Etwa gem. § 353b Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 StGB bzw. § 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StGB, vgl. NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 15 Rn. 59 ff.

³³ Für PUA der einzelnen Landtage bestehen entsprechende landesrechtliche Regelungen.

³⁴ NK-PUAG/Hilf, 1. Aufl. 2024, § 1 Rn. 2, 54; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 37 ff.

³⁵ NK-PUAG/Hilf, 1. Aufl. 2024, § 1 Rn. 2, 54; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 37 ff.

³⁶ BT-Drs. 20/6420.

³⁷ Vgl. zur Einsetzung des PUA „Cum-Ex Steuergeldaffäre“ LT-Drs. 22/1762 und LT-Drs. 22/1924.

³⁸ Für die Rechtswidrigkeit vgl. nur von Achenbach, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung zur beantragten Einsetzung eines Untersuchungsausschusses zum Komplex Warburg/Cum Ex, 20. Juni 2023, S. 2 ff.; Brockner, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags, 21. Juni 2023, S. 9; Zur anderen Auffassung vgl. Glauben, Schriftliche Stellungnahme zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Antrags der CDU/CSU-Fraktion und namentlich benannter Abgeordneter der Fraktion zur Einsetzung des 2. Untersuchungsausschusses der 20. Wahlperiode (BT-Drs. 20/6420), 21. Juni 2023, S. 12 ff.

Denn dieser ist darauf gerichtet, Vorgänge mit engem Bezug zu der hamburgischen Regierung und Verwaltung (zusätzlich) im Bundestag zu untersuchen. In der Folge hat der Bundestag den Antrag der CDU/CSU-Bundestagsfraktion auf Einsetzung des PUA abgelehnt, da er – nach Auffassung der Parlamentsmehrheit – im Kern ausschließlich landesbezogene Sachverhalte untersuchen würde.³⁹ Ob es bei dieser Entscheidung bleibt, ist allerdings bereits in der aktuellen Legislatur, ohne neue Mehrheitsverhältnisse und unabhängig von Parlamentsmehrheiten offen. Denn die CDU/CSU-Fraktion befasst das BVerfG mit der Ablehnung und wird dem Gericht die Gelegenheit geben, aktuelle Fragen zur Reichweite des § 1 Abs. 3 PUAG und der Zuständigkeit des Bundestags anhand des abgelehnten Einsetzungsantrags zu klären.

Mit Blick auf Wirtschaftsstrafverfahren ist eine andere Grenze für Untersuchungen aus § 1 Abs. 3 PUAG noch wichtiger als die Beschränkung auf Bundespolitik: Ein PUA darf keine privaten Unternehmen oder Individualpersonen zum Mittelpunkt seiner Untersuchung machen.⁴⁰ Denn die Untersuchungen eines PUA dienen der Kontrolle staatlicher (und gerade nicht privater) Akteure.⁴¹ Daher sind Untersuchungen, die in den privaten Bereich hineinwirken (d.h. privatgerichtet sind), nach der Rechtsprechung des BGH nur zulässig, soweit sie nicht ausschließlich den privaten Bereich betreffen (unmittelbare Privatgerichtetheit) und soweit an der durchzuführenden Untersuchung ein öffentliches Interesse besteht.⁴² Ganz ohne Einbeziehung von privaten Bereichen muss eine Untersuchung nicht geführt werden: Der Bundestag darf Private in den Untersuchungsauftrag einbeziehen, sofern dies nur mittelbar geschieht, um staatliches Verhalten zu überprüfen. Die auf Grundlage des Einsetzungsbeschlusses erfolgende Durchführung von Beweisaufnahmen (wie das Herausgabeverlangen von Unterlagen oder die Vernehmung von Zeugen) ist dann nur soweit zulässig, wie sie zur Klärung staatlichen Verhaltens erforderlich und notwendig ist.⁴³ Der PUA muss Zurückhaltung gegenüber Privaten wahren und vorrangig Erkenntnisquellen bei staatlichen Akteuren ausschöpfen.⁴⁴

Unabhängig von dem Inhalt der Einsetzung und dem Untersuchungsgegenstand eines PUA sind die Rollen klar verteilt: Ein PUA dient der Kontrolle der Regierung; der aktuellen oder im Sinne einer nachträglichen Kontrolle der vorherigen Regierung. Dadurch steht für Regierungs- und Oppositionsfractionen meistens schon fest, wer wem (politische) Verantwortung zuweisen und entsprechend tiefgehend investigieren möchte. Für die die Untersuchung abschließende Berichterstattung (dazu nachstehend V.) kann bei Beginn der Untersuchung daher ebenfalls regelmäßig vorausgesehen wird, wer darin wem die Verantwortung zuweisen wird. Für die „untersuchte“ Fraktion, die an einer anderen Bewertung interessiert ist, bestehen zwei Möglichkeiten: Die Kritik in dieser konfrontativen Situation zurückweisen oder – wie ein Ventil – jemand Drittes in die Untersuchung einbeziehen, der (ebenfalls) Verantwortung trage.

IV. Die Beweisaufnahme

Für seine Untersuchung stehen jedem PUA weitreichende Befugnisse zur Verfügung. Er kann sich von staatlichen und von privaten Akteuren Beweismittel, insbesondere Unterlagen, vorlegen lassen und – typischerweise auf Grundlage der Erkenntnisse daraus – Zeugen vernehmen. Kooperation ist verpflichtend und dem PUA stehen strafprozessuale Zwangsmittel zur Verfügung, um seine Rechte im Konfliktfall durchzusetzen.⁴⁵ Weigern sich Private, einem Herausgabeverlangen nach § 29 Abs. 1 PUAG nachzukommen, kann der PUA beim Ermittlungsrichter des BGH eine Durchsuchung beantragen, § 29 Abs. 3 S. 1 PUAG.⁴⁶

1. Die Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln

Die Herausgabepflicht ist zwar dadurch begrenzt, dass die Gegenstände für die Untersuchung von Bedeutung, also untersuchungsrelevant sein müssen. In der Praxis führt das jedoch trotzdem häufig dazu, dass Unternehmen zu einer Herausgabe einer Fülle an Unterlagen und Informationen verpflichtet sind oder zumindest dazu aufgefordert werden; unter Drohung der Beantragung einer Durchsuchung.⁴⁷ Damit ein Vorlageverlangen nicht die Grenzen des Beweisbeschlusses überschreitet und tief in Betriebs-, Geschäfts- oder Privatgeheimnisse eindringt, spricht viel dafür, dem Betroffenen ein Vorprüfungsrecht einzuräumen.⁴⁸ Damit würde vor allem dem Umstand Rechnung getragen, dass PUA nicht (rein) privatgerichtet sein dürfen.⁴⁹ Gerichtlich erprobt ist ein solches Verfahren bisher nicht.

2. Die Vernehmung von Zeugen

Neben dem Herausgabeverlangen und den Durchsuchungen kann der PUA gem. § 20 PUAG auch Zeugen laden und vernehmen. Auch wenn Strafverfahren und Vernehmungen vor dem PUA gleichermaßen auf Grundsätzen des Strafprozessrechts fußen, bestehen bei der Durchführung von Zeugen-

³⁹ Zur Kritik vgl. nur Geerlings/Ataoğlu, NVwZ 2023, 1558.

⁴⁰ Teubner, Untersuchungs- und Eingriffsrechte privatgerichteter Untersuchungsausschüsse, 2009, 8; Glauben, NVwZ 2015, 1023.

⁴¹ Teubner, Untersuchungs- und Eingriffsrechte privatgerichteter Untersuchungsausschüsse, 2009, 8; Glauben, NVwZ 2015, 1023.

⁴² BGH, Beschluss vom 7.2.2017 – 1 BGs 74/17, NJW 2017, 1405.

⁴³ BGH, Beschluss vom 7.2.2017 – 1 BGs 74/17, NJW 2017, 1405, 1406 unter Verweis auf Teubner, Untersuchungs- und Eingriffsrechte privatgerichteter Untersuchungsausschüsse, 2009, 17.

⁴⁴ Zu den Kriterien der Notwendigkeit und Erforderlichkeit bei Herausgabeverlangen gegenüber Privaten nach § 29 PUAG vgl. NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 29 Rn. 6.

⁴⁵ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 21 Rn. 1; Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 19 Rn. 3.

⁴⁶ Vgl. Waldhoff/Gärditz/Georgii, PUAG, 1. Aufl. 2015, § 29 Rn. 42; ausführlich hierzu Teubner, Untersuchungs- und Eingriffsrechte privatgerichteter Untersuchungsausschüsse, 2009, 359 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu BGH, Beschluss vom 7.2.2017 – 1 BGs 74/17, NJW 2017, 1405.

⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich NK-PUAG/Schwerdtfeger, 1. Aufl. 2024, § 29 Rn. 5, 8 ff.

⁴⁹ Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 5 Rn. 129.

vernehmungen erhebliche Unterschiede.⁵⁰ Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Befragung nicht, wie im Strafverfahren, durch einen unabhängigen Richter oder eine vergleichbare Instanz erfolgt, sondern von den Mitgliedern des PUA durchgeführt wird.⁵¹ Nicht nur sind Fragen daher regelmäßig politisch motiviert. Sie verlassen entgegen § 25 PUAG auch häufig den eigentlichen Untersuchungsgegenstand, sind suggestiv oder fragen nach Hypothesen oder Wertungen.⁵² Im Strafverfahren und PUA gleichermaßen unzulässig, sind solche Fragen in Zeugenvernehmungen im Parlament dennoch üblich. Zudem nutzen Abgeordnete ihr Fragerecht teilweise für eigene Statements, was von der auf eine Tatsachenermittlung ausgerichtete Befragung wegführt. Insgesamt besteht ein qualitativ hinter dem Strafverfahren zurückbleibender Schutz von Zeugen im PUA.⁵³

Ein weiteres Problemfeld beim Zeugenschutz liegt darin, dass Zeugen nicht als „Beschuldigte“ oder „Betroffene“ der Untersuchungen vernommen werden.⁵⁴ Häufig ist es jedoch so, dass sie durch ihre Befragung zu ihrem eigenen Fehlverhalten faktisch in die Rolle des Beschuldigten oder Betroffenen gelangen.⁵⁵ Das ist besonders dann problematisch, wenn vor dem PUA geladene Zeugen gleichzeitig Beschuldigte in einem laufenden Strafverfahren sind oder es werden können, wie zuletzt z. B. einzelne Betroffene des PUA „Wirecard“. Zwar steht den so Betroffenen gem. 22 Abs. 2 PUAG ein Aussageverweigerungsrecht zu und schützt sie so vor einer Selbstbelastung. Dennoch kommt es vor, dass Zeugen auch bei Ausübung ihres Auskunftsverweigerungsrechts über einen erheblichen Zeitraum vernommen und dadurch öffentlich vorgeführt werden.⁵⁶

Im Zusammenhang mit dem PUA „Wirecard“ wurde auch das Zeugnisverweigerungsrecht von Berufsgeheimnistägern – hier eines Wirtschaftsprüfers – gemäß § 22 Abs. 1 PUAG iVm. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 3b StPO relevant.⁵⁷ Denn das grundsätzlich bestehende Zeugnisverweigerungsrecht kann dann wegfallen, wenn der Berufsgeheimnisträger von der dazu berechtigten Person von seiner Schweigepflicht entbunden wird. In diesem Zusammenhang hat der PUA Rechtsgeschichte geschrieben; erstmals musste der BGH⁵⁸ über die Anforderungen an die Entbindung eines Wirtschaftsprüfers von der Schweigepflicht nach Insolvenz des zu untersuchenden Unternehmens entscheiden.⁵⁹ Nach Auffassung des BGH ist der relevante Zeitpunkt für die Berechtigung zur Entbindung von der Schweigepflicht eines Berufsträgers der Zeitpunkt der Aussage vor dem PUA.⁶⁰ Bei Insolvenz eines Unternehmens liegt die Berechtigung zur Entbindung von der Schweigepflicht demnach allein beim Insolvenzverwalter; auf die zusätzliche Entbindung durch die früheren Organe kommt es nicht an.⁶¹ Damit ist nun auch der seit Jahren zwischen den Land- und Oberlandesgerichten herrschende Streit über den relevanten Zeitpunkt geklärt.

Wegen der fordernden Situation für Zeugen in einem PUA ist es für diese besonders ratsam, einen Zeugenbeistand hinzuzuziehen. Das gilt sowohl für die Beratung im Vorfeld der Aussage als auch während der Vernehmung vor dem PUA.

Das Recht einen Zeugenbeistand heranzuziehen, folgt aus § 20 Abs. 2 PUAG und ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf ein faires Verfahren umfassend anerkannt⁶². Der Zeugenbeistand dient dabei als Ausgleich für den geringeren Zeugenschutz und soll die Waffengleichheit bei der Vernehmung sicherstellen.⁶³ Weiterhin entfalteten Zeugenvernehmungen vor einem PUA – je nach Untersuchungsgegenstand – eine breite Öffentlichkeitswirkung durch mediale Berichterstattung, können von Ermittlungsbehörden aufmerksam verfolgt oder in Form der stenografischen Protokolle nachträglich buchstabengetreu nachvollzogen werden. Angesichts streitiger Fragen um den Umfang des Untersuchungsgegenstands, möglicher Diskussionen über Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrechte und die Art, Fragen zu stellen, ist der Zeugenbeistand im PUA regelmäßig sogar noch wichtiger als in Strafverfahren.⁶⁴

3. Einsicht in die Ermittlungsakten durch den PUA

Läuft parallel zu einem PUA ein (Wirtschafts-)Strafverfahren, wird der PUA regelmäßig die strafrechtlichen Ermittlungsakten bei der Staatsanwaltschaft bzw. dem Gericht beiziehen wollen. Die Ermittlungsakten beinhalten – dies liegt auf der Hand – Information, die für den PUA und seine Untersuchung sehr wertvoll sein können (z. B. Protokolle von Zeugenvernehmungen, Erkenntnisse aus Durchsuchungen oder Rechtsmittelverkündigungen, Auswertungen von TKÜ etc.).

Die Befugnis des PUA zur Anforderung der Akten ergibt sich aus § 18 Abs. 1 S. 4 PUAG. Das Aktenvorlagerecht ist essenzieller Bestandteil des parlamentarischen Untersuchungs-

⁵⁰ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 5; ausführlich Plöd, Die Stellung des Zeugen in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages, 2003, S. 124 ff.

⁵¹ OVG Berlin, Beschl. v. 27.8.2001 – 2 S 5/01 = BeckRS 2001, 22593.

⁵² Plöd, Die Stellung des Zeugen in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages, 2003, S. 179 f.

⁵³ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 5ff.

⁵⁴ Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 23, Rn. 1 ff.

⁵⁵ Plöd, Die Stellung des Zeugen in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages, 2003, S. 166, sieht Zeugen vor dem PUA manchmal auf der „Anklagebank“.

⁵⁶ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 22, Rn. 35, 42.

⁵⁷ BT-Drs. 19/30900, 133.

⁵⁸ Der Bundesgerichtshof ist gem. § 36 Abs. 1 PUAG grundsätzlich zuständiges Gericht für Streitigkeiten nach dem PUAG, vgl. NK-PUAG/Schomburg, 1. Aufl. 2024, § 36 Rn. 12 ff.

⁵⁹ Zu verbleibenden Fragen nach der BGH-Entscheidung NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 20 Rn. 24 f.

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – StB 44/20 = BeckRS 2021, 1734, Rn. 16.

⁶¹ BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – StB 44/20 = BeckRS 2021, 1734, Rn. 25.

⁶² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.10.1974 – 2 BvR 747/73 u.a. = BeckRS 1974, 104415; s.a. Der Zeugenbeistand im Untersuchungsausschuss, Kurzinformation des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 12.05.2021, S. 1, WD-3-089-21-pdf-data.pdf (bundestag.de), zuletzt abgerufen am 14.12.2023.

⁶³ Vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 27.08.2001 – 2 S 5/01 = BeckRS 2001, 22593.

⁶⁴ NK-PUAG/Kämpfer/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 22, Rn. 52.

rechts.⁶⁵ Staatsanwaltschaft und Gericht sind deshalb grundsätzlich verpflichtet, den Aktenanforderungen nachzukommen und Akteneinsicht zu gewähren; die Erforderlichkeit der Akteneinsicht für die Zwecke der parlamentarischen Untersuchung hat die ersuchte Stelle (hier: Staatsanwaltschaft bzw. Gericht) deshalb nicht zu prüfen.⁶⁶ Die strafprozessuale Rechtsgrundlage zur Gewährung der Akteneinsicht ist § 474 Abs. 1 StPO (für Bundes-PUA) und § 474 Abs. 6 StPO (für Landes-PUA).⁶⁷

Trotz dieser grundsätzlichen Vorlagepflicht stehen Staatsanwaltschaft und Gericht (Teil-)Versagungs- und Zurückbehaltungsrechte gegenüber dem PUA zu.⁶⁸ Die Akteneinsicht ist zu versagen, wenn sich in den zu übermittelnden Akten keine Tatsachen befinden, die mit dem Untersuchungsauftrag des PUA in Zusammenhang stehen.⁶⁹ Ferner können Staatsanwaltschaft und Gericht die Akteneinsicht (zeitlich) zurückstellen, wenn durch die Gewährung der Akteneinsicht an den PUA der Untersuchungszweck gefährdet werden würde (§ 479 Abs. 1 StPO).⁷⁰ Auch die Verwendungsbeschränkung des § 479 Abs. 2 S. 2 StPO ist als Versagungsgrund relevant. Danach dürfen Erkenntnisse aus spezifischen Ermittlungsmaßnahmen, die nur bei bestimmten Straftaten ergriffen werden dürfen (z. B. TKÜ-Maßnahmen gem. § 100a StPO bei schweren Straftaten), nur in den besonderen Fällen des § 479 Abs. 2 S. 2 StPO weitergegeben werden. Die Weitergabe an einen PUA ist dort nicht als besonderer Fall erfasst und damit nicht zulässig.⁷¹

Ebenso kann die Akte zurückbehalten werden, wenn durch die Weitergabe von Informationen an den PUA Grundrechte Dritter betroffen werden. Dies ist insbesondere mit Blick auf Privat- sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse relevant.⁷² Bis der PUA entsprechende Geheimchutzmaßnahmen gem. § 15 PUAG zusichert, haben Staatsanwaltschaft und Gericht – gerade zum Schutz des Drittbetroffenen – die Akte zurückzubehalten.⁷³ So kann das Risiko von Leaks aus der Sphäre des PUA minimiert werden (vgl. dazu vorstehend II. 5.).

Im Vorfeld der Entscheidung, ob der Aktenanforderung des PUA entsprochen wird, haben Staatsanwaltschaft bzw. Gericht dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren.⁷⁴ Gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, einem PUA Akteneinsicht zu gewähren, steht dem Betroffenen Rechtsschutz gem. §§ 23 ff. EGGVG zu.⁷⁵

V. Die Berichterstattung

Das Untersuchungsausschussverfahren findet mit der Berichterstattung gem. § 33 PUAG seinen Abschluss. Im gesetzlich vorgesehenen Normalfall berichtet der PUA dem Bundestag mit einem schriftlichen Abschlussbericht (§ 33 Abs. 1 PUAG).⁷⁶ Der Bericht gliedert sich in drei Teile; einen Verfahrens- einen Feststellungs- und einen Bewertungsteil.⁷⁷

1. Der (Abschluss-)Bericht

Formal zielt der Bericht darauf ab, den Bundestag – als Auftraggeber – über das Verfahren und dessen Ergebnisse zu informieren.⁷⁸ Deshalb ist der Abschlussbericht formal betrachtet ein parlamentsinterner Vorgang. Er ist kein „Urteil“, sondern ein (bloßer) Bericht. Er enthält deshalb keine vollziehbare oder vollstreckbare Anordnung. Sanktionen können mit ihm nicht ausgesprochen werden. Konzeptionell vorgesehen ist, dass er ggf. eine politische, aber keine rechtliche Schuldzuweisung vornimmt. Dennoch ist zu beobachten, dass Untersuchungsausschüsse (gerade in Wirtschaftskriminalfällen) trotzdem (straf-)rechtliche Bewertungen des ermittelten Sachverhalts abgeben.⁷⁹ Dies beeinflusst die (medien)öffentliche Meinung und kann ggf. auch Staatsanwaltschaften und Gerichte, die (unabhängig vom PUA) über den Fall zu entscheiden haben, beeinflussen.

Der Bericht wird als Bundestagsdrucksache veröffentlicht. Anders als (Straf-)Urteile sind die Berichte unmittelbar mit Veröffentlichung als Bundestagsdrucksache vollumfänglich

⁶⁵ OLG Stuttgart Beschl. v. 15.11.2012 – 4a Vas 3/12 = BeckRS 2013, 1988; Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 337; vgl. auch BVerwG Beschl. v. 27.01.2023 – 6 VR 2/22 Rn. 27 f.

⁶⁶ OLG Stuttgart Beschl. v. 15.11.2021 – 4a Vas 3/12 = BeckRS 2013, 1988; Grzeszick, DÖV 2022, 433, 437; Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 337.

⁶⁷ Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 337.

⁶⁸ Eingehend: Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 337 f.; vgl. auch Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 17 Rn. 15 ff. und 19 ff.

⁶⁹ OLG Stuttgart Beschl. v. 15.11.2012 – 4a Vas 3/12 = BeckRS 2013, 1988; Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 338. Vgl. auch BVerwG Beschl. v. 27.01.2023 – 6 VR 2/22 = BeckRS 2023, 1635 Rn. 29.

⁷⁰ OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 29.07.2020 – 5-2 StE 1/20 – 5 a – 3/20 = BeckRS 2020, 34134 Rn. 5; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 9 Rn. 14; Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 338; Grzeszick, DÖV 2022, 433, 440.

⁷¹ Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 338.

⁷² Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 338.

⁷³ Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 338; NK-PUAG/Travers/Kroner, 1. Aufl. 2024, § 18 Rn. 45; Waldhoff/Gärditz/Gärditz, PUAG, 1. Aufl. 2015, § 18 Rn. 36; Zurückhaltend jedoch Grzeszick, DÖV 2022, 433, 439.

⁷⁴ Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 338 f.; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 613 f.

⁷⁵ OLG Stuttgart Beschl. v. 15.11.2012 – 4a Vas 3/12 = BeckRS 2013, 1988; Meyer-Lohkamp/Schwerdtfeger, NStZ 2023, 336, 339 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. zu Sachstands- und Zwischenberichten NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 26, 30.

⁷⁷ NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 12; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 947; Waldhoff/Gärditz/Heyer, PUAG, 1. Aufl. 2015, § 33 Rn. 33 f.

⁷⁸ NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 5; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 945; Glauben/Brockner/Glauben, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, § 33 Rn. 3.

⁷⁹ So spricht etwa der PUA „Wirecard“ im Bewertungsteil seines Abschlussberichts in Bezug auf das Management und den Aufsichtsrat von Wirecard von einem „Bilanzbetrug“ und davon, dass eine vorgebliche „Einzeltätertheorie“ nicht haltbar sei, vgl. BT-Drs. 19/30900, S. 1608.

einsehbar. Zeugen, Betroffene, Unternehmen, Behörden, Dritte etc. werden, anders als in Urteilen, meistens sämtlich mit Klarnamen genannt. Es liegt auf der Hand, dass damit – sofern der PUA wie dargelegt auch eine (straf)rechtliche Einwertung vornimmt – eine (mediale) Vorverurteilung von Personen einhergeht.

Zwar kommt den Berichten des PUA keine Feststellungs- und Bindungswirkung zu.⁸⁰ Gerichte dürfen deshalb die Feststellungen eines PUA nicht übernehmen bzw. sich diese nicht zu eigen machen (Art. 44 Abs. 4 S. 2 GG). Dementsprechend haben sie den Sachverhalt nach den eigenen Beweisregelungen festzustellen.⁸¹ Allerdings können Staatsanwaltschaften und Gerichte Einsicht in die Wortprotokolle der Zeugenvernehmungen nehmen.⁸² Die dortigen Aussagen können den Zeugen in parallelen (Wirtschafts-)Strafverfahren vorgehalten werden, zumal sie gegenüber dem PUA unter strafbewehrter Wahrheitspflicht standen. Ein umfassendes „Akteneinsichtsrecht“ besteht jedoch auch für Staatsanwaltschaften und Gerichte nicht.⁸³

Bemerkenswert ist, dass der Abschlussbericht (der ihm zugrundeliegende Beschluss) der richterlichen Überprüfung entzogen ist (Art. 44 Abs. 4 S. 1 GG). Wenn auch Umfang und Reichweite – insbesondere mit Blick auf Private – umstritten sind,⁸⁴ gibt es für Betroffene keinen effektiven Rechtsschutz, um die Feststellungen und Bewertungen des PUA im Abschlussbericht gerichtlich überprüfen zu lassen.

2. Rechtliches Gehör

Umso wichtiger ist es für Zeugen, Behörden oder Unternehmen, die im Fokus der Ermittlung eines PUA stehen, frühzeitig auf die Meinungsbildung innerhalb des PUA Einfluss zu nehmen, um sicherzustellen, dass dem PUA bei der Ermittlung des Sachverhalts keine entscheidenden Tatsachen entgehen und diese Tatsachen richtig bewertet werden.

Formal kann dies während der Beweisaufnahme im Rahmen einer Zeugenvernehmung oder in Beantwortung der Aktenanforderungen (§ 18 PUAG) oder Herausgabebefehle (§ 29 PUAG) erfolgen. Ferner steht (natürlichen und juristischen⁸⁵) Personen, aber nicht Behörden, Ministerien etc.,⁸⁶ die durch den Abschlussbericht erheblich⁸⁷ in ihren Rechten beeinträchtigt werden, vor Abschluss des Untersuchungsverfahrens rechtliches Gehör zu (§ 32 Abs. 1 PUAG). Konkret sollen diesen die sie betreffenden Passagen des Abschlussberichts zur Stellungnahme vorab zur Verfügung gestellt werden.⁸⁸

Informell kann auch mittels einer unaufgefordert übermittelten Stellungnahme Dritter auf die Meinungsbildung Einfluss genommen werden (wobei kein Anspruch darauf besteht, dass die so übermittelte Stellungnahme vom PUA berücksichtigt wird).

VI. Fazit

Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und parallel geführte Wirtschaftsstrafverfahren haben große Interdependenzen – mit erheblichen Konsequenzen für die Betroffenen. Auch ohne die Einräumung eines Betroffenenstatus im PUAG, sind Unternehmen und Individualpersonen in Wirtschaftsstrafverfahren regelmäßig doppelt betroffen und parallelen Untersuchungen ausgesetzt: Es bleibt nicht beim Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft. Stattdessen findet im Fokus der Öffentlichkeit eine weitere Untersuchung statt, die (fast) dieselben strafprozessualen Möglichkeiten kennt, ohne sich immer an dieselben strafprozessualen Regeln zu halten. Statt nur um Wahrheitserforschung geht es in der parlamentarischen Untersuchung vielmehr um politische Wahrheiten und Bewertungen. Noch bevor im Ermittlungsverfahren oder gar im strafgerichtlichen Verfahren eine Entscheidung über Schuld und Unschuld getroffen ist, hat sich der PUA und mit ihm die Öffentlichkeit eine Meinung gebildet; wiederholt zum Schaden der Betroffenen. Daher ist es umso wichtiger, dass das wichtige Mittel der parlamentarischen Untersuchung zurückhaltend eingesetzt wird, wo immer es in den privaten Bereich hineinreicht. Zugleich sind (private) Betroffene gut beraten, sich rechtzeitig auf die Dynamik in einem Untersuchungsausschuss einzustellen. Denn auf den nächsten sog. Wirtschaftsskandal wird gewiss auch der nächste Untersuchungsausschuss folgen.

⁸⁰ Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 959; NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 40; Waldhoff/Gärditz/Heyer, PUAG, 1. Aufl. 2015, § 33 Rn. 59.

⁸¹ Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 959. Einschränkend NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 40 und Waldhoff/Gärditz/Heyer, PUAG, 1. Aufl. 2015, § 33 Rn. 59.

⁸² Vgl. hierzu und zu den Grenzen dieses Einsichtsrechts NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 11 Rn. 24, 29, 31; Peters, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 114.

⁸³ Vgl. hierzu NK-PUAG/Wagner, 1. Aufl. 2024, § 11 Rn. 31; Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 9 Rn. 22 ff.

⁸⁴ Vgl. Glauben/Brockner/Brockner, Hdb. UA, 4. Aufl. 2024, Kap. 29 Rn. 19 ff.; NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 33 Rn. 33 ff.

⁸⁵ NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 32 Rn. 12, str. jedoch für Staatsbedienstete, vgl. NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 32 Rn. 13.

⁸⁶ NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 32 Rn. 14.

⁸⁷ Sog. „qualifizierte Beeinträchtigung“, vgl. NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 32 Rn. 15 ff.

⁸⁸ NK-PUAG/Uwer/Ohrloff, 1. Aufl. 2024, § 32 Rn. 21.

Rechtsanwalt Dr. Daniel Klösel/
Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion/
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Dr. Thilo Mahnhold, Frankfurt am Main

Die Verfasser widmen sich aktuellen Themen und Dauerbrennern bei der Beratung von Unternehmen zur HR Compliance, die eine nicht zu unterschätzende bußgeld- und/oder strafrechtliche Komponente aufweisen und vor dem Hintergrund der Haftungsvermeidung beleuchtet werden. Der vorliegende Beitrag fasst Teil 2 und 3 der dreiteiligen WisteV Lunch Lecture Vortragsreihe - Contractor Compliance - zusammen.

Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 2)

Betriebsratsvergütung im Compliance-Fokus - Zum Reformbedarf nach VW, BGH und Gesetzesentwurf

I. Einführung

Betriebsratsvergütung als Compliance-Thema ist in aller Munde. Nachrichten zu überhöhter Betriebsratsvergütung, Schmiergeldzahlungen bis hin zu sog. „Lustreisen“ für Betriebsratsmitglieder sorgten in der Vergangenheit bereits für Schlagzeilen. Anfang letzten Jahres 2023 sorgte dann ein Urteil des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGH)¹ für weitere Unruhe, denn es war insbesondere unklar, ob hier in restriktiver Weise von den in der Praxis bekannten Leitlinien des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Angemessenheit von Betriebsratsvergütungen abgewichen wird. Die Folge: Personalmanager vieler Unternehmen überprüften ihre Vergütungsmodelle, zahlreiche Anpassungen wurden umgesetzt², einige Versuche zur Kürzung von Betriebsratsgehältern durch die Arbeitsgerichte aber auch wieder einkassiert³. Vor diesem Hintergrund reagierte der Gesetzgeber dann verhältnismäßig schnell: Zunächst hat die Bundesregierung eine Kommission zur Erarbeitung von konkreten Vorschlägen für die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern eingesetzt, kurz darauf hat das Bundeskabinett ein Gesetz zur Vergütung von Betriebsräten beschlossen und das Gesetz auf den Weg gebracht. Grund genug für einen kurzen Überblick aus Sicht der Vergütungs-Compliance und dem damit einhergehenden Reformbedarf.

II. Rechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen für die Überprüfung der Grenzen einer zulässigen Betriebsratsvergütung bestehen zum einen strafrechtlich im Untreuetatbestand des § 266 StGB, zum anderen betriebsverfassungsrechtlich im Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot gemäß § 78 S. 2 BetrVG.

1. Strafrechtlich: Untreue, § 266 StGB

Eine überhöhte Betriebsratsvergütung stellt in strafrechtlicher Hinsicht eine Untreue gem. § 266 StGB dar, wenn die Vergütung unter Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten erfolgt. Solche können sich beispielsweise aus §§ 76, 93, 116 AktG, § 43 GmbHG, aus Prokura und aus sonstigen vermögensschützenden Vorschriften, Satzungsbestimmungen, vertraglichen Verpflichtungen dem Deutscher Corporate Governance Kodex oder Entsprechenserklärungen ergeben. In seiner Entscheidung vom 10.1.2023 stellte der 6. Strafsenat des BGH fest, dass die Vermögensbetreuungspflicht verletzt wird,

„wenn einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) verstößt. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nichtig (§ 134 BGB...). Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1 AktG normierten und auch der Prokura eigenen äußersten Grenzen (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen.“⁴

2. Betriebsverfassungsrechtlich: Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot, § 78 S. 2 BetrVG

Den Anknüpfungspunkt bildet insoweit das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot nach § 78 S. 2 BetrVG. Hier heißt es wie folgt:

„Sie [die Mitglieder des Betriebsrats] dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung.“

Die Benachteiligungskomponente bewirkt, dass Betriebsratsmitglieder bspw. nicht wegen ihrer Tätigkeit falsch in einer zu niedrigen Gehaltsstufe eingruppiert werden dürfen oder von der allgemeinen Tarifentwicklung ausgeschlossen werden. Umgekehrt soll das Begünstigungsverbot verhindern, dass Betriebsratsmitglieder bspw. hochdotierte Aufhebungsver-

¹ BGH Urt. v. 10.01.2023 - 6 StR 133/22.

² Zu Audi und EnbW vgl. u.a. Stuttgarter Zeitung v. 18.10.2023, Süd deutsche Zeitung v. 14.06.2023.

³ Quelle: rnd v. 18.10.2023: „Betriebsräte holen sich ihr Gehalt zurück“.

⁴ BGH, Urt. vom 10.01.2023 - 6 StR 133/22, Rn. 20 BeckRS 2023, 143; zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe: BGH, Urt. vom 21.12.2005 - 3 StR 470/04 (LG Düsseldorf) Mannesmann; BGH, Urt. vom 17.09.2009 - 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148 (LG Braunschweig Urt. v. 22.02.2008 - 6 KLS 20/07) VW; BGH, Urt. vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 (LG Nürnberg-Fürth) [obiter dictum] Siemens/AUB; BGH, Urt. vom 10.10.2012 - 2 StR 591/11 (LG Bonn) Telekom Spitzelfäre; BGH, Urt. vom 20.06.2018 - 4 StR 561/17 (LG Essen)

träge erhalten⁵ oder auch „Special Benefits“ im Zusammenhang mit Restrukturierungen (zusätzliche Abfindungen, keine Caps etc.). Auch überzogene Sachleistungen, wie es z. B. im Einzelfall ein Dienstwagen zum auch privaten Gebrauch sein kann, sollen hierdurch vermieden werden⁶. Auf etwaige „Gegenleistungen“ für den Arbeitgeber oder die Höhe der „Überzahlung“ kommt es indes nicht an.

3. Betriebsverfassungsrechtlich: § 37 Abs. 4 BetrVG

Einen weiteren Anknüpfungspunkt bildet daneben die Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG, wonach das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers. Das Betriebsratsmitglied soll also grundsätzlich das gleiche Gehalt erhalten, das es verdienen würde, wenn es das Betriebsratsamt nicht übernommen und daher eine andere berufliche Entwicklung unabhängig von der Betriebsratsstätigkeit genommen hätte⁷.

III. Laufende Entgeltentwicklung im Compliance-Fokus

Vor diesem gesetzlichen Hintergrund war zuletzt ein wenig Unruhe aufgekommen betreffend die Frage angemessener Maßstäbe zur Bestimmung der laufenden Vergütung von Betriebsratsmitgliedern. Dies sei im Einzelnen wie folgt nachgezeichnet:

1. Ständige Rspr. BAG

Das BAG beschäftigte sich zuletzt u.a. mit Urteilen vom 22. Februar 2020⁸ und 20. Januar 2021⁹ mit der Frage der Angemessenheit der Betriebsratsvergütung, und dabei insbesondere mit der hypothetischen Gehaltsentwicklung von Betriebsratsmitgliedern. Nach Ansicht des BAG setzt die Zahlung einer höheren Vergütung voraus, dass der Betriebsrat lediglich in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist. Darüber hinaus gehende Vergütungsansprüche verstoßen hingegen gegen das Begünstigungsverbot. Vergütungsansprüche aus § 611a Abs. 2 BGB, § 78 S. 2 BetrVG gemäß einer hypothetischen individuellen Sonderkarriere bleiben dabei nach Ansicht des BAG möglich. Ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds im Hinblick auf eine hypothetische Gehaltsentwicklung setzt allerdings voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied des Betriebsrats inzwischen mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde¹⁰.

2. BGH, Urte. vom 10.1.2023 – 6 StR 133/22

Der 6. Strafsenat des BGH hat sich in seinem Urteil vom 10.01.2023¹¹ mit den strafrechtlichen Aspekten der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern beschäftigt und sich hierbei auch mit den Kriterien für einen Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG auseinandergesetzt. Zentral hierbei ist u.E. folgende Passage, wonach die Norm – gleich im Eingangssatz in Abgrenzung zum BAG – verbieten soll,

„auf die hypothetische Gehaltsentwicklung (...) einer Sonderkarriere abzustellen. Vergleichbar ist nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt hat und dafür in gleicher Weise wie der Betriebsrat fachlich und persönlich qualifiziert war. Üblich ist eine Entwicklung, wenn die überwiegende Anzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine solche typischerweise bei normaler betrieblicher und personeller Entwicklung genommen hat (...) nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht hat. Die Zahlung einer höheren Vergütung setzt voraus, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist (BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 30). Darüber hinaus gehende Vergütungserhöhungen verstoßen gegen das Begünstigungsverbot.“¹²

Klar ist insoweit, es ist mit Blick auf das Betriebsratsmitglied bei Amtsübernahme eine Vergleichsgruppe zu bilden. Einfache Begründungen allein mit Blick auf vermeintliche individuelle Sonderwege bleiben insoweit außer Betracht. Unklar bleibt indes, ob diese Vergleichsgruppe die absolute Referenz bildet [vgl. im Folgenden Lesart Alt. 2] oder aber eine individuelle Sonderkarriere abweichend zu dieser Gruppe in begründeten Fällen möglich bleibt [vgl. im Folgenden Lesart Alt. 1].¹³ Insoweit ist der Fokus auf den letzten Satz zu richten, der im Grundsatz beide Lesarten ermöglicht:

„Die Zahlung einer höheren Vergütung [Alt. 1: als jene dieser Vergleichsgruppe] setzt voraus, dass der Betriebsrat nur in Folge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position [Alt. 2: wie diese vergleichbaren Arbeitnehmer?] aufgestiegen ist (BAG 22.1.2020 – 7 AZR 222/19, NZA 2020, 594 Rn. 30).“¹⁴

Der gesamte Argumentationszusammenhang spricht eher für die restriktivere Alternative zwei, die Bezugnahme zum BAG dagegen für die weniger enge Alternative eins.¹⁵

⁵ vgl. BAG Urte. v. 21.3.2018 (7 AZR 590/16)

⁶ weitere Beispiele bei Fitting BetrVG., 23. Aufl. 2023, § 78 Rn. 22

⁷ ausführlich hierzu Fitting BetrVG a.a.O., § 37 Rn. 116 ff.

⁸ BAG Urte. v. 22.1.2020 (7 AZR 222/1)

⁹ BAG Urte. v. 20.1.2021 (7 AZR 52/20)

¹⁰ Siehe insbesondere BAG Urte. v. 20.1.2021 a.a.O. Rn. 28 ff.

¹¹ BGH Urte. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22.

¹² BGH Urte. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 303.

¹³ Kritik: Annuß, Im Gestrüpp der Betriebsratsvergütung, NZA 2022, 247 ff.

¹⁴ BGH Urte. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 303.

¹⁵ BGH v. 10.1.2023 a.a.O. Rn. 22 mit Verweis auf BAG v. 22.1.2020 (7 AZR 222/19), v. 21.02.2018 (7 AZR 496/16), 18.01.2017 (7 AZR 205/15).

Kurzum: Die Rechtsprechung des 6. Strafsenats BGH lässt sich als Kritik an der Praxis verstehen, zum Teil auch recht abenteuerliche individuelle Sonderkarrieren zu entwerfen, um bestimmte Vergütungsmuster zu rechtfertigen.¹⁶ Unabhängig von der konkreten Lesart des BGH ist der Begründungsaufwand zur Rechtfertigung von individuellen Vergütungsmodellen jedenfalls höher, eine gewisse objektive (Betriebs-)Üblichkeit der alternativen beruflichen Entwicklung wird man hier einpreisen müssen.¹⁷

Außerdem ist die vorliegende Entscheidung ein Gradmesser für die Abgrenzung von Tatbestands- und Rechtsirrtum. Der 6. Strafsenat hob das Urteil mit dem Hinweis für das neue Tatgericht auf, man werde eingehend zu prüfen haben,

„ob es sich bei einer etwaigen Fehlvorstellung der Angeklagten zur Rechtmäßigkeit ihres Handelns um einen Irrtum über tatsächliche Umstände (§ 16 StGB) oder einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) handelt (vgl. BGH 14.7.2021 – 6 StR 282/20, NStZ 2022, 109 Rn. 40 = NZWiSt 2022, 26; 17.9.2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148 Rn. 47 = NJW 2010, 92; 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 Rn. 85 = NJW 2006, 522). Gegebenenfalls wird zu bedenken sein, dass ausreichende Unrechtseinsicht hat, wer bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH 24.3.2021 – 6 StR 240/20, BGHSt 66, 76 Rn. 33 = NStZ 2021, 549; 21.7.1999 – 2 StR 24/99, BGHSt 45, 148 Rn. 18 = NJW 1999, 3568; 7.3.1996 – 4 StR 742/95, NJW 1996, 1604 = NStZ 1996, 338). Das gilt insbesondere, wenn dem Handelnden bewusst war, dass er sich in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte (vgl. BGH 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BeckRS 2008, 6865 Rn. 41).“¹⁸

In dem Zusammenhang stellt der 6. Strafsenat im Wege des Verweises auf andere Entscheidungen der Strafsenate nicht nur auf die besonderen Erkundigungs- und Prüfungspflichten ab, sondern auch auf die Eignung eingeholter rechtsanwaltlicher Beratung (Gutachten), die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums im Sinne des § 17 StGB zu begründen.¹⁹

3. Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“

Vor dem Hintergrund verbleibender Unklarheiten hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 12. Juli 2023 die Kommission „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ ins Leben gerufen, die bereits am 29. September 2023 ihre Vorschläge zu Änderungen des BetrVG unterbreitet und auch weiteren Vertretern der Bundesregierung sowie dem BDA und DGB vorgestellt hat. In Kürze zusammengefasst:

Hier geht es insbesondere um zwei Vorschriften. Zum einen **§ 37 Abs. 4 BetrVG S. 3-5 neu:**

„Die Vergleichbarkeit bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts, soweit nicht ein sachlicher Grund eine spätere Neubestimmung verlangt (...).“

Zum anderen **§ 78 S. 3 BetrVG neu:**

„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt (...) nicht vor, wenn das Mitglied (...) die (...) erforderlichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

Bereits der Wortlaut macht deutlich, dass diese Vorschläge der neu in das BetrVG einzufügenden Sätze eine plausible und nachvollziehbare Eingruppierung im Hinblick auf eine konkrete betriebliche Stelle bezwecken. Hierbei stehen folgende Eckpunkte im Vordergrund:

- Nicht: „auf Augenhöhe verhandelt“: Vermieden werden soll das gern genutzte (Schein-)Argument, die Parteien hätten „auf Augenhöhe verhandelt“, woraus auch besondere Fähigkeiten und Kenntnisse abzuleiten seien.
- Hypothetische Sonderkarriere: Eine hypothetische Sonderkarriere bleibt in (sachlichen) Grenzen möglich. Sie kommt aber nur dann in Betracht, wenn eine Bewerbung wegen Freistellung (i) erfolglos geblieben oder (ii) unterblieben ist und ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre; dies bildet gewissermaßen das „Herzstück“ mit verobjektivierbaren Kriterien einschließlich eines entsprechenden objektiven Begründungsaufwands
- Durch Amtstätigkeit erworbene Kenntnisse: Kenntnisse, welche der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit als Betriebsrat erworben hat, sind relevant. Sie sollen zur Beurteilung der hypothetischen Karriere zu berücksichtigen sein.
- Änderungsvertrag: Die Neubestimmung des Arbeitsvertrags infolge des beruflichen Aufstiegs muss durch einen Änderungsvertrag dokumentiert sein.
- Betriebsvereinbarungsoffenheit: Schließlich sollen Regelungen zur Vergütung betriebsvereinbarungsoffen sein.

4. Gesetzesentwurf

Der in der Folge durch das Bundeskabinett eingebrachte Gesetzesentwurf deckt sich mit Vorschlag der Kommission. Das nun von der Bundesregierung beschlossene „Zweite Gesetz zur

¹⁶ Kritisch: Wewetzer, Betriebsverfassungsrechtliche Irrwege des BGH, RdA 2023, 250 ff.; Brand/Strauß, Betriebsratsvergütungen vor den Schranken des Strafrechts, NJW 2023, 1024 ff.; Jacobs/Krell, Überhöhte Betriebsratsvergütungen: Karlsruher Usurpation oder doch „nur“ Tabula rasa?, RdA 2023, 193 ff.;

¹⁷ Dazu auch Thüsing, Die hypothetische Karrierebetrachtung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds, NZA 2022, 831, in Ergänzung / Anm. zu Schrader/Klagges/Siegel/Lipski, NZA 2022, 456 ff.

¹⁸ BGH Ur. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 304.

¹⁹ BGH Ur. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22 mit Verweis auf das Senatsurteil vom 14.07.2021 – 6 StR 282/20 in Rn. 38 und auf BGH, Ur. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07 in Rn. 39; zum Thema: Kindhäuser, JUS 2019, 953 ff.; unverändert aktuelle Einordnung von Gaede, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers – eine Chimäre?, Zugleich ein Beitrag zur angemessenen Einordnung präventiv erstatteter Gutachten, HRRS 2013, 449 ff.-

Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes“ (BetrVG)²⁰ deckt sich fast wortgleich mit den Vorschlägen, die diese Kommission ausgearbeitet hatte. Zwei Paragraphen werden danach um einige Sätze ergänzt.

- Zum einen werden dem § 37 Absatz 4 BetrVG folgende Sätze angefügt: „Zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer nach Satz 1 ist auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen, soweit nicht ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung vorliegt. Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln. Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer solchen Betriebsvereinbarung kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden; gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.“
- Zum anderen wird § 78 BetrVG um einen Satz 3 ergänzt. Dieser lautet: „Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Entgelt nicht vor, wenn das Mitglied der in Satz 1 genannten Vertretungen in seiner Person die für deren Gewährung erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

Der Wortlaut enthält erkennbar einige unbestimmte Rechtsbegriffe und ist für sich nicht sehr aufschlussreich, jedenfalls was präzise Grenzziehungen angeht. Unabhängig von weiteren Detailfragen bspw. zur Berücksichtigung durch Amtstätigkeit erworbener Kenntnisse ist die Stoßrichtung allerdings klar (das zeigen nicht zuletzt die ergänzenden Entwurfsunterlagen): Es bedarf objektiver sachlicher Kriterien, allein das gern genutzte (Schein-)Argument, die Parteien hätten „auf Augenhöhe verhandelt“, woraus auch besondere Fähigkeiten und Kenntnisse abzuleiten seien, verfängt nicht. Dagegen bleiben hypothetische Sonderkarrieren in (sachlichen) Grenzen möglich, und zwar mit einschließlicher eines entsprechenden objektiven und sachlichen Begründungsaufwands. Zudem sind Lösungen durch Betriebsvereinbarungen angestrebt und privilegiert.

IV. Vergütungs-Compliance

Unter dem Gesichtspunkt der Vergütungs-Compliance ist Handlungsbedarf angezeigt, sowohl mit Blick auf die Zukunft als auch die Vergangenheit. Beides mit jeweils unterschiedlichen (arbeits-)rechtlichen Hürden.

1. Korrektur der Vergütung für die Zukunft

Sollte Anpassungsbedarf festgestellt werden, kommen gleichwohl arbeitsrechtliche Grenzen schnell ins Spiel. So ist beispielsweise VW mit den durch die BGH-Entscheidung ausgelösten Versuchen einer Vergütungskorrektur zu Lasten der Betriebsratsmitglieder bislang vor den Arbeitsgerichten weithin unterlegen²¹. Hier kommt es allerdings stets auf den Einzelfall an. Als rechtliche Grundlage für eine

Vergütungskorrektur kommt § 78 BetrVG in Betracht, denn zu hohe Vergütungen sind nichtig gemäß § 134 BGB i.V.m. § 78 BetrVG. Ebenfalls kommt innerhalb von Tarifgruppen eine korrigierende Umgruppierung in Betracht. Und auch betriebliche Vereinbarungen, die § 37 Abs. 4 BetrVG konkretisieren, sind zulässig. So können derartige Vereinbarungen getroffen werden, um vergleichbare Arbeitnehmer innerhalb von § 34 Abs. 4 BetrVG und § 78 S. 2 BetrVG zu ermitteln.²²

2. Korrektur der Vergütung für die Vergangenheit

Als Rechtsgrundlagen für eine Korrektur der Vergütung für die Vergangenheit kommen insbesondere bereicherungsrechtliche Ansprüche nach §§ 812 ff. BGB in Betracht. Unabhängig von Verjährung und Ausschlussfristen – hierzu dürften Kenntnismomente im Einzelfall ebenfalls umstritten sein – sehen sich Unternehmen hier aber auch einer Vielzahl von gesetzlichen Einwendungen aus dem Bereicherungsrecht konfrontiert. Die wichtigsten einmal zusammengefasst:

Dem Anspruch aus § 817 S. 1 BGB und § 812 Abs. 1 Satz 11. Var BGB kann § 817 S. 2 BGB entgegengehalten werden. Nach dieser Vorschrift ist eine Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls Sittenwidrigkeit vorzuwerfen ist. Allerdings hielt das BAG in einem Urteil v. 8.11.2017 § 817 S. 2 BGB wegen Schutzzweckwidrigkeit nicht für anwendbar²³. Ferner kann § 814 BGB entgegengehalten werden. Nach dieser Vorschrift kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Allerdings ist Rechtsgedanke des BAG zu § 817 S. 2 BGB möglicherweise übertragbar und § 814 BGB dann wegen Schutzzweckwidrigkeit unanwendbar²⁴.

Der Rückforderung lässt sich u.U. auch der Einwand der Entreicherung entgegenhalten. Dieser Einwand greift aber jedenfalls bei positiver Kenntnis des Betriebsratsmitglieds vom Fehlen eines Rechtsgrundes nicht. Kennt nämlich der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre, § 819 Abs. 1 BGB.

Kurzum: Hier ist noch einiges im Fluss, ob am Ende eine Rückforderung erfolgreich ist. Unter Gesichtspunkten der Compliance dürfte es allerdings das Gebot der Stunde sein, Rückforderungen zumindest ernsthaft zu prüfen und den Weg entsprechend zu beschreiten.

²⁰ BT-Drs. 20/9469 v. 27.11.2023, 1. Durchgang, <https://dip.bundestag.de/vorgang/zweites-gesetz-zur-%C3%A4nderung-des-betriebsverfassungsgesetzes/305382>

²¹ z. B. ArbG Braunschweig Ur. v. 5.7.2023 (3 Ca 138/23 und 3 Ca 132/23); siehe auch ArbG Hannover, Ur. v. 17.10.2023 - 12 CA 272/23; <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vw-betriebsrat-verguetung-bgh-straftsenat-bag-rechtsprechung-kommission>.

²² vgl. BAG Ur. v. 18.1.2017 (7 AZR 205/15).

²³ BAG Ur. v. 8.11.2017 (5 AZR 11/17).

²⁴ So Giese/Schomburg, NJW 2022, 1415, (1417).

V. Fazit & Ausblick

Betriebsratsvergütung ist Teil der Vergütungs-Compliance, das dürften die Ereignisse des letzten Jahres eindrucksvoll belegt haben. Wesentliche Unklarheiten nach dem Urteil des BGH Anfang 2023 sind nunmehr ausgeräumt, Unschärfen und Graubereiche verbleiben indes auch mit Blick auf den Gesetzesentwurf. Klar dürfte insoweit sein, dass jedenfalls einfache (Schein-)Begründungen mit Blick auf vermeintliche individuelle Sonderkarrieren – bspw. allein wegen jahrelanger Verhandlungen „auf Augenhöhe“ – keine belastbaren Begründungsmuster (mehr) liefern und zu einem Untreuevorwurf führen können. Ganz im Gegenteil bedarf es jedenfalls einer gewissen verobjektivierbaren (betriebs-)üblichen Entwicklungen als belastbare Referenz; exorbitant hohe Gehälter wie in jenem der BGH Entscheidung zugrundeliegenden Fall weit im Bereich der Vergütungsstruktur für leitende Angestellte dürften somit allgemein nicht mehr ernsthaft zu rechtfertigen sein.

Vor dem Hintergrund ist grundsätzlicher Reformbedarf angezeigt, es wird im Einzelfall zu klären sein, ob entsprechende Ansätze bestehen und wie tragfähig sich diese erweisen. Sollte unter dem Stichwort der Vergütungs-Compliance konkreter Reformbedarf identifiziert werden, sind notwendige Anpassungen allerdings auch mit Blick auf ihre arbeitsrechtliche Umsetzung zu prüfen; hier wird es zu einigen praktischen Grenzziehungen kommen. Angesichts der bislang nicht abschließend geklärten arbeitsrechtlichen Fragen zur Zulässigkeit von Anpassungen und Rückforderungen stehen die Weichen – einen möglichen strafrechtlichen Untreuevorwurf immer berücksichtigend – indes auf Durchsetzung und einem Austesten dieser Grenzen; und dies einschließend allerlei begründeter Vorsicht bei prozessleitenden Maßnahmen wie Prozessvergleichen usw.

Letztlich darf nicht ausgeblendet werden, dass eine Vergütungs-Compliance nicht nur das Thema der laufenden Betriebsratsvergütung betrifft. Die Beispiele zu Beginn zeigen, dass oftmals auch punktuelle Leistungen wie bspw. Abfindungszahlungen mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Begünstigungsverbot kollidieren und damit auch strafrechtsrelevant werden können. Hierfür gibt es mit Blick auf die genannte Rechtsprechung und Gesetzgebung zwar nichts akut Neues, gleichwohl ist davon auszugehen, dass im Fahrwasser dieser neuen Aufmerksamkeit für das Thema Betriebsratsvergütung auch derartige Praktiken zunehmend in den Compliance-Fokus geraten.

Wirtschaftsstrafrecht an der Schnittstelle zur HR Compliance (Teil 3)

Contractor Compliance – Neues zu Scheinselbstständigkeit und illegaler Arbeitnehmerüberlassung

I. Einführung

Contractor Compliance ist neben AGG-relevanten Themen im Zuge der MeToo-Bewegung sicherlich das Compliance-Thema, das in den letzten Jahren – abseits von den klassischen Compliance Feldern wie etwa der Kartell- oder Korruptionsbekämpfung – am stärksten an Bedeutung gewonnen hat. Die Gründe zweierlei: Tatsächlich die „neue“ Arbeitswelt (Arbeiten 4.0), in der das „alte“ Normalarbeitsverhältnis zunehmend durch neue Beschäftigungsformen verdrängt wird, die zum Teil in neuartigen Netzwerken aufgehen, in denen starre und hierarchische Kommunikationsformen der „alten“ Arbeitswelt einer neuen digitalen Plattformökonomie weichen – vielfältige Erwerbsformen in der IT-Branche sind sicher ein bekanntes Beispiel. Dagegen das „alte“ rechtliche Risikoportfolio für den Fall einer Statusverfehlung, die zu einer „Scheinselbstständigkeit“ und/oder „illegalen Arbeitnehmerüberlassung“ führen kann, verbunden mit erheblichen Konsequenzen für Unternehmen und handelnde Akteure: Strafbarkeit gem. § 266a StGB, Ordnungswidrigkeiten, Nachentrichten von Sozialversicherungsbeiträgen, um nur einige zu nennen. Dies alles flankiert durch jüngste Entwicklungen wie der Einführung des § 611a BGB zum Arbeitnehmerbegriff, neuen Erscheinungsformen wie Crowdfunding, Vermeidungsstrategien wie der „Ein-Mann-GmbH“ bis hin zu einer nahezu revolutionären Entscheidung des BGH in Strafsachen zu Vorsatzfragen rechtfertigen eine kurze Re-Orientierung.

II. Fremdpersonaleinsatz & rechtliches Umfeld

Zur Einführung noch einmal ein schneller Überblick über das Phänomen Fremdpersonaleinsatz und das rechtliche Umfeld.

1. Das Thema Fremdpersonal in der Praxis

Beginnend mit einem kurzen Blick auf neuere Statistiken, die die praktische Bedeutung des Phänomens Fremdpersonaleinsatz schnell klarmacht: Ende der 1990er Jahre betrug der Anteil der Selbständigen an der erwerbstätigen Bevölkerung etwa 10%, stieg dann zu Beginn des neuen Jahrtausends auf etwa 11% an und nahm in den vergangenen Jahren wieder leicht ab, beträgt aber noch immer 8,4% im Jahre 2020. Der Anteil der Solo-Selbständigen, d.h. Selbständige ohne eigene Mitarbeiter, entwickelte sich ähnlich und rangierte zwischen etwa 4,6% und 6,3% der erwerbstätigen Bevölkerung. Nur am Rande: Etwa die Hälfte der Selbständigen hat heutzutage einen Hochschulabschluss oder eine Meisterausbildung. Mit knapp 35% ist der größte Anteil der Selbständigen im

Bereich Beratung und Management tätig, gefolgt von knapp 29% im Bereich Entwicklung und etwa 11% im Bereich IT-Infrastruktur¹.

2. Rechtsfolgen und Kriterien einer Statusverfehlung

Und genau hier – das zeigt die Praxis – lauern einige Risiken einer Statusverfehlung; die wesentlichen Rechtsfolgen in Kürze: Hier sind zunächst die arbeitsrechtlichen Folgen einer Umdeutung der Werk- und Dienstverträge in Arbeitsverträge – ggf. auch aufgrund einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung (§§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG) – zu nennen, in Folge dessen die betroffenen Scheinselbstständigen bzw. die illegal Überlassenen den Status regulärer Arbeitnehmer einschließlich Kündigungsschutz und allen sonstigen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften einklagen können. Eine sog. illegale Arbeitnehmerüberlassung stellt zudem eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und 1a AÜG) und darüber hinaus – und hier kann es im Einzelfall richtig ernst werden – hat insbesondere die unterbliebene Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge auch eine strafrechtliche Dimension (§ 266a StGB) sowie führt zudem zu erheblichen Haftungsrisiken nicht nur für die betroffenen Unternehmen (§ 28d SGB IV), sondern auch die verantwortlichen Personen (§ 823 BGB i.V.m. § 266a StGB). Abhängig von der Größe des Unternehmens sowie der Anzahl und Dauer der scheinselbstständigen Beschäftigungen können diese Risiken im Einzelfall sogar existenzgefährdend sein; ergänzende Registereinträge (Gewerbszentralregister, Wettbewerbsregister u.a.) sind hier nur ergänzend zu nennen.

Der sog. Statusfrage kommt somit erhebliche Bedeutung zu. Problematisch indes, dass diese durch eine wertende Gesamtbetrachtung geprägt ist, die viele weiche und wenig trennscharfe Kriterien in die Abwägung einstellt und die verschiedenen beteiligten Rechtsgebiete zudem verschiedene Akzente in der Schwerpunktsetzung der einzelnen Kriterien legen. Hieran hat auch die Einführung des § 611a Abs. 1 BGB, der eine Legaldefinition des Begriffs des Arbeitsvertrags enthält, nichts geändert. Ein kurzer Blick auf den Wortlaut macht dies bereits deutlich:

„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Zusammengefasst: Fragen der betrieblichen Eingliederung und Weisungsabhängigkeit bleiben zentral, die vorgenannte Norm gibt den Weg vor, die Kasuistik ist mittlerweile umfassend und gibt entsprechende Orientierung, auch wenn vor allem bei neuen Erscheinungsformen nicht immer einheitlich, und dies sowohl innerhalb der einzelnen beteiligten Rechtsgebiete als auch rechtsgebietsübergreifend.

III. Wichtige Einzelfälle

Kurzum: erhebliche Herausforderungen für die Compliance-Praxis. Soweit diese vor allem die neuesten Entwicklungen und einem hiervon möglicherweise ausgehenden Reformbedarf im Blick behalten muss, nachfolgend ein kurzer Überblick.

1. GmbH-Geschäftsführer

Beginnend mit dem GmbH-Geschäftsführer, denn hier legt die Sozialgerichtsrechtsprechung mittlerweile strenge Maßstäbe an. Eine „Schön-Wetter-Selbständigkeit“, die sich daraus ableitet, dass dem Betroffenen in harmonischen Zeiten freie Hand gelassen wird, während im Falle von familiären Zerwürfnissen Weisungsunterworfenheit zum Tragen kommt, wird nicht (mehr) anerkannt. Es ist vielmehr eine echte, durch Gesellschaftsrecht vermittelte Rechtsmacht zur Weisungsfreiheit erforderlich (=Mehrheit oder qualifizierte Sperrminorität).²

2. „Ein-Mann-GmbH“

Die gleiche Stoßrichtung zu einem beliebten Modell zur Vermeidung von Scheinselbständigkeit. Hierzu hatte sich in der Vergangenheit vor allem die sog. Ein-Mann-GmbH entwickelt, in deren Hülle ein Externer seine Dienste für den Auftraggeber erbrachte. Dem hat das Bundessozialgericht (BSG) nun weitgehend einen Riegel vorgeschoben³. Das BSG führt aus:

„Stellt sich die Tätigkeit einer natürlichen Person nach deren tatsächlichem Gesamtbild als abhängige Beschäftigung dar, ist ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht deshalb ausgeschlossen, weil Verträge nur zwischen dem Auftraggeber und einer Kapitalgesellschaft bestehen, deren alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter die natürliche Person ist.“

Es kommt damit weiterhin, und zwar auch bei der Ein-Mann-GmbH, auf die wertende Gesamtbetrachtung an, bei der insbesondere die Frage der Weisungsabhängigkeit und die Einbindung in die betrieblichen Abläufe relevant sind.

3. Vergütungshöhe als „hartes“ Kriterium

Zur Vergütungshöhe als vergleichsweise hartem und verlässlichem Kriterium hatte das BSG noch in seiner Entscheidung zu „Heilpädagogen“ im Jahre 2017 festgehalten:

„Liegt das vereinbarte Honorar wie hier deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es die Eigenversorgung zu, ist dies jedoch ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.“⁴

¹ Quelle: Freelancer Kompass 2018.

² Vgl. BSG vom 14.3.2018 – B 12 R 5/16 R, BSG bereits BSG vom 19.8.2015 – B 12 KR 9/14; BSG vom 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R; BSG vom 29.6.2016 – B 12 R 5/14 R.

³ BSG Urt. v. 20.7.2023 – B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 und B 12 BA 4/22 R; anders noch LSG Hessen v. 18.11.2021 – L 1 BA 25/21.

⁴ BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15.

Der Vorteil eines solchen Ansatzes beim Einsatz freier Mitarbeiter war selbstredend, dass die Praxis hiermit ein hartes und nachprüfbares Kriterium an der Hand hatte, das im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung gegen eine abhängige Beschäftigung angeführt werden konnte. Gerade in Bereichen, in denen Auftraggeber häufig nur noch hochqualifizierte Anbieter finden, die gerade kein Beschäftigungsverhältnis eingehen wollen, war diesem Argument eine gewichtige Bedeutung zugekommen. Zu denken ist hier beispielsweise an den sehr angespannten Markt für IT-Spezialisten.

Allerdings hat das BSG 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R („Honorarärzte“) kurz darauf davon wieder Abstand genommen:

„Die Honorarhöhe ist nur eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien [...] das vorliegend nicht ausschlaggebend ist.“⁵

Diese vom BSG selbst als „Einschränkung“ bezeichnete Abkehr von der Heilpädagogen-Entscheidung begründet das BSG mit den kollektiven Interessen der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme und dem daraus folgenden Solidargedanken. Das BSG sieht in einer zu starken Betonung der Honorarhöhe das Risiko, sich von der Versicherungspflicht „freikaufen“ zu können. Zwar hat das BSG mit dieser Entscheidung dem Indiz der Vergütungshöhe keine generelle Absage erteilt, allerdings dürfte sein Gewicht im Rahmen der Gesamtwürdigung erheblich gesunken sein und ihm allenfalls noch eine nachrangige Bedeutung zukommen.

4. Crowdworker

Das nächste Thema betrifft das sog. Crowdfunding, ein Arbeitsmodell, bei dem eine bestimmte Arbeit einer großen Menge an interessierten Arbeitskräften angeboten wird. Diese Form der Arbeit wird durch die Digitalisierung und moderne Computer-Technologie ermöglicht. Registrierte Crowdworker bewerben sich um die einzelnen „Mikro-Jobs“ oder können sie direkt annehmen. Mit einer Entscheidung vom 1.12.2020 hat das BAG zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern Stellung bezogen⁶. Crowdworker können hiernach Arbeitnehmer sein. Das konkrete Setting der Crowdfunding-Plattform hatte im entschiedenen Fall im Hinblick auf die Auftragsannahme- und Vergütungsmechanismen zu einer faktischen Leistungspflicht geführt und die Auftragsabwicklung zu einer kontinuierlichen und engmaschig vorgegebenen Leistungserbringung verdichtet. Auch tatsächliche Zwänge durch eine vom Auftraggeber geschaffene Organisationsstruktur können nach Ansicht des BAG geeignet sein, den Beschäftigten zu dem gewünschten Verhalten zu veranlassen, ohne dass dazu konkrete Weisungen ausgesprochen werden müssen.

IV. Strafrechtlicher Arbeitgeberbegriff des § 266a StGB und Anforderungen an die subjektive Tatseite

1. Kein genuiner Arbeitgeberbegriff in § 266a StGB

Mit Blick auf die strafrechtlichen Konsequenzen der Statusverfehlung ist das Tatbestandsmerkmal „Arbeitgeber“ in

§ 266a StGB zentral.⁷ Die Arbeitgeberbereienseigenschaft ist strafbegründendes persönliches Merkmal. Es richtet sich zunächst bei juristischen Personen an den Vertretungsberechtigten. Jeder formal bestellte Geschäftsführer ist Normadressat des § 266a StGB, und zwar unabhängig von der Ressortverteilung im Unternehmen. § 266a StGB kennt aber keinen genuinen Arbeitgeberbegriff. Dieser ist nach h.M. am Maßstab des Sozialversicherungsrechts auszulegen. Der Straftatbestand des § 266a StGB erweist sich somit als streng sozialrechtsakzessorisch – und zwar bezogen auf alle Tatbestandsmerkmale, nicht nur die Arbeitgeberstellung.

Voraussetzung ist somit das Vorliegen einer Beschäftigung des § 7 SGB IV, wonach insbesondere dann eine Beschäftigung vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Beschäftigungsbegriff geht aber über das Arbeitsverhältnis hinaus.

Angesichts der stark kasuistisch geprägten Materie⁸ und divergierender Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte steht die Bestimmtheit des Straftatbestands § 266a StGB in Frage.⁹

2. Anforderungen an den Tatvorsatz – Rechtsprechungsänderung mit BGH Beschl. v. 24.01.2018 – 1 StR 331/17

Unabhängig von diesen Einzelfällen hat die überfällige Entscheidung des BGH in Strafsachen zu Vorsatzfragen enorme

⁵ BSG v. 4.6.2019 – B 12 R 11/18.

⁶ BAG v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20.

⁷ Dazu Klötzer-Assion in: Klötzer/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2. Aufl. 2023, 2. Teil, 4. Kapitel; Aktuelle Entscheidungen: BGH, Urt. v. 14.6.2023 – 1 StR 74/22 (AG Eigenschaft § 266a StGB + Lohnsteuer); BGH, Beschl. v. 13.6.2023 – 1 StR 126/23 (Nettolohnfiktion, Schätzung, Strafschärfung bei kollusivem Zusammenwirken AG + AN); BGH, Beschl. v. 20.4.2023 – 1 StR 101/23 (Anforderungen an obj. + subj. TB); BGH, Urt. v. 8.3.2023 – 1 StR 188/22 (AG Eigenschaft, RAe als freie MA); BGH, Beschl. v. 10.1.2023 – 1 StR 333/22 (AG Eigenschaft + Vorsatz, § 14 StGB Beauftragung); OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.2022 – 1 Ws 225/21 (häusliche Pflege, keine abhängige Beschäftigung); BGH, Beschl. v. 23.3.2022 – 1 StR 511/21 (Bankrott und § 266a StGB, AG Eigenschaft); LG Traunstein Urt. v. 14.1.2022 – 6 Kls 280 Js 102098/16; LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 9.3.2020 – 23 Wi Kls 1/18, NJW-Spezial 2020, 474 (Art. 103 GG, jedenfalls kein Vorsatz); BGH, Beschl. v. 3.3.2020 – 5 StR 595/19; BGH, Urt. v. 8.1.2020 – 5 StR 122/19 (Vorsatz nicht festgestellt); BGH, Beschl. v. 24.9.2019 – 1 StR 346/18 (osteuropäische Pflegekräfte, erste Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH zur Behandlung des Irrtums des Täters über die Arbeitgeberstellung und/oder die Pflicht zum Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen in § 266a StGB als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum); BGH, Beschl. v. 13.12.2018 – 5 StR 275/18 (Bühnenbauer); BGH, Urt. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 (Rechtsprechungsänderung zu Anforderungen an Tatvorsatz).

⁸ Siehe z. B. wichtige Entscheidungen der Sozialgerichte: Klötzer-Assion, Entscheidung des BSG zum „Poolarzt“ – Hunderte Dienstverträge beendet, Anmerkung zu BSG Urteil vom 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R, <https://wistev.de/journal/2024/02/25/entscheidung-des-bsg-zum-poolarzt-hunderte-dienstvertraege-beendet/>; Klötzer-Assion, Wichtige Entscheidungen der Sozialgerichte 2021 – 2023 zum Thema Scheinselbstständigkeit, Rechtsprechungsübersicht, <https://wistev.de/journal/2024/02/24/wichtige-entscheidungen-der-sozialgerichte-2021-2023/>.

⁹ Siehe z. B. LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 9.3.2020 – 23 Wi Kls 1/18, NJW-Spezial 2020, 474 (Art. 103 GG, jedenfalls kein Vorsatz).

Bedeutung für die Compliance-Praxis; und dies im Übrigen nicht nur im strafrechtlichen Kontext, auch sozialversicherungsrechtliche Verjährungsfragen (rückwirkende Zahlungspflichtigen für 30 statt 4 Jahre) mitsamt ihrer weitreichenden, ökonomischen Implikationen spielen hier eine entscheidende Rolle.

§ 266a StGB setzt in allen Tatbestandsalternativen Vorsatz voraus. Vorsätzlich handelt, wer die Umstände des gesetzlichen Tatbestands kennt. Der Vorsatz muss sich auf alle Tatbestandsmerkmale des § 266a StGB in seiner jeweiligen Variante erstrecken. Dazu gehören die Arbeitgebereigenschaft, die Fälligkeit zu zahlender Sozialversicherungsbeiträge, die Nichtzahlung sowie die Möglichkeit zur Abführung der Beiträge usw. Der Vorsatz muss ferner den wesentlichen Kausalverlauf und etwaige strafscharfende Umstände umfassen.

Bedingter Vorsatz genügt und wird angenommen, wenn der Täter die Nichtabführung fälliger Sozialversicherungsbeiträge zumindest billigend in Kauf nimmt. Eine entsprechende Absicht ist hingegen nicht erforderlich.¹⁰

Der 1. Strafsenat des BGH vertrat lange die sehr strenge und viel kritisierte Auffassung, bezüglich des Tatbestandsmerkmals „Arbeitgeber“ handele mit Tatvorsatz, wer alle tatsächlichen Umstände kennt, welche die Arbeitgebereigenschaft begründen.

Irrtümer über die Arbeitgeberstellung stellten hiernach lediglich einen Subsumtionsirrtum dar, der allenfalls geeignet sei, einen durch Durchführung eines Statusverfahrens nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV vermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.

An dieser Auffassung hält der 1. Strafsenat des BGH zurecht nicht länger fest. In seiner Entscheidung vom 24.1.2018 - 1 StR 331/17 kündigte er an, hiervon abweichen zu wollen:

„In der Rspr. des BGH werden die Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzes in Bezug auf das normative Tatbestandsmerkmal der Stellung als Arbeitgeber in § 266a StGB und in § 41a EStG i. V. mit dem Straftatbestand aus § 370 I Nrn. 1 und 2 AO unterschiedlich bestimmt. Nach der Rspr. des BGH wird bezogen auf die subjektive Tatseite in § 266a StGB wie folgt differenziert: Der Vorsatz muss sich auf die Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer – dabei allerdings nur auf die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen, nicht auf die rechtliche Einordnung als solche und die eigene Verpflichtung zur Beitragsabführung – und alle darüber hinausreichenden, die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründenden tatsächlichen Umstände erstrecken. Liegt diese Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse vor, unterliegt der Täter, wenn er glaubt, nicht Arbeitgeber zu sein oder für die Abführung der Beiträge Sorge tragen zu müssen, keinem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, sondern (allenfalls) einem – in der Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum (BGH, Beschl. v. 7.10.2009 -1 StR 478/09 = NStZ 2010, 337f. und v. 4.9.2013 -1 StR 94/13 = wistra 2014, 23 [25] Rn 16 – jew. mwN; Urt. v. 15.10.1996 – VI ZR 319/95 = BGHZ 133, 370 [381]).

Demgegenüber gehört nach st. Rspr. des BGH zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch

dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1953 – BGH 5 StR 342/53 = BGHSt 5, 90 [91f.] = NJW 1964, 241 und v. 5.3.1986 – BGH 2 StR 666/85 = wistra 1986, 174; Beschl. v. 19.5.1989 – BGH 3 StR 590/88 = BGHR AO § 370 I Vorsatz 2; v. 24.10.1990 – 3 StR 16/90 = BGHR AO § 370 I Vorsatz 4 und v. 8.9.2011 – 1 StR 38/11 = NStZ 2012, 160 [161] Rn 21f.). Nimmt der Steuerpflichtige irrtümlich an, ein Steueranspruch sei nicht entstanden, liegt nach der Rspr. ein Tatbestandsirrtum vor, der gem. § 16 I 1 StGB den Vorsatz ausschließt (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1953 –5 StR 342/53 = BGHSt 5, 90 [91f.] = NJW 1964, 241 und v. 5.3.1986 – 2 StR 666/85 = wistra 1986, 174; Beschl. v. 19.5.1989 – 3 StR 590/88 = BGHR AO § 370 I Vorsatz 2; v. 24.10.1990 – 3 StR 16/90 = BGHR AO § 370 I Vorsatz 4 und v. 8.9.2011 – 1 StR 38/11 = NStZ 2012, 160 [161] Rn 21f.). Danach ist ein Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft in § 41a EStG und die daraus folgende Steuerpflicht, an die der Steueranspruch und der Straftatbestand des § 370 I Nr. 2 AO anknüpfen, als Tatbestandsirrtum zu behandeln.

Da für die Differenzierung kein sachlicher Grund erkennbar ist und es sich jeweils um (normative) Tatbestandsmerkmale handelt, erwägt der Senat – insoweit entgegen den Überlegungen in dem Beschluss des Senats vom 8.9.2011 -1 StR 38/11 = NStZ 2012, 160 [161] Rn 23ff. –, zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgebereigenschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.“¹¹

In den nachfolgenden Entscheidungen der Strafsenate wurde dieser Richtungswechsel vollzogen.

Der Verteidigungsarbeit kommt gleichwohl nicht weniger, sondern mehr Bedeutung zu: Es gilt herauszuarbeiten, bei wem zu welchem Zeitpunkt welche (Er)Kenntnis vorlag – erst recht bei modernen Ausgestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes.

VII. Fazit & Ausblick

Vor diesem Hintergrund bleibt es dabei, der Umgang mit Fremdpersonal bleibt ein zentrales Compliance-Thema an der Schnittstelle vor allem von Straf-, Sozial- und Arbeitsrecht. Zum einen, um Statusverfehlungen in der Praxis effektiv zu begegnen, zum anderen bilden Fragen nach Vorsatz und (Organisations-)Verschulden aber auch wirksame Einfallstore für Verteidigungsstrategien in allen beteiligten Rechtsgebieten; immer vorausgesetzt, eine Contractor Compliance wurde gelebt. Die wesentlichen Eckpunkte einer derartigen Contractor Compliance ganz grob wie folgt umreißen:

¹⁰ Umfassende Darstellung mit weiteren Nachweisen: Klötzer-Assion in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2. Aufl. 2023, 4. Teil, 4. Kapitel.

¹¹ BGH Bschl. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17, wistra 2018, 339 = NStZ-RR 2018, 180, 181 f.; dazu auch Grötsch NStZ 2020, 591.

- Risikoanalyse, d.h. Evaluierung der Haftungs- sowie weiterer Compliance-Risiken in Anbetracht des Umfangs des geplanten oder vollzogenen Outsourcings etc.
- Fallanalyse, d.h. Feststellung der praktischen Umsetzbarkeit eines geplanten Fremdpersonaleinsatzes auf Basis von Dienst- oder Werkverträgen in Anbetracht der konkreten Tätigkeiten etc.
- Vertragsmanagement, d.h. Entwurf von Musterverträgen einschließlich etwaiger spezifischer Regelungen zur Regulierung von Statusfragen und weiterer compliance-relevanter Aspekte etwa aus den Bereichen Haftung oder IP etc.
- Fallmanagement, d.h. Implementierung von Überwachungs- und Kontrollsystemen zur Umsetzung der Verträge in der betrieblichen Praxis sowie ggf. weiterer Mechanismen etwa zur Koordinierung des Fremdpersonaleinsatzes an Schnittstellen zu eigenen Arbeitnehmern und/oder Betriebsmitteln (z. B. Ticketsysteme oder sonstige Repräsentantenmodelle, Mietmodelle) etc.
- Rechtsmanagement, d.h. Evaluierung des rechtlichen Rahmens anhand neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung etc.

Trotz all dieser Herausforderungen gilt, von multinationalen Konzernen bis hin zum Mittelstand, mittlerweile dürfte es kaum noch Unternehmen geben, in denen das Thema Contractor Compliance in den letzten Jahren keine Rolle gespielt hat. Die vorgenannten Entwicklungen der letzten Jahre zeigen nachdrücklich, dass sich dies in absehbarer Zeit kaum ändern dürfte.

INTERNATIONALES

**Prof. Dr. Nora Markwalder/
Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Strafrecht
Friedrich Frank, St. Gallen und Zürich**

Länderbericht Schweiz: Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung im Wirtschaftsstrafrecht

Nach einer längeren Pause findet sich in der WiJ wieder ein Länderbericht zum schweizerischen Wirtschaftsstrafrecht. Dieser orientiert sich am bisherigen Aufbau und wird nun regelmässig in einem sechsmonatigen Turnus erscheinen. Vorgestellt werden neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben sowie wichtige wirtschaftsstrafrechtliche Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts, des Bundesstrafgerichts sowie der Bundesanwaltschaft.

I. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

1. Revision der Strafprozessordnung

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft, welche 26 kantonale Prozessordnungen ablöste.

Insbesondere von Seiten der Strafverfolgungsbehörden wurden einzelne Normen indes als für die Praxis unbefriedigend erachtet, weswegen es zu einer erneuten Revision kam. Die dabei vorgenommenen Änderungen der Strafprozessordnung wurden auf den 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt.¹ Dabei gibt es auch einige Neuerungen, welche für Wirtschaftsstrafverfahren von Relevanz sind.

Zum einen betrifft das die Revision des Siegelungsrechts, welches dem deutschen Strafprozess vollkommen unbekannt ist und in grenzüberschreitenden Verfahren stets für Verwunderung sorgt.² Mittels der Siegelung können Eigentümer von besonders geheimnisgeschützten Dokumenten oder Datenträgern diese nach Sicherstellung durch die Strafverfolgungsbehörden vor einer Durchsicht schützen. Geschieht dies, so wird im Anschluss ein Entsiegelungsverfahren durchgeführt. Eben dieses wurde nun teilweise geändert, insbesondere die neu in Art. 248a Abs. 2 ch-StPO vorgesehene nicht erstreckbare 10-Tages-Frist zur Stellungnahme beim Zwangsmassnahmengericht ist bei umfangreichen Siegelungen – wie sie in Wirtschaftsstrafverfahren oftmals vorkommen – kaum ausreichend. Zum anderen gibt es Änderungen im Bereich der Privatklägerschaft. Diese kann ihre Zivilklage nun nicht mehr erstmals im Rahmen ihres Plädoyers in der Hauptverhandlung begründen. Stattdessen hat das Gericht der Privatklägerschaft gemäss Art. 123 Abs. 2 ch-StPO i.V.m. Art. 331 Abs. 2 ch-StPO bei der Vorbereitung der Hauptver-

¹ Eine entsprechende Dokumentation des Vernehmlassungsverfahrens ist hier abrufbar: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/ge-setzgebung/aenderungstpo.html> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

² Zu den Änderungen des Siegelungsrechts ausführlich Reimann in Geth, Die revidierte Strafprozessordnung, 2023, S. 191 ff.

handlung eine Frist zur Begründung und Bezifferung der Zivilklage anzusetzen.³

2. Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Ein gewichtiger Teil des schweizerischen Wirtschaftsstrafrechts (das Finanzmarkt-, Geldspiel-, Heilmittel-, Zoll- und Mehrwertsteuerstrafrecht, um nur einige zu nennen) unterfällt dem sog. Verwaltungsstrafrecht, welches grundsätzlich mit dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht und dem österreichischen Verwaltungsstrafrecht verglichen werden kann (anders als diese aber sogar Verbrechenstatbestände beinhaltet).⁴ Das relevante Gesetz für dieses ist das mittlerweile knapp fünfzig Jahre alte Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), welches neben einem eigenen Allgemeinen Teil und einigen (wenigen) Normen eines besonderen Teils (insb. Art. 14 ch-VStrR, dem Leistungs- und Abgabebetrug) insbesondere ein Verfahrensgesetz ist und das Verwaltungsstrafverfahrensrecht regelt. Insbesondere dieses soll im Rahmen der geplanten Totalrevision sehr umfassend erweitert werden.⁵ Das Gesetz wächst von 107 Artikeln auf deren 312, wird im Umfang also fast verdreifacht, den untersuchenden Bundesverwaltungsbehörden steht eine Vielzahl an Zwangsmassnahmen zur Verfügung, was bisher so nicht der Fall war. Auch im materiellen Teil soll es Änderungen geben. So soll bspw. die (nicht überzeugende) bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach welcher der Erlass einer Strafverfügung durch die Bundesverwaltungsbehörde einem erstinstanzlichen Urteil gleichsteht und daher den Verjährungslauf beendet, in einem neu geschaffenen Art. 11 Abs. 4 VO-ch-VStrR Niederschlag finden. Die Vernehmlassung läuft noch bis zum 10. Mai 2024.

3. Kein Hinweisgeberschutzgesetz in der Schweiz und Strafbarkeitsrisiko

Auch die Nichtschaffung einer gesetzlichen Regelung muss erwähnt werden. Anders als Deutschland und Österreich hat die Schweiz nämlich kein Hinweisgeberschutzgesetz geschaffen. Eine entsprechende Gesetzesvorlage zum Schutz von Hinweisgebern wurde vom Parlament im Jahre 2020 abgelehnt.

Unternehmen mit Tochtergesellschaften in der Schweiz wünschen gleichwohl eine Meldemöglichkeit für deren dortigen Mitarbeiter und richten eine solche über die bereits vorhandene deutsche/österreichische Meldestelle ein. In diesem Zusammenhang ist Art. 271 ch-StGB besondere Beachtung zu schenken. Wegen verbotenen Handlungen für einen fremden Staat macht sich nämlich strafbar, wer gem. Art. 271 Abs. 1 ch-StGB „auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen“. Ohne dass zu dieser konkreten Frage eine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, ist überwiegend wahrscheinlich, dass sich der Hinweisgeber strafbar macht, der über eine entsprechende ausländische Meldestelle Informationen/Dokumente einer deutschen oder österreichischen Strafverfolgungsbehörde zukommen lässt. Klar ist jedenfalls, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung Art. 271 ch-StGB wieder extensiver ausgelegt. In einem Entscheid vom 1. November 2021 führt das Gericht beispielsweise aus, dass „[i]n sämtlichen Kon-

stellationen nur Akten und Informationen herausgegeben werden (dürfen), über die frei verfügt werden kann“.⁶ Nach Ansicht des Bundesgerichts ist dies bei nicht öffentlich zugänglichen, identifizierbaren Informationen über Dritte nicht der Fall. Bei diesen Daten bietet allein der der Amts- oder Rechtshilfeweg Gewähr für eine korrekte Abwägung der betroffenen Geheimhaltungsinteressen gegenüber den Offenlegungspflichten. Gelangen derartige Daten – was bei einem Hinweisgebersystem die Regel sein dürfte – an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde, so könnte dies nicht nur eine Strafbarkeit in der Schweiz, sondern ggf. – trotz Steuerdaten-CD-Rechtsprechung in Deutschland – auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen.

II. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung⁷

1. Unternehmensstrafrecht

1.1 Laufende unternehmensstrafrechtliche Verfahren

Das schweizerische Unternehmensstrafrecht, welches eine eigenständige Strafbarkeit des Unternehmens bei Organisationsmängeln vorsieht, wurde lange Zeit als Papiertiger bezeichnet. Es gab seit Inkrafttreten der Gesetzgebung im Jahre 2003 nur vereinzelt Fälle, die hauptsächlich im Strafbefehlsverfahren von der Bundesanwaltschaft entschieden wurden.⁸ Allerdings dürfte sich diese Situation langsam ändern, da in den letzten Jahren vermehrt auch Gerichtsverfahren gegen Unternehmen angestrebt wurden. Als Beispiel ist die Falcon Bank zu erwähnen, welche in erster Instanz vom Bundesstrafgericht zu einer Busse von CHF 3.5 Mio. sowie einer Ersatzforderung von CHF 7.2 Mio. verurteilt wurde, weil sie – so der Vorwurf – Geldwäschereihandlungen aufgrund mangelhafter Organisation innerhalb der Bank nicht verhindern konnte.⁹ In zweiter Instanz wurde die Bank jedoch von der Berufungs-

³ Vgl. zur Revision der opferrelevanten Bestimmungen ausführlich Weber in Geth, Die revidierte Strafprozessordnung, 2023, S. 59 ff.

⁴ Zu Neuerungen im Verwaltungsstraf- und Verwaltungsstrafverfahrensrecht vgl. <https://verwaltungsstrafrecht.ch/>.

⁵ Der Vorentwurf und ein erläuternder Bericht sind hier abrufbar: [https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99873.html#:~:text=Bern%2C%2031.01.2024%20%2D%20Das,Strafprozessordnung%20\(StPO\)%20zu%20%C3%BCberf%C3%BChren](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99873.html#:~:text=Bern%2C%2031.01.2024%20%2D%20Das,Strafprozessordnung%20(StPO)%20zu%20%C3%BCberf%C3%BChren.). (zuletzt besucht am 10.03.2024).

⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_216/2020 vom 01.11.2021, E. 1.4.2.

⁷ Diese Übersicht beruht auf einem Tagungsbeitrag von Markwalder, Neueste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht, in: Jean-Richard-dit-Bressel/Zollinger (Hrsg.), Finanzmarkt und Strafrecht. 14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2023, EIZ 2024, S. 119-125.

⁸ Für einen Überblick über die Fälle zwischen 2003 und 2019 siehe Markwalder, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis. Teil 2: Daten und Rechtsprechung zur Unternehmensbestrafung, ZStrR 2022 (3), S. 273-301.

⁹ Schuldspruch basierend auf der Unternehmensstrafnorm von Art. 102 ch-StGB in Kombination mit qualifizierter Geldwäscherei (Art. 305 bis Ziff. 1 und 2 ch-StGB), siehe dazu Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.21 vom 15.12.2021, S. 188.

kammer des Bundesstrafgerichts freigesprochen, da der Vorwurf der Geldwäscherei gegenüber des ebenfalls angeklagten ehemaligen CEO nicht erstellt werden konnte und somit keine Anlasstat vorlag, die gemäss Art. 102 ch-StGB für eine Verurteilung Voraussetzung ist.¹⁰ Allerdings liegt bei diesem Fall das begründete Urteil zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrags noch nicht vor und der Fall kann auch noch an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Ein weiterer medienwürdiger Fall, der ebenfalls noch rechtskräftig ist, betrifft das Gerichtsverfahren der Bank Credit Suisse, welche im Sommer 2022 ebenfalls vor dem Bundesstrafgericht wegen Verstosses gegen Art. 102 Abs. 2 ch-StGB in Verbindung mit qualifizierter Geldwäscherei verurteilt und mit einer Busse von CHF 2 Mio. bestraft worden war. Der Credit Suisse war vorgeworfen worden, dass es verschiedene organisatorische Mängel innerhalb der Bank gegeben hatte (so z. B. betreffend der Führung von Kundenbeziehungen mit einer kriminellen Organisation sowie der Überwachung der Umsetzung der Regeln der Geldwäschereigesetzgebung durch verschiedene Bankorgane), die den Abzug der Gelder der kriminellen Organisation und dementsprechend Geldwäschereihandlungen einer Kundenberaterin ermöglicht hätten.¹¹ Allerdings bleibt nun offen, was mit dieser erstinstanzlichen und noch nicht rechtskräftigen Verurteilung der Credit Suisse geschieht, da diese bekanntlich durch die UBS übernommen wurde – und somit eigentlich, analog eines Todesfalles bei natürlichen Personen, als übernommene Gesellschaft nicht mehr existiert. Da Strafverfahren sowohl gegen Privatpersonen als auch gegen Unternehmen persönlicher (da schuldabhängiger) Natur sind und eine strafrechtliche Sanktion nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergehen kann, müsste demnach im Fall einer vollständigen Übernahme der Credit Suisse durch die UBS das Strafverfahren wohl eingestellt werden.¹²

1.2 Strafbefehle der Bundesanwaltschaft

Weitaus häufiger als Gerichtsurteile sind im Bereich des schweizerischen Unternehmensstrafrechts wie eingangs erwähnt Strafbefehle der Bundesanwaltschaft. Da gegen Unternehmen nur Bussen ausgesprochen werden können (siehe Art. 102 Abs. 1 ch-StGB), kann ein Verfahren gegen Unternehmen im sog. Strafbefehlsverfahren (Art. 352 ff. ch-StPO) geführt und mittels eines Strafbefehls abgeschlossen werden. Damit wird die Urteilskompetenz der Bundesanwaltschaft übergeben und das Verfahren wird nie öffentlich verhandelt, was auch im Interesse der Unternehmen sein dürfte. Die Bundesanwaltschaft hat im Jahr 2023 ebenfalls wieder einen Strafbefehl gegen ein Unternehmen erlassen. Es handelte sich um die SICPA SA, eine weltweit tätige Gruppe, die sichere und technologisch fortschrittliche Lösungen und Dienstleistungen für die Identifizierung, Rückverfolgbarkeit und Authentifizierung anbietet und deren Hauptsitz in der Schweiz liegt. Die Unternehmung wurde verurteilt, da sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hatte, um Bestechungszahlungen an fremde Amtsträger zu verhindern – es war erstellt, dass zwischen 2008 und 2015 gewisse Berater und Partner der Unternehmung ausländischen Amtsträgern Zahlungen versprochen hatten oder zukommen liessen.¹³ Der Vorwurf der „Desorganisation“ begrün-

dete die Bundesanwaltschaft mit verschiedenen Mängeln im Bereich der Corporate Governance, des Risikomanagements, der internen und externen Weisungen sowie der Compliance: So gab es z. B. keine unabhängige Abteilung Risiko-Management, der Compliance-Bereich bestand erst seit 2014, war hierarchisch nicht unabhängig und zudem personell unterdotiert sowie mangelhaft ausgebildet.¹⁴ Eine Whistleblowing-Stelle war ebenfalls zu spät geschaffen worden und zudem auch nicht strukturell unabhängig.¹⁵ Schliesslich rügte die BA auch Mängel im Umgang mit beauftragten Drittparteien, bei der Buchführung sowie der Revision.¹⁶ Aufgrund dieser zahlreichen organisatorischen Mängel wurde die Unternehmung wegen Art. 102 Abs. 2 ch-StGB i.V.m. Art. 322^{septies} ch-StGB verurteilt und mit einer Busse von CHF 1 Mio. bestraft.¹⁷ Die auf Art. 71 ch-StGB gestützte Ersatzforderung des Staates belief sich auf CHF 80 Mio. und dürfte die Unternehmung etwas mehr geschmerzt haben als die Busse.¹⁸ Neben der Unternehmung wurde zudem auch ein ehemaliger Verkaufsleiter der SICPA mit einer bedingte Freiheitsstrafe von 170 Tagen bestraft, das Verfahren gegen den CEO und Hauptaktionär der SICPA wurde hingegen eingestellt.¹⁹

2. Korruptionsstrafrecht: Urteil des Bundesgerichts 6B_220/2022 vom 31. Oktober 2022²⁰

Verfahren im Bereich des Korruptionsstrafrechts sind in der Schweiz relativ selten und die höchstrichterliche Rechtsprechung dementsprechend rar. Im Oktober 2022 gab es allerdings einen äusserst prominenten Korruptionsfall, der bis vor Bundesgericht gelangte. Es handelte sich um den Fall des Genfer Staatsrates Pierre Maudet, dem vorgeworfen wurde, im November 2015 auf Einladung des Kronprinzen von Abu Dhabi an einer Reise zum dortigen Formel 1 Grand Prix teilgenommen zu haben. Die Reise war weitgehend privater Natur und umfasste einen Business-Class-Flug, die

¹⁰ Medienmitteilung der Berufungskammer des BStGer vom 03.07.2023, abrufbar unter <https://www.bstger.ch/de/car/media/comunicati-stampa/2023/2023-07-03/1351.html> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

¹¹ Medienmitteilung des Bundesstrafgerichts vom 27. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.bstger.ch/de/media/comunicati-stampa/2022/2022-06-27/1275.html> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

¹² Siehe dazu auch BSK StGB I-Niggli/Gfeller, Art. 102, N 452.

¹³ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.14.1681 vom 27.04.2023, E. 1, siehe auch die Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 27.04.2023 (abrufbar unter https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-94544.html ; zuletzt besucht am 10.03.2024).

¹⁴ BA SV.14.1681 E. 7.2.1 ff.

¹⁵ BA SV.14.1681 E. 7.5.7 ff.

¹⁶ BA SV.14.1681 E. 7.6 und 7.7.

¹⁷ BA SV.14.1681 E. 9.

¹⁸ BA SV.14.1681 E. 12 und 14 ff.

¹⁹ Siehe dazu die Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 27.04.2023 (abrufbar unter https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-94544.html ; zuletzt besucht am 10.03.2024).

²⁰ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//31-10-2022-6B_220-2022&lang=fr&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 10.03.2024).

Unterbringung in einem Fünf-Sterne-Hotel sowie den Royal-Lounge-Zugang zum Grand Prix. Die Kosten des Aufenthalts im Umfang von mind. CHF 50'000 wurden vollständig von den Behörden in Abu Dhabi übernommen.²¹ Neben dem Staatsrat waren auch sein Stabschef sowie die beiden Unternehmer, die die Reise aufgelegt hatten, angeklagt.²²

Die erste kantonale Instanz sprach Maudet und seinen Stabschef wegen Vorteilsannahme nach Art. 322^{sexies} ch-StGB und die beiden Unternehmer wegen Vorteilsgewährung i.S.v. Art. 322^{quinquies} ch-StGB resp. Gehilfenschaft zur Vorteilsgewährung i.S.v. Art. 322^{quinquies} ch-StGB schuldig. Die zweite kantonale Instanz sprach hingegen sämtliche Personen frei, weshalb die Genfer Staatsanwaltschaft gegen den Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht einlegte.²³ Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und präzisierte in seinem Entscheid nochmals den Unterschied zwischen der Vorteilsgewährung/Vorteilsannahme nach Art. 322^{quinquies} ch-StGB resp. 322^{sexies} ch-StGB und der aktiven/passiven Bestechung i.S.v. Art. 322^{ter} ch-StGB resp. Art. 322^{quater} ch-StGB. Zwischen dem gewährten Vorteil und einer Handlung/Unterlassung des Amtsträgers muss daher – anders als dies bei der aktiven resp. passiven Bestechung der Fall ist – keine Austauschbeziehung bestehen.²⁴ Die Vorteilsannahme i.S.v. Art. 322^{sexies} ch-StGB sanktioniert somit die „Käuflichkeit“ eines Amtsträgers, der sein Amt ausnutzt, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen, ohne sich jedoch im Sinne von Art. 322^{quater} ch-StGB bestechen zu lassen.²⁵ Als Zusammenhang zwischen der Gewährung/Annahme des Vorteils und des künftigen Verhaltens des Amtsträgers nahm das Bundesgericht die Tatsache an, dass konkretes Interesse seitens der Behörden von Abu Dhabi bestand, gute Beziehungen zur kantonalen Exekutivbehörde und insbesondere zu Staatsrat Maudet sowie den Mitgliedern seines beruflichen Umfelds aufrechtzuerhalten oder zu entwickeln.²⁶ Mit der Annahme der Einladung ging der Staatsrat sowie sein Stabschef das Risiko ein, dass ihnen vorgeworfen werden könnte, ihre privaten Interessen mit denjenigen ihres Amtes verwechselt zu haben.²⁷

Bezüglich der beiden Unternehmer, die die Reise aufgelegt hatten, begründete das Bundesgericht seinen Entscheid dahingehend, dass der Vorschlag zur Reise nach Abu Dhabi und deren Organisation tatsächlich dazu führte, dass der Staatsrat und sein Stabschef einen nicht gebührenden materiellen Vorteil erhielten. Objektiv stellten die Handlungen des Unternehmers somit eine Vorteilsgewährung im Sinne von Art. 322^{quinquies} ch-StGB dar, wobei es nicht entscheidend war, dass er den Vorteil nicht persönlich an die Beamten weitergegeben hatte.²⁸ In subjektiver Hinsicht erachtete es das Bundesgericht auch als gegeben, dass der Unternehmer vom prunkvollen und im Wesentlichen privaten Charakter der Einladung wusste und ihm auch bewusst war, dass die Kosten vollständig von den Behörden der Vereinigten Arabischen Emirate übernommen werden sollten. Dabei nahm er in Kauf, dass die Einladung an A. und B. einen ungerechtfertigten Vorteil darstellte.²⁹ In seiner Funktion als Vermittler erfüllte der zweite Unternehmer schliesslich objektiv und subjektiv den Tatbestand der Vorteilsgewährung i.S.v. 322^{quinquies} ch-StGB. Allerdings handelte der zweite Unternehmer primär auf Anweisung des ersten Unternehmers, der die Reise aufgelegt

hatte, weshalb das Bundesgericht von einem untergeordneten Beitrag ausging und den zweiten Unternehmer als Gehilfe qualifizierte.³⁰ Das Bundesgericht entwickelte in diesem Entscheid zwar keine neue Rechtsprechung, sondern präzisierte lediglich die bestehende Differenzierung zwischen Vorteilsgewährung und -annahme sowie der aktiven und passiven Bestechung. Der Fall ist somit weniger aus rechtlicher als vielmehr aus politischer Sicht relevant, da es sich um die Verurteilung eines Regierungsmitgliedes des Kantons Genf handelte. Maudet wurde 2021 zwar infolge des Skandals um die Reise nach Abu Dhabi abgewählt, konnte im Jahr 2023 allerdings seine erfolgreiche Wiederwahl in den Genfer Staatsrat feiern – trotz rechtskräftiger Verurteilung.³¹

3. Verwaltungsstrafrecht: Entscheid des Bundesstrafgericht CA.2021.20 vom 9. August 2023³²

In diesem italienischsprachigen Entscheid hatte die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts über die Strafbarkeit nach Art. 44 Abs. 2 (fahrlässige Tätigkeit als Effektenhändlerin ohne Bewilligung) und Art. 45 FINMAG (Falschkauf) i.v.m. Art. 6 Abs. 2 VStrR von drei (faktischen) Organen, A, B, und C, einer Effektenhändlerin D mit Sitz in Lugano zu entscheiden.

Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) stellte in seinem Strafbescheid vom 20. Dezember 2019 fest, dass die Effektenhändlerin in den Jahren 2011 und 2012 ein Transaktionsvolumen von (umgerechnet) über CHF 5 Mrd. auswies und die Tätigkeit deshalb einer entsprechenden Bewilligung bedurft hätte (Art. 10 aBEHG; Art. 41 FINIG). Der alleinige Geschäftsführer, A, und die beiden für die Effektenhändlerin operativ tätigen Wertschriften- und Devisenhändler B und C hätten als formelle resp. faktische Organe des Unternehmens D bei der Überschreitung des Schwellenwerts von CHF 5 Mrd. eine entsprechende Bewilligung beantragen müssen. Indem sie dies unterliessen und gegenüber der FINMA falsch umgerechnete Transaktionsvolumina kommunizierten, hätten sie sich gemäss Art. 44 Abs. 2 und Art. 45 FINMAG strafbar gemacht.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_220/2022 vom 31.10.2022, E. B.a.a.

²² BGE 6B_220/2022 E. A.

²³ BGE 6B_220/2022 E. A und B.

²⁴ BGE 6B_220/2022 E. 1.2. und 2.1.1.

²⁵ BGE 6B_220/2022 E. 2.1.1.

²⁶ BGE 6B_220/2022 E.2.5.

²⁷ BGE 6B_220/2022 E.2.7.1.

²⁸ BGE 6B_220/2022 E.3.4.1.

²⁹ BGE 6B_220/2022 E. 3.4.2.1.

³⁰ BGE 6B_220/2022 E.3.5.1 f.

³¹ Siehe dazu NZZ-Artikel vom 30.04.2023 (abrufbar unter <https://www.nzz.ch/schweiz/genfer-wahlen-maudet-ist-zurueck-linke-verliert-mehrheit-ld.1735936> ; zuletzt besucht am 10.03.2024).

³² Hier abrufbar: <https://bstger2.weblaw.ch/cache?guiLanguage=de&q=%20CA.2021.20&id=a724bfd3-933b-4788-9f3a-9b0367b78218&sort-field=relevance&sort-direction=relevance> (zuletzt besucht am 10.03.2024). Dazu bereits Ingold/Frank, www.verwaltungsstrafrecht.ch vom 28.11.2023, hier abrufbar: <https://www.verwaltungsstrafrecht.ch/de/kategorien/materielles-recht/finanzmarktstrafrecht> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

A, B und C brachten gegenüber der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts insbesondere die folgenden Rügen vor: Zum einen sei der Schwellenwert von CHF 5 Mrd. bei der damals geltenden Berechnung nicht überschritten gewesen, eine strafbewehrte Meldepflicht hätte gar nicht bestanden. Denn gestützt auf den Grundsatz von *lex mitior* sei für die Berechnung auf das FINMA-Rundschreibens 2015/1 abzustellen, nicht auf das zum Tatzeitpunkt geltende FINMA-Rundschreibens 2008/2, auf welches sich das EFD abstützte. Das FINMA-Rundschreiben 2015/1 erlaube eine Berechnung des Schwellenwerts nach dem monatlichen Durchschnittskurs und berücksichtige nicht nur die einzelnen Tageskurse. Das Bundesstrafgericht kam in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 121 IV 29 E. 2a) zum Schluss, dass sie an die von der FINMA und vom Bundesverwaltungsgericht im parallel geführten Verwaltungsverfahren nach dem FINMA-Rundschreiben 2008/2 berechneten Transaktionsvolumina gebunden sei und die Anwendbarkeit des FINMA-Rundschreibens 2008/2 deshalb nicht in Frage zu stellen sei (Entscheid B-3684/2015 vom 25. Januar 2017). Im dortigen Verfahren hatten die Beschwerdeführer die Anwendbarkeit des FINMA-Rundschreibens 2015/1 nicht vorgebracht, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des FINMA-Rundschreibens 2008/1 verbindlich feststellen konnte.

Weiter rügten B und C, dass sie nicht strafbar seien, weil sie keine faktischen Organe von D gewesen seien und Art. 6 VstrR deshalb auf sie nicht anwendbar sei. Auch hier gelangte die Bundesstrafgericht zum Schluss, dass die diesbezüglichen Feststellungen der FINMA und des Bundesverwaltungsgerichts bindend seien, wonach B und C leitende Funktionen zukamen und sie in gewissen Bereichen alleinig entscheidungsbefugt waren. Dies seien Befugnisse, die einzig Personen in leitenden Funktionen zukommen, weshalb eine faktische Organschaft gegeben sei (Entscheid B-3684/2015 vom 25. Januar 2017, E. 14.2 ff.).

Zuletzt beriefen sich die Betroffenen auf einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB). Sie hätten zum massgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis des FINMA-Rundschreibens 2008/2 gehabt resp. hätten den dort festgelegten Umrechnungsmechanismus nicht gekannt. Dem entgegnete das Bundesstrafgericht, dass Art. 21 StGB restriktiv anzuwenden sei und sich ein jeder grundsätzlich der Gesetzmässigkeit seiner Handlungen bewusst sein müsse. In technischen oder bewilligungspflichtigen Bereichen sei der Täter verpflichtet, sich bei der zuständigen Behörde über die Rechtsgrundlagen zu informieren (BGer 6B_1035/2009 vom 26. August 2010, E. 2.2.3.). Vorliegend hätte nicht belegt werden können, dass

man sich bei der entsprechenden Behörde über die Rechtmässigkeit der konkreten Vorgehensweise informiert habe. Auch sei kein entsprechendes anwaltliches Gutachten eingeholt worden.

Es ist wichtig zu erkennen, dass in Verwaltungsstrafverfahren die vorab oder parallel geführten Verwaltungsverfahren nicht ausser Acht gelassen werden dürfen – denn in diesen wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Sachverhalt festgelegt (genau anders übrigens als in anderen Verfahren des Nebenstrafrechts – so wird der im Administrativverfahren geltende Sachverhalt im Strassenverkehrsstrafverfahren bestimmt). Gleichwohl erscheint der konkrete Entscheid mehr als fraglich, denn das Bundesgericht schliesst die Anwendung der *lex-mitior*-Regel im Verwaltungsrecht grundsätzlich aus.³³ Die *lex-mitior*-Rüge wäre in dem, dem konkreten Verwaltungsstrafverfahren vorangegangenen Verwaltungsverfahren also vermutlich ins Leere gelaufen. Die Feststellungen zur zeitlichen Anwendbarkeit eines FINMA-Rundschreibens 2008/2 im Verwaltungsverfahren können für den Strafrichter mithin gerade nicht bindend sein, die *lex-mitior*-Rüge muss also (erstmalig) im Verwaltungsstrafverfahren erhoben werden. Und sie ist dort dann auch zu berücksichtigen. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind indes die Ausführungen des Bundesstrafgericht zum (Nicht-)Vorliegen eines Verbotsirrtums.³⁴ ob eine Verteidigung gegen (mögliche) Urteilsfeststellungen erfolgen sollte, die für die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes aufgrund von Beschränkungen der Auslieferungsfähigkeit im ersuchten Staat unentbehrlich sind. Sofern erreicht werden kann, dass die Urteilsfeststellungen von den Feststellungen der Auslieferungsbewilligung des ersuchten Staats abweichen, kann ein Verfahrenshindernis in Betracht kommen und im Revisionsverfahren geprüft werden.

³³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_212/2012 vom 14.02.2013, E. 2.

³⁴ Weiterführende Literatur zum Irrtum im Finanzmarktstrafrecht: Leu, Vorsatz- und Schuld mangel durch fehlendes Pflichtbewusstsein? in: Jean-Richard-dit-Bressel/Zollinger (Hrsg.), *Nur gut gemeint? - Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht*, Zürich 2023, S. 63 ff. hier abrufbar:

https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2023/06/Nur-gut-gemeint-Vorsatz-Absicht-und-Schuld-im-Wirtschaftsstrafrecht-Digital-V1_02-20230615.pdf (zuletzt besucht am 10.03.2024).

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main

EuGH setzt Verfahrensrecht der Europäischen Staatsanwaltschaft – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.12.2023 – C-281/22

Mit Urteil vom 21.12.2023 hat der Europäische Gerichtshof eine methodisch höchst zweifelhafte, aber gleichwohl grundlegende Entscheidung zum Verfahrensrecht der Europäischen Staatsanwaltschaft (EuStA) getroffen. Die Luxemburger Richter haben entschieden, welches Gericht die richterliche Genehmigung für eine Ermittlungsmaßnahme erteilen muss, die in einem anderen Mitgliedstaat vorgenommen werden soll als dem, in dem die strafrechtliche Untersuchung der Europäischen Staatsanwaltschaft stattfindet. Nach der Entscheidung soll sich – entgegen dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EuStA) (VO 2017/1939) – die richterliche Kontrolle in dem Mitgliedstaat des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts nur auf Gesichtspunkte der Vollstreckung dieser Maßnahme beziehen, nicht aber auf Gesichtspunkte der Begründung und der Anordnung der Maßnahme, die, wenn es um einen schwerwiegenden Eingriff in die durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten Rechte der betroffenen Person geht, einer vorherigen gerichtlichen Kontrolle im Mitgliedstaat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts unterliegen müssen.

1.

Hintergrund der Entscheidung ist das folgende Verfahrensgeschehen: Ein deutscher (betrauter) Delegierter Europäischer Staatsanwalt führt im Namen der EuStA ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung in großem Ausmaß sowie der Mitgliedschaft in einer auf die Begehung von Steuerstraftaten ausgerichteten kriminellen Vereinigung. Den Beschuldigten wird vorgeworfen, durch falsche Angaben bei der Einfuhr von Biodiesel amerikanischer Herkunft in die Union gegen Zollrecht verstoßen und hierdurch einen Schaden von 1,2 Millionen Euro verursacht zu haben.

Obwohl die hauptsächliche strafrechtliche Untersuchung in Deutschland stattfand, hielt es die EuStA für erforderlich, Beweismittel auch in anderen Mitgliedstaaten zu erheben. Daher erteilte der deutsche Delegierte Europäische Staatsanwalt eine Anweisung zur Durchsuchung von Wohn- und

Geschäftsräumen sowie zur Sicherstellung von Vermögenswerten in Österreich. Eine vorherige gerichtliche Kontrolle der Durchsuchungs- und Sicherstellungsmaßnahmen durch deutsche Gerichte wurde in Übereinstimmung mit der deutschen Umsetzungsgesetzgebung in § 3 Abs. 2 des Gesetzes zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EuStAG) weder beantragt oder durchgeführt. Vielmehr beantragte – wie in Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 VO 2017/1939 vorgesehen – ein österreichischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt die Bewilligung dieser Maßnahmen bei den zuständigen österreichischen Gerichten.

Gegen die in der Folge durch die zuständige Finanzbehörde in Österreich durchgeführten Maßnahmen erhoben die Betroffenen Beschwerde gegen die Bewilligung der Durchsuchungen und Sicherstellungen beim zuständigen Oberlandesgericht Wien und trugen vor, dass in Österreich keine Straftat vorliege, der Tatverdacht gegen sie unzureichend sei, die Entscheidungen der österreichischen Gerichte nicht hinreichend begründet seien, die angeordneten Durchsuchungen weder notwendig noch verhältnismäßig gewesen seien und ihr Recht auf ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Klient verletzt worden sei.

Das Oberlandesgericht Wien hat erwogen, dass der Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 und Art. 32 der VO 2017/1939 gebiete, dass im Fall einer gerichtlich zu bewilligenden zugewiesenen Maßnahme im Staat des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts die durchzuführende Maßnahme von einem Gericht dieses Mitgliedstaats nach sämtlichen formellen und materiellen Vorschriften dieses Mitgliedstaats zu prüfen sei. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Wien hätte dies jedoch zur Folge, dass eine solche Maßnahme gegebenenfalls in zwei Mitgliedstaaten nach ihrem jeweiligen nationalen Recht umfassend geprüft werden müsste, was bedeuten würde, dass alle für die Durchführung solcher Prüfungen erforderlichen Dokumente dem zuständigen Gericht im Mitgliedstaat des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts zur Verfügung gestellt und gegebenenfalls übersetzt werden müssten. Dies stelle einen Rückschritt gegenüber dem mit der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (Richtlinie 2014/41) eingeführten Systems der gegenseitigen Anerkennung dar, bei dem der Vollstreckungsmitgliedstaat nur bestimmte formale Gesichtspunkte prüfen könne. Zum anderen lege eine Auslegung der VO 2017/1939 im Licht des Ziels einer effizienten Strafverfolgung den Schluss nahe, dass sich die Kontrolle, die im Rahmen der im Land des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts erforderlichen gerichtlichen Genehmigung durchgeführt werde, lediglich auf formale Gesichtspunkte beschränken solle, und zwar jedenfalls dann, wenn im Staat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts bereits eine gerichtliche Prüfung stattgefunden habe.

Angesichts dieser Unsicherheit bei der Auslegung der VO 2017/1939 hat das Oberlandesgericht Wien beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1. Ist das Unionsrecht, insbesondere Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 und Art. 32 der Verordnung 2017/1939 so auszulegen, dass bei grenzüberschreitenden Ermittlungen im Fall notwendiger gerichtlicher Genehmigung einer im Mitgliedstaat des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts durchzuführenden Maßnahme eine Prüfung sämtlicher materieller Gesichtspunkte, wie gerichtliche Strafbarkeit, Tatverdacht, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, stattzufinden hat?

2. Ist bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob die Zulässigkeit der Maßnahme bereits im Mitgliedstaat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts von einem Gericht nach dem Recht dieses Mitgliedstaats geprüft wurde?

3. Für den Fall, dass die erste Frage verneint bzw. die zweite Frage bejaht wird, in welchem Umfang hat eine gerichtliche Prüfung im Mitgliedstaat des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts stattzufinden?“

2.

Mit seinem Urteil vom 21.12.2023 hat der Europäische Gerichtshof die ihm vorgelegten Fragen zusammengefasst und entschieden, dass sich die Kontrolle, die in dem Fall, dass für eine zugewiesene Ermittlungsmaßnahme eine richterliche Genehmigung nach dem Recht des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts erforderlich ist, in diesem Mitgliedstaat vorgenommen wird, nur auf Gesichtspunkte der Vollstreckung dieser Maßnahme beziehen darf, nicht aber auf Gesichtspunkte der Begründung und der Anordnung der Maßnahme, die, wenn es um einen schwerwiegenden Eingriff in die durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten Rechte der betroffenen Person geht, einer vorherigen gerichtlichen Kontrolle im Mitgliedstaat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts unterliegen müssen.

Der Europäische Gerichtshof, der mit seiner Entscheidung im Wesentlichen den Schlussanträgen der Generalanwältin vom 22.06.2023 folgt, erkennt zwar, dass der Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 VO 2017/1939 die Einholung einer richterlichen Genehmigung nach dem Recht des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts vorsieht, wenn nach dem Recht dieses Mitgliedstaats für eine zugewiesene Ermittlungsmaßnahme eine solche Genehmigung erforderlich ist. Doch sei in den Art. 31 und 32 der VO 2017/1939 nicht näher angegeben, welchen Umfang diese Kontrolle haben dürfe.

Einer umfassenden Kontrolle durch Gerichte des Mitgliedsstaates des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts stehe nach Ansicht der Luxemburger Richter der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen entgegen, demzufolge die Vollstreckungsbehörde nicht überprüfen soll, ob die Anordnungsbehörde die Voraussetzungen für den Erlass der von ihr zu vollstreckenden gerichtlichen Entscheidung erfüllt hat. Dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der seinerseits auf dem gegenseitigen Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten beruhe, komme im Unionsrecht fundamentale Bedeutung zu, da

er die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen ermögliche. Angesichts der Wirkungsweise des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung sei eine effiziente Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union nicht gewährleistet, wenn im Rahmen der von Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 VO 2017/1939 vorgesehenen richterlichen Prüfung auch die Gesichtspunkte der Begründung und der Anordnung der betreffenden zugewiesenen Ermittlungsmaßnahme durch die zuständige Behörde des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts umfasst wären. Denn zum einen müsste die zuständige Behörde des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts, um eine solche Prüfung vornehmen zu können, u.a. die gesamte Verfahrensakte eingehend prüfen, die ihr von den Behörden des Mitgliedstaats des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts zu übermitteln und gegebenenfalls zu übersetzen wäre. Zum anderen müsste, da die Begründung und die Anordnung einer zugewiesenen Ermittlungsmaßnahme aufgrund der Entscheidung des Unionsgesetzgebers dem Recht des Mitgliedstaats des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts unterliegen, die zuständige Behörde des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts bei der Prüfung dieser beiden Gesichtspunkte das Recht des ersteren Mitgliedstaats anwenden, was zu erheblichen Problemen in der Praxis führen könne.

Nach Ansicht der Richter des Europäischen Gerichtshofs müsse daher hinsichtlich der richterlichen Kontrolle von Ermittlungsmaßnahmen zwischen der Begründung und der Anordnung der zugewiesenen Maßnahme, für die der betraute Delegierte Europäische Staatsanwalt zuständig sei, und der Vollstreckung dieser Maßnahme, für die der unterstützende Delegierte Europäische Staatsanwalt zuständig sei, unterschieden werden. Entsprechend dieser Aufteilung der Zuständigkeiten könne sich die Kontrolle im Zusammenhang mit einer etwaigen nach dem Recht des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts erforderlichen richterlichen Genehmigung nur auf Gesichtspunkte der Vollstreckung beziehen.

3.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.12.2023 bezeugt ein höchst bemerkenswertes Selbstverständnis der an ihr beteiligten Richter, denn sie missachtet nicht allein den eindeutigen Wortlaut der anwendbaren Normen des europäischen Sekundärrechts und maßt sich insoweit Normsetzungskompetenz an, sondern reißt zudem eine gewaltige Lücke in das System präventiven Rechtsschutzes bei einschneidenden Grundrechtseingriffen im Rahmen grenzüberschreitender Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft.

Die Regelung des Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 VO 2017/1939 bestimmt, dass, sofern nach dem Recht des Mitgliedstaats des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts eine richterliche Genehmigung für eine Maßnahme erforderlich ist, diese „von dem unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalt nach dem Recht seines Mitgliedstaats einzuholen“ ist. Eine Einschränkung dieser Prüfungsbefugnis

kann dem Wortlaut der Norm entgegen der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs beim besten Willen nicht entnommen werden (vgl. Herrnfeld, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 31 Rn. 23: "as if it were applied for in a similar domestic case"). Zwar mag es der Sache nach zutreffen, dass die Regelungen zu grenzüberschreitenden Ermittlungen in der VO 2017/1939 hinsichtlich ihrer Effizienz hinter vergleichbaren Rechtsinstrumenten der gegenseitigen Anerkennung zurückbleiben. Doch vermögen derartige Überlegungen es in keiner Weise zu rechtfertigen, den Wortlaut der anzuwendenden Norm schlicht zu übergehen. Mag auch das Bild des Richters als „Mund des Gesetzes“ (Montesquieu) einer aufgeklärten Methodenlehre naiv erscheinen, so überschreitet ein Gericht in erkennbarer Weise die ihm zugewiesene Kompetenzen, wenn es in bewusster Missachtung bestehender Normen Recht setzt.

Die Missachtung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 Unterabsatz 1 VO 2017/1939 wiegt umso schwerer, als die Verhandlungen, die zum Erlass der EUStA-Verordnung führten, sich gerade in Bezug auf grenzüberschreitende Ermittlungsmaßnahmen als besonders schwierig gestalteten (vgl. Herrnfeld, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 31 Rn. 38). Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der Vorschlag einer Regelung, der zufolge bei grenzüberschreitenden Ermittlungen allein eine richterliche Genehmigung im Staat des ermittelnden Delegierten Europäischen Staatsanwaltes erforderlich gewesen wäre, während den Verhandlungen keine Mehrheit gefunden hat (vgl. Herrnfeld, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard (eds.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 31 Rn. 39), hätte der Gerichtshof respektieren müssen, dass der Wortlaut von Art. 31 der VO 2017/1939 Ausdruck eines komplexen politischen Kompromisses ist und nicht etwa ein Redaktionsversehen darstellt.

Vollkommen unverständlich ist nicht zuletzt auch der Umstand, dass sich in der Entscheidung – trotz beeindruckender Worthuberei zu den Garantien des Grundrechtsschutzes im Zusammenhang mit den Rechtsinstrumenten der Union – kein einziger Hinweis zu der gewaltigen Lücke findet, die die Entscheidung in das System präventiven Rechtsschutzes bei einschneidenden Grundrechtseingriffen im Rahmen grenzüberschreitender Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft reißt. Denn im konkreten Fall hat der deutsche betraute Delegierte Europäische Staatsanwalt in Übereinstimmung mit § 3 Abs. 2 EUStAG – die Regelung lautet wie folgt: „Soweit die Vorschriften der Strafprozessordnung hinsichtlich einer Ermittlungsmaßnahme eine gerichtliche Anordnung oder Bestätigung vorsehen, ist bei grenzüberschreitenden Maßnahmen, die gemäß Artikel 31 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2017/1939 in einem anderen an der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft beteiligten Mitgliedstaat durchgeführt werden sollen, eine solche gerichtliche Anordnung oder Bestätigung bei einem deutschen Gericht nur einzuholen, wenn nach dem Recht des anderen Mitgliedstaates eine solche gerichtliche Anordnung oder Bestätigung nicht erforderlich ist“ – davon abgesehen, eine gerichtliche Bestätigung eines deutschen Gerichtes einzuholen, sodass die Frage der Begründung und Anordnung der in Österreich

durchgeführten Maßnahmen letztlich keiner präventiven Kontrolle unterlegen hat (instruktiv auch Yolacan, *Verteidigung in grenzüberschreitenden Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft*, 2023, S. 88; Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 26 January 2022 – Adopting Guidelines of the College of the EPPA on the Application of Article 31 of Regulation (EU) 2017/1939, S. 4). Angesichts dieses Befundes dürfte kaum zweifelhaft sein, dass die bei den Maßnahmen in Österreich sichergestellten Beweismittel in einem deutschen Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen. Und jenseits des konkreten Falles, wird der deutsche Gesetzgeber nicht umhinkommen, § 3 Abs. 2 EUStAG zu reformieren, um dem Regelungsgehalt des Artikel 31 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2017/1939 in der Neu-Interpretation des Europäischen Gerichtshofes gerecht zu werden. Denn der deutsche Gesetzgeber war bei der Verabschiedung des EUStAG davon ausgegangen, dass die gerichtliche Kontrolle in dem Mitgliedstaat, in dem die Maßnahme durchgeführt werden soll, auch die Anordnungsvoraussetzungen nach Maßgabe des dortigen Strafprozessrechts umfasst (vgl. BT-Drs. 19/17963, S. 30).

4.

Mag dem Europäischen Gerichtshof bei Johannisbeerlikör und Molkereiprodukten eine legitime Rolle als Motor der Integration zugekommen sein, so dürften entsprechende Aktivitäten im Bereich grenzüberschreitender strafrechtlicher Ermittlungen eher Skepsis auslösen und Wasser auf die Mühlen derjenigen sein, die dem Projekt der europäischen Einigung ohnehin kritisch gegenüberstehen. Mit der Entscheidung vom 21.12.2023 aber hat der Gerichtshof der dringend erforderlichen weiteren Rechtsangleichung und Verstärkung grenzüberschreitender Ermittlungen im Bereich der Europäischen Union einen beachtlichen Bärendienst erwiesen.

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

Anmerkung zu BSG Urteil vom 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R

I. Einleitung

Stand: 08.11.2023, 21:26 Uhr

„Kassenärztliche Vereinigung kündigt 400 Bereitschaftsärzten

Die Kassenärztliche Vereinigung Schleswig-Holstein hat zum 31. Dezember insgesamt 400 sogenannten Poolärzten gekündigt. Das teilte die KVSH am Mittwoch mit. Hintergrund sei ein Urteil des Bundessozialgerichts.

In dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) in Kassel (Hessen) wurde ein Honorararzt aus Baden-Württemberg als sozialversicherungspflichtig eingestuft. In diesem Fall muss die dortige Kassenärztliche Vereinigung dann den Arbeitgeberanteil an die Rentenversicherung abführen. Das sei für Schleswig-Holstein nicht zu finanzieren, sagte ein Sprecher NDR Schleswig-Holstein. Es bestehe das Risiko, dass weitere Urteile auch in Schleswig-Holstein folgten. Daher die vorsorgliche Kündigung zum Jahresende¹

„Kassenärztliche Vereinigungen sind in Deutschland gemäß § 77 Abs. 5 SGB V Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen alle Vertragsärzte und Vertragspsychotherapeuten angehören müssen. Sie sind für die vertragsärztliche Versorgung der Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherungen zuständig.“²

Das waren die Schlagzeilen Ende des letzten Jahres. So verhalten sich die Kassenärztlichen Vereinigungen bundesweit – weit weg vom Weihnachtsfrieden – in Reaktion auf die Entscheidung des 12. Senats des BSG zum sog. Poolarzt³. Hunderte Dienstverträge wurden beendet.

II. Entscheidung des BSG vom 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R

Der 12. Senat des BSG hatte am 24.10.2023 in einem Fall über die Frage der abhängigen Beschäftigung bzw. selbständigen Betätigung eines klagenden Zahnarztes, der in Baden-Württemberg am vertragszahnärztlichen Notdienst teilgenommen hatte, zu entscheiden.

Die – wie der Senat in der Pressemitteilung betont – **Entscheidung im Einzelfall** kommt zum für die Fachwelt wenig überraschenden Ergebnis, dass der nicht niedergelassene Zahnarzt, der an der vertragsärztlichen Notversorgung teilnimmt, „nicht automatisch selbständig“ sei.

Folgendes kann gegenwärtig zu der Entscheidung mitgeteilt werden:

1. Öffentlich bekanntgemachter Sachverhalt

Ausweislich der Terminvorschau vom 17.10.2023⁴ ging es um folgenden Fall:

„Seit dem Verkauf seiner Praxis im Jahr 2017 verfügt der klagende Zahnarzt nicht mehr über eine Zulassung zur vertragszahnärztlichen Versorgung. Ab 20. Januar 2018 bis einschließlich 19. April 2019 war er an bestimmten Tagen für die beigeladene KZV Baden-Württemberg als Zahnarzt im Rahmen des Notdienstes überwiegend am Wochenende tätig. Die Tätigkeit fand in durch die KZV angemieteten und durch diese mit Geräten, Material und Personal ausgestatteten Räumlichkeiten eines Notfalldienstzentrums statt. Der Notdienst wurde sowohl durch an der zahnärztlichen Versorgung teilnehmende Zahnärzte als auch durch nicht hierfür zugelassene Zahnärzte – wie den Kläger – durchgeführt. Der Kläger konnte der KZV seine Bereitschaft zur Übernahme konkreter Schichten erklären. Hiervon ausgehend teilte sie ihn nach ihrem Ermessen zu konkreten Schichten ein. Während einer Schicht waren neben dem Kläger ein bis zwei zahnmedizinische Fachangestellte anwesend, die Assistenz- und Dokumentationstätigkeiten ausführten. Die Vergütung des Klägers richtete sich nach der jeweiligen Schicht (zum Beispiel Tag- oder Nachtschicht) und lag pro Stunde zwischen 34 Euro und 50 Euro. Die beklagte Deutsche Rentenversicherung Bund verneinte das Vorliegen von Sozialversicherungspflicht aufgrund einer abhängigen Beschäftigung.“

Klage und Berufung, gerichtet auf Feststellung der Versicherungspflicht, sind erfolglos geblieben. Das Landessozialgericht hat angenommen, es fehle an einem Beschäftigungsverhältnis vor allem deshalb, weil der Kläger durch die KZV mittels eines (mitwirkungsbedürftigen) Verwaltungsakts zum vertragszahnärztlichen Notdienst herangezogen worden sei und er gemäß § 75 Abs 1b Satz 5 SGB V für die Dauer des Notdienstes an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilgenommen habe. Dieses Rechtsverhältnis sei nahezu vollständig durch öffentlich-rechtliche Normen geprägt. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision. Dass er nicht

¹ <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Kassenaerztliche-Vereinigung-kuendigt-400-Bereitschaftsaerzten,poolaarzte102.html> ; siehe unter anderem auch <https://www.kv-rlp.de/praxis/niederlassung/aerztlicher-bereitschaftsdienst/sozialversicherungspflicht> ; <https://www.kvbawue.de/praxis/notfalldienst/dienstpflichtorganisation/poolaarzte> ; <https://www.ardmediathek.de/video/panorama-3/poolaarzte-ist-der-notfalldienst-in-gefahr/ndr/Y3JpZDovL25kci5kZS82OWI1NTE1Zi1iY2UzLTRlZTgtODc4Yy02NmFmZDYyNTNhN2M>.

² https://de.wikipedia.org/wiki/Kassen%C3%A4rztliche_Vereinigung.

³ „Jeder Arzt, der nicht durch seine vertragsärztliche Zulassung zum Bereitschaftsdienst verpflichtet ist, gilt damit als Poolarzt. Beispielsweise: Sicherstellungsassistenten / Entlastungsassistenten, Im Krankenhaus tätige Ärzte / Ermächtigte, Berentete Ärzte, Privatärzte“, <https://www.kvhb.de/praxen/nachrichten/detail/poolarzt-urteil-wer-betroffen-ist-und-wer-nicht>.

⁴ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_33.html.

vollumfänglich an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilgenommen habe, zeige sich schon darin, dass er über keine Abrechnungsbefugnis verfügt habe, sondern stundenweise vergütet worden sei.“⁵

2. Auslöser des Streitfalls – ein Klassiker

Der Auslöser gehört in die Kategorie „Klassiker“, aus mehreren Gründen.

a. Alles ist so lange gut, bis es nicht mehr gut ist:

„Es kam zu Unstimmigkeiten mit Blick auf Behandlungsmodalitäten, speziell Wurzelbehandlungen an Molaren. Der Zahnarzt weigerte sich, eine ‚persönliche Erklärung‘ zu einzelnen Behandlungsinhalten zu unterzeichnen, woraufhin ihn die KVZ nicht mehr zu Notdiensten einteilte.

Deshalb zog er vor das Arbeitsgericht Mannheim. Dort wollte er feststellen lassen, dass es sich bei seiner Notdiensttätigkeit um ein Arbeitnehmerverhältnis gehandelt habe und forderte von der KVZ BW unter anderem die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Urlaubsabgeltung.“⁶

b. Erfolglos (!) hatte der Zahnarzt nach Unstimmigkeiten mit dem Auftraggeber, hier der KVZ Baden-Württemberg, den Arbeitsrechtsweg zwecks Feststellung seiner Arbeitnehmer-eigenschaft beschritten.

Ebenso ohne Erfolg blieben zunächst seine Bemühungen zur Statusfeststellung bei dem SG Stuttgart und dem LSG Baden-Württemberg.

3. Divergenzen zwischen arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Statusfeststellung

Die Annahme, bei der Beurteilung des Status von abhängig Beschäftigten bzw. Selbständigen gebe es keine Divergenzen zwischen Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit ist jedoch verfehlt, worauf die Verfasserin bereits verschiedentlich hingewiesen hat und was sich anhand der hier besprochenen Entscheidung belegen lässt.

Divergenzen zeigten sich in der Vergangenheit schon deutlich bei anderen Entscheidungen des BSG im „Medizinsektor“, z. B. der sog. Honorararztscheidung und der Leitentscheidung des 12. Senats des BSG zum sog. Honorarpfleger⁷.

Der 12. Senat des BSG hatte bei der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung von Honorarärzten gar ausgeführt, die arbeitsgerichtliche Einordnung sei für ihn „unbeachtlich“. In seiner Leitentscheidung zum Status des Honorararztes hatte der 12. Senat im Hinblick auf die Merkmale der Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers und die Weisungsabhängigkeit klargestellt:

„Die Bedeutung des Merkmals der Eingliederung in § 7 Abs 1 S 2 SGB IV wird nicht durch die Änderung von § 611a BGB mit Wirkung vom 1.4.2017 (Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017, BGBl I 258) in Frage gestellt. Die Eingliederung ist dort in der Definition des Arbeitsvertrages zwar nicht mehr genannt. Hieraus wird teilweise abgeleitet, dass das Kriterium für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr von Bedeutung sei, sondern allein die Weisungsbefug-

nis des Arbeitgebers entscheide (zur Entstehungsgeschichte von § 611a BGB instruktiv Stindt, NZS 2018, 481 ff; zum Verhältnis der Topoi Weisungsbindung, fremdbestimmte Arbeit und persönliche Abhängigkeit im Arbeitsrecht Preis, NZA 2018, 817 ff; für ein Festhalten am Kriterium der Eingliederung Wank, AuR 2017, 140, 143 f; für ein Fortleben des Merkmals als Erscheinungsform der Fremdbestimmung Preis in ErfK, 19. Aufl 2019, § 611a BGB RdNr 41; Jousen in BeckOK Arbeitsrecht, Stand 1.6.2019, § 611a BGB RdNr 25). Die für das Sozialversicherungsrecht maßgebende Vorschrift des § 7 Abs 1 S 2 SGB IV hat der Gesetzgeber jedoch nicht geändert. Zudem ist der Gesetzesbegründung zu § 611a BGB zu entnehmen, dass Vorschriften, die eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen, um einen engeren oder weiteren Geltungsbereich festzulegen, unberührt bleiben sollen (BT-Drucks 18/9232 S 31).

Auch wenn die Weisungsgebundenheit der beigeladenen Ärztin bei der Durchführung der jeweiligen Dienste eingeschränkt war, ist sie vorliegend nicht völlig entfallen. Sie unterlag in ihrer Tätigkeit als Anästhesistin bereits aufgrund der Regelung in § 3 des Vertrages zumindest einem Weisungsrecht des Klägers im Hinblick auf die konkrete Ausführung ihrer Tätigkeiten. Ergeben sich etwa Arbeitsort und/oder Arbeitszeit bereits aus vertraglichen Vereinbarungen oder mit einer Tätigkeit verbundenen Notwendigkeiten, kommt es darauf an, ob nach den konkreten Vereinbarungen ein Weisungsrecht hinsichtlich aller Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit besteht oder aber ausgeschlossen ist, und sich die Fremdbestimmtheit der Arbeit auch nicht über eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation vermittelt (BSG Urteil vom 18.11.2015 - B 12 KR 16/13 R - BSGE 120, 99 =

⁵ https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_33.html.

⁶ Ärzteblatt online, Beitrag vom 24.10.2023, Bundessozialgericht: Poolärzte nicht automatisch selbstständig, ärzteblatt.de; Verfahrensgang: SG Stuttgart, Ur. v. 8.9.2020 - S 7 BA 108/20; LSG Baden-Württemberg, Ur. v. 20.7.2021 - L 11 BA 3136/20.

⁷ BSG Urteil v. 4.6.2019 - B 12 R 11/18 Rn. 17: „Der Begriff des Honorararztes ist nicht legaldefiniert und umfasst verschiedene Ausübungsformen und Vertragsgestaltungen. Er wird im Sprachgebrauch der Verfahrensbeteiligten verwendet, um Tätigkeiten zu beschreiben, die die Vertragsparteien als freiberuflich bzw selbstständig verstehen. Nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG ist - hinsichtlich der Leistungs- und Abrechnungsbefugnis - unter einem Honorararzt ein zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätiger (Fach-)Arzt zu verstehen, der aufgrund eines Dienstvertrages im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für einen Krankenträger erbringt, ohne bei diesem angestellt oder als Beleg- oder Konsiliararzt tätig zu sein (BGH Urteil vom 16.10.2014 - III ZR 85/14 - BGHZ 202, 365; BGH Urteil vom 10.1.2019 - III ZR 325/17 - NJW 2019, 1519 = Juris RdNr 13; BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 3.3.2015 - 1 BvR 3226/14 - Juris RdNr 14). Abzugrenzen ist der Begriff des Honorararztes demnach von denjenigen der Beleg- und Konsiliarärzte, für die andere vergütungsrechtliche Vorgaben und regulatorische Rahmenbedingungen gelten. Es kann offenbleiben, unter welchen Umständen Beleg- und Konsiliarärzte im Krankenhaus im Einzelnen sozialversicherungsrechtlich selbstständig tätig sind.“; BSG Urteil v. 7.6.2019 - B 12 R 6/18 R. Dazu Klötzer-Assion in: Klötzer/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2. Aufl. 2023, 4. Kapitel, Rn. 25 f.

SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 30 <Rackjobbing II>). Der konkrete Inhalt, die Durchführung und die Dauer der von der beigeladenen Ärztin geschuldeten Untersuchung, Vorbereitung und Aufklärung der Patienten, die Durchführung von Lokal-, Regional- und Allgemeinanästhesien sowie die fachärztliche Nachsorge und Betreuung der Patienten bedurften der näheren Konkretisierung. Sie musste für die Tätigkeit auf einer bestimmten Station bzw in einem bestimmten Operationsaal eingeteilt werden und ihre Arbeitsleistung unter Führung eines Ober- oder Chefarztes sowie in Abstimmung und arbeitsteiligem Zusammenwirken mit den anderen Mitarbeitern erbringen. Auch in zeitlicher Hinsicht war die beigeladene Ärztin von den organisatorischen Vorgaben des Klinikbetriebes abhängig und konnte die Arbeit nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt abrechnen, sondern musste die ihr zugewiesenen Aufgaben erledigen.“⁸

4. Stringente Fortführung der Rechtsprechungslinie des 12. Senats des BSG

Der 12. Senat des BSG beendete den Rechtsstreit um das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV im hier besprochenen „Poolarzt -Fall“ und gab dem Kläger recht.

Die Entscheidung steht konsequent in der Reihe mit vorangegangenen Urteilen.⁹

In Bezug auf Notärzte im Rettungsdienst entschied der 12. Senat des BSG in drei Fällen im Jahr 2021 ebenfalls, diese seien regelmäßig sozialversicherungspflichtig beschäftigt.¹⁰ Dem folgt auch eine Entscheidung des LSG Niedersachsen zu Piloten im Rettungsdienst vom 28.4.2022.¹¹

Im Bereich der Poolärzte, Bereitschaftsärzte, Honorarärzte und -pfleger sowie Notärzte im Rettungsdienst ist eine selbstständige Tätigkeit und damit der Abschluss entsprechender Verträge nicht mehr rechtssicher möglich.

Die Entscheidungsgründe im jüngsten Fall liegen noch nicht vor und bleiben zwecks vertiefter Analyse abzuwarten.

Der Pressemitteilung zum Termin lässt sich aber schon entnehmen, dass der 12. Senat des BSG entschieden hat,

„dass allein die Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst nicht automatisch zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit zwingt. Vielmehr ist auch dann eine Gesamtabwägung der konkreten Umstände vorzunehmen. Danach war der Kläger wegen seiner Eingliederung in die von der Kassenzahnärztlichen Vereinigung organisierten Abläufe beschäftigt. Hierauf hatte er keinen entscheidenden, erst recht keinen unternehmerischen Einfluss. Er fand eine von dritter Seite organisierte Struktur vor, in der er sich fremdbestimmt einfügte. Auch wurde der Kläger unabhängig von konkreten Behandlungen stundenweise bezahlt. Er verfügte bereits nicht über eine Abrechnungsbefugnis, die für das Vertragszahnarztrecht eigentlich typisch ist. Dass der Kläger bei der konkreten medizinischen Behandlung als Zahnarzt frei und eigenverantwortlich handeln konnte, fällt nicht entscheidend ins Gewicht. Infolgedessen unterlag der Zahnarzt bei der vorliegenden Notdiensttätigkeit aufgrund Beschäftigung der Versicherungspflicht.“¹²

Als wesentlichen Aspekt für eine abhängige Beschäftigung des Pool-Arztes im Sinne des § 7 SGB IV soll in die Gesamtabwägung eingestellt worden sein, dass dieser nicht hatte selbst abrechnen können, nicht in der Lage gewesen sei, Aufwand und Ertrag zu beeinflussen.¹³

Das Merkmal der unternehmerischen Betätigung wird vom Senat einmal mehr besonders gewichtet, während die Weisungsabhängigkeit – oder hier –Weisungsfreiheit eine weniger gewichtige Rolle spielte.

Der Verband der Gründer und Selbstständigen Deutschland e.V. zitiert mit Blick auf Abgrenzungsfragen in einer Meldung den Vorsitzenden des Bundesverbands der Honorarärzte Schäfer, der sagte: „Es geht gar nicht um die einzelnen Kriterien. Eigentlich geht es um eine politische Debatte, die auf der Ebene der Sozialgerichte geführt wird. Es fehlt an einer eindeutigen gesetzlichen Definition, was Selbstständigkeit ist.“¹⁴

5. Fazit

Anders als andere Wirtschaftszweige haben Ärzte eine Lobby. So fordert Ullmann, Mitglied im BDI-Vorstand und gesundheitspolitischer Sprecher der FDP im Bundestag eine Reform. Es bedürfe einer Gesetzesinitiative, „um dieses drängende Problem zu lösen und die Zukunft des Notdienstes zu sichern.“ Es sei „unerlässlich“, eine „nachhaltige und faire Lösung für die Sozialversicherung der Poolärzte“ zu finden und „gleichzeitig die Qualität und Verfügbarkeit der Notdienste“ aufrecht zu erhalten.¹⁵

a. Der Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e.V. fordert in seiner Stellungnahme vom 3.11.2023 eine Änderung des § 7 SGB IV, dem ein 5. Absatz angefügt werden soll:

„Die Tätigkeit im Rahmen einer auf Gesetz beruhenden vertraglichen Kooperation ist keine Beschäftigung.“

Und: § 23c SGB IV, der in Absatz 2 die Notärzte im Rettungsdienst dahingehend privilegiert, als deren Einnahmen nicht beitragspflichtig sind¹⁶,

⁸ Urteil vom 4.6.2019, B 12 R 11/18 R, Rn. 29, 30 abgerufen unter: https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/2019_06_04_B_12_R_11_18_R.html.

⁹ Ausführlich Baade/Reiserer, Der selbständige „Pool-Arzt“ als Anfang vom Ende des Bereitschafts-dienstes – ein Weckruf?, DStR 2023, 2624 ff.

¹⁰ B 12 KR 29/19 R, B 12 R 9/20 R, B 12 R 10/20 R.

¹¹ L 12 BA 29/19.

¹² https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_35.html.

¹³ Ärzteblatt online, Beitrag vom 24.10.2023, Bundessozialgericht: Poolärzte nicht automatisch selbstständig, ärzteblatt.de.

¹⁴ Lesetipp Urteil zu „Pool-Ärzten“, „Der Senat schafft die freie Mitarbeit praktisch ab“, 18. Dezember 2023, <https://www.vgsd.de/urteil-zu-pool-aerzten-der-senat-schafft-die-freie-mitarbeit-praktisch-ab>.

¹⁵ BDI aktuell 12/2023/1/2024.

¹⁶ Eingefügt am 11.4.2017 mit dem Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung.

„wenn diese Tätigkeiten neben

1. einer Beschäftigung mit einem Umfang von regelmäßig mindestens 15 Stunden wöchentlich außerhalb des Rettungsdienstes oder
2. einer Tätigkeit als zugelassener Vertragsarzt oder als Arzt in privater Niederlassung ausgeübt werden“,

solle auf Tätigkeiten von Ärzten, die auf gesetzlicher Kooperation beruhen, ebenfalls erstreckt werden.¹⁷ Auch die Hessische Landesärztekammer fordert eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht.¹⁸

b. Mit der Einfügung einer weitergehenden gesetzlichen Definition der Beschäftigung in § 7 SGB IV ist nach Auffassung der Verfasserin eher nicht zu rechnen.

Zur Erinnerung:

1999

Mit Wirkung zum 1.1.1999 hatte der Gesetzgeber in § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. Abgrenzungskriterien eingefügt, welche die Feststellung einer Beschäftigung im Sinne der Vorschrift erleichtern sollten.

§ 7 Abs. 4 SGB IV a.F. ließ seinerzeit bei Personen, die erwerbsmäßig tätig sind und

1. im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen;
2. regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind;
3. für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen, insbesondere Weisungen des Auftraggebers unterliegen und in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sind; oder
4. nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten

die Vermutung zu, dass sie gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, wenn mindestens zwei der genannten vier Merkmale vorliegen (sog. zwei-von-vier-Regel).

Dieser „Kriterienkatalog“ wurde sehr schnell, schon nach einem Jahr rückwirkend durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 26.11.1999¹⁹ geändert.

Gemäß § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. konnte eine Beschäftigung im Sinne der Norm vermutet werden, wenn drei der folgenden fünf Merkmale vorlagen:

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat DM 630,- übersteigt.

2. Sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig.
3. Ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten.
4. Ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen.
5. Ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte (sog. drei-von-fünf-Regel).

§ 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV galt seinerzeit nicht für Handelsvertreter. Die Vermutung konnte widerlegt werden. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vermutungsregelung war jedoch, dass eine erwerbsmäßig tätige Person ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder nach § 196 Abs. 1 SGB VI nicht erfüllte. Im Übrigen hatte der Sozialversicherungsträger im Rahmen der Amtsermittlung die entsprechenden Feststellungen zu treffen.

2003

Durch Art. 2 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002²⁰ wurde § 7 Abs. 4 SGB IV mit Wirkung vom 1.1.2003 nochmals angepasst. Nunmehr war für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421l SGB III (Existenzgründerzuschuss) beantragten, widerlegbar zu vermuten, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses galten diese Personen als selbständig Tätige.

Die Regelung hielt nicht lange. Dazu der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags:

„Diese Vermutungsregelung hat in der Praxis aufgrund des zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes keine weitere Bedeutung erlangt und wurde daher durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (BGBl. I S. 4621) mit Wirkung vom 01.01.2003 auf-

¹⁷ Stellungnahme <https://www.bda.de/docman/alle-dokumente-fuer-suchindex/oeffentlich/aktuelles-1/2743-stellungnahme-kooperationen-scheinselbstaendigkeit-bda-1/file.html> Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e. V. (BDA) zu gesetzlich geforderten ärztlichen Kooperationen im Gesundheitswesen (§§115b, 115f, 115g_neu SGB V) / Scheinselbstständigkeitsvorwurf, <https://www.bda.de/docman/alle-dokumente-fuer-suchindex/oeffentlich/aktuelles-1/2743-stellungnahme-kooperationen-scheinselbstaendigkeit-bda-1/file.html>.

¹⁸ Pressemitteilung vom 27.10.2023, <https://www.bundesaeztekammer.de/presse/aktuelles/detail/hessischer-aerztekammerpraesident-fordert-befreiung-der-poolaerzte-von-der-sozialversicherungspflicht>.

¹⁹ BGBl. 2000 Teil I Nr. 1 vom 10. Januar 2000.

²⁰ BGBl. 2002 Teil I Nr. 87 vom 30. Dezember 2002, S. 4621.

gehoben. Die bisherige Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 SGB IV wurde durch eine neue Vermutungsregel zu Gunsten der Selbstständigkeit der sog. „Ich-AG“ (Existenzgründerzuschuss nach § 421 I des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitslosenversicherung - SGB III) ersetzt. Sie hat mit dem Auslaufen der Ich-AG zum 30.06.2006 (Fünftes Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 22.12.2005 - BGBl. I 3676) nur noch

übergangsweise Bedeutung. Es gilt nunmehr weiterhin unverändert der Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV mit den von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätzen.“²¹

2009

§ 7 Abs. 4 SGB IV wurde aufgehoben.

III. Gegenwart und Zukunft – europäische Initiativen gescheitert

Wirtschaftsverbände machen sich seit Längerem für die Wiedereinführung des Kriterienkatalogs in § 7 SGB IV stark und wenden sich gegen den Missbrauch von Werkverträgen.

In § 611a BGB hat der Gesetzgeber nach kontroverser Diskussion die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Statusabgrenzung nicht kodifiziert.

Mansdörfer fordert vor dem Hintergrund der straf- und bußgeldrechtlichen Haftung eine Revision und die Wiedereinführung von Kriterien in § 7 SGB IV.²²

Die von allen Akteuren gewünschte Rechtssicherheit wird vermutlich dadurch nicht erreicht. Die Reform des Statusfeststellungsverfahrens in § 7a SGB IV bleibt hinter den Erwartungen zurück. Private Anbieter, die als Innovations - Champions 2024 ausgezeichnet sind, stellen Zertifikate für Selbstständige aus und bieten eine Art digitales Statusfeststellungsprogramm parallel zum behördlichen Verfahren an.²³ Ohne als KI - Muffel gelten zu wollen, lässt sich aus Perspektive der Strafverteidigung und der Beratung zur Contractor Compliance doch zur Vorsicht raten.

Und schließlich: Bereits vor drei Jahren hatte die EU-Kommission einen Entwurf für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vorgelegt (COM(2021) 762 final)²⁴.

Auch in dem Richtlinienvorschlag war der Versuch unternommen, Abgrenzungskriterien aufzunehmen.²⁵ Der zuletzt vorliegende Kompromiss wurde als „fauler Kompromiss“²⁶ bezeichnet. Kritisiert wurde unter anderem eine gesetzliche Vermutung für ein Arbeitsverhältnis nach Artikel 4 des Richtlinienvorschlags:

Gesetzliche Vermutung

(1) Das Vertragsverhältnis zwischen einer digitalen Arbeitsplattform, die die Arbeitsleistung im Sinne des Absatzes 2 kontrolliert, und einer Person, die Plattformarbeit über diese

Plattform leistet, wird rechtlich als Arbeitsverhältnis angesehen. Zu diesem Zweck legen die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Rechts- und Justizsystem einen Rahmen für Maßnahmen fest.

Die gesetzliche Vermutung gilt in allen einschlägigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Die zuständigen Behörden, die die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften überprüfen oder durchsetzen, können sich auf diese Vermutung stützen.

(2) Die **Kontrolle der Arbeitsleistung** im Sinne von Absatz 1 ist so zu verstehen, dass sie mindestens zwei der folgenden Punkte vorsieht:

a) effektive Bestimmung der Höhe der Vergütung oder Festlegung von Obergrenzen der Vergütung;

b) Aufforderung der Plattformarbeit leistenden Person, bestimmte verbindliche Regeln in Bezug auf Erscheinungsbild und Verhalten gegenüber dem Empfänger der Dienstleistung bzw. in Bezug auf die Arbeitsleistung einzuhalten;

c) Überwachung der Arbeitsleistung oder Überprüfung der Qualität der Arbeitsergebnisse, auch auf elektronischem Wege;

d) effektive Einschränkung der Freiheit, die Arbeit zu organisieren – insbesondere den Ermessensspielraum bei der Wahl der Arbeitszeit oder der Abwesenheitszeiten –, Aufgaben anzunehmen oder die Dienste von Unterauftragnehmern oder Ersatzkräften in Anspruch zu nehmen, auch durch den Einsatz von Sanktionen;

e) effektive Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenteam aufzubauen oder Arbeiten für Dritte auszuführen.

(3) Die Mitgliedstaaten ergreifen unterstützende Maßnahmen, um die wirksame Umsetzung der in Absatz 1 genannten gesetzlichen Vermutung zu gewährleisten; dabei gilt es die Auswirkungen auf Start-up-Unternehmen zu berücksichtigen, die Erfassung echter Selbstständiger zu vermeiden und das nachhaltige Wachstum digitaler Arbeitsplattformen zu unterstützen. Dabei müssen sie insbesondere:

²¹ Ausarbeitung WD 6 - 3000-166/07, Abschluss der Arbeit: 20.9.2007, Fachbereich WD 6: Arbeit und Soziales

<https://www.bundestag.de/resource/blob/412804/aebb9a2d5f1dc0a4698447732d953c86/WD-6-166-07-pdf-data.pdf>.

²² Solo- oder scheinselfständig? Die Rechtsprechung zu § 266a StGB, § 7 SGB IV bedarf der Revision!, jM 2020, 123 ff.

²³ Certified Independent Professional, <https://cip-scheinselbstaendigkeit.de>.

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A762%3AFIN>; siehe dazu BR-Drs. 846/21 vom 11.3.22 zur mangelnden Datenlage.

²⁵ Erwägungsgründe 20 - 25 COM(2021) 762 final; siehe auch <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/platform-work-eu/>.

²⁶ „Fauler Kompromiss: Mit Beweislastumkehr und unklarem Plattform-Begriff sollen schwächste Punkte der Richtlinie bleiben“, Update, 09.02.2024, <https://www.vgsd.de/vorlaeufige-einigung-zur-plattform-richtlinie-eu-will-beschaeftigung-bei-zwei-erfuellten-kriterien-vermuten/>.

a) sicherstellen, dass Informationen über die Anwendung der gesetzlichen Vermutung in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Weise öffentlich zugänglich gemacht werden;

b) Leitlinien für digitale Arbeitsplattformen, Personen, die Plattformarbeit leisten, und Sozialpartner aufstellen, damit diese die gesetzliche Vermutung verstehen und umsetzen können, einschließlich in den Verfahren zur Widerlegung dieser Vermutung gemäß Artikel 5;

c) Leitlinien für Durchsetzungsbehörden aufstellen, damit diese proaktiv nicht regelkonforme digitale Arbeitsplattformen ausmachen und verfolgen können;

d) die Kontrollen und Inspektionen vor Ort, die von den Arbeitsaufsichtsbehörden oder den für die Durchsetzung des Arbeitsrechts zuständigen Stellen durchgeführt werden, verstärken, wobei sicherzustellen ist, dass diese Kontrollen und Inspektionen verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sind.

(4) Bei Vertragsverhältnissen, die vor dem in Artikel 21 Absatz 1 genannten Datum eingegangen wurden und zu dem in Artikel 21 Absatz 1 genannten Datum noch laufen, gilt die in Absatz 1 genannte gesetzliche Vermutung nur für den Zeitraum ab diesem Datum.

Die in Artikel 4 Abs. 2 Richtlinienvorschlag zur Vermutung eines Arbeitsverhältnisses geforderte „Kontrolle“ erinnert an das Merkmal der Weisungsgebundenheit in § 7 SGB IV und die „zwei-von-vier“-Regel, kommt ebenfalls bekannt vor. Erfolgt unter der belgischen Ratspräsidentschaft keine Einigung zu den Europawahlen im Juni 2024, käme es wegen Diskontinuität nicht mehr zur Umsetzung des ambitionierten Vorhabens.

Nun ist der Richtlinienvorschlag vom Tisch.²⁷ Die erforderliche notwendige qualifizierte Mehrheit der Mitgliedstaaten wurde verfehlt. Deutschland hatte sich bei der Abstimmung enthalten. Im nationalen Recht ist die Entscheidung des BAG²⁸ für die Einordnung von „Crowd-Workers“ bis auf weiteres wohl der einzige Anhaltspunkt in Statusabgrenzungsfragen zum Thema Plattformarbeit.

²⁷ https://www.haufe.de/personal/arbeitsrecht/eu-richtlinie-plattformarbeit_76_558202.html.

²⁸ BAG, Urt. v. 1.12.2020 - 9 AZR 102/20; dazu auch Mahnhold „Work on Demand in Zeiten des ‚Arbeitens 4.0‘“ in: Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 2. Aufl. 2023, Kapitel 7.

Rechtsanwältin und Diplom-Finanzwirtin (FH)
Antje Klötzer-Assion, Frankfurt am Main

Rechtsprechungsübersicht: Wichtige Entscheidungen der Sozialgerichte 2021–2023 zum Thema Scheinselbständigkeit

„Pool-Arzt“ im ärztlichen Notdienst der KZV

BSG B 12 R 9/21 R vom 24.10.2023

Ein Zahnarzt im vertragszahnärztlichen Notdienst ist nicht automatisch selbstständig. Daher unterliegt er der Versicherungspflicht. Ein Zahnarzt im Notdienst, der an die organisatorischen Abläufe der Kassenzahnärztlichen Vereinigung gebunden ist und ein festes Stundenhonorar erhält, sei als abhängig Beschäftigter anzusehen, auch wenn er medizinisch eigenverantwortlich handeln kann.

Fitnesstrainer: Freie Mitarbeit

Bayerisches LSG, Beschl. v. 18.8.2023 - L 7 BA 72/23 B ER

Kursleiter in Fitnessstudios gelten als abhängig beschäftigt.

Sozialversicherungspflicht bei Vertragsbeziehungen mit Ein-Personen-Kapitalgesellschaft

BSG, 20.7.2023 - B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R

Feststellung der abhängigen Beschäftigung trotz Auftragsverhältnis zur Ein-Personen-Kapitalgesellschaft.

Hessisches LSG, Urt. v. 18.11.2021 - L 1 BA 25/21

Keine Feststellung der abhängigen Beschäftigung trotz Auftragsverhältnis zur Ein-Personen-Kapitalgesellschaft, Honorarpflegekräfte (aufgehoben BSG BSG, 20.7.2023 - B 12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R und B 12 BA 4/22 R).

Ein-Personen-UG, Pflege

Sächsisches LSG, Urt. v. 15.11.2022 - L 9 BA 38/19

Solounternehmer in der UG ohne eigene Arbeitnehmer ist abhängig beschäftigt.

Yoga-Kursleiter

Hessisches LSG, Beschl. v. 28.6.2023 - L 2 R 214/22

Beratertätigkeit, Lehrertätigkeit

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV: Feststellung der Selbständigkeit, Feststellung der Versicherungspflicht nach Wegfall der Versicherungsfreiheit nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 SGB VI.

Tätigkeit eines Journalisten, Pressefreiheit

Hessisches LSG, Urt. v. 28.3.2023 - L 8 BA 52/19

Keine abhängige Beschäftigung, typische Betätigung des freien Journalisten

Bilanzbuchhalter einer Steuerberatungsgesellschaft, Stammkapital 50%, mitarbeitender Gesellschafter

BSG, Urt. v. 13.03.2023 - B 12 R 6/21 R

Feststellung abhängige Beschäftigung nach Statusfeststellungsverfahren (Rn. 20 zitiert nach Sozialgerichtsbarkeit.de):

„Selbst bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer kommt es bei der statusrechtlichen Beurteilung nicht nur auf dessen Weisungsfreiheit an. Vielmehr muss ein nicht abhängig beschäftigter Gesellschafter-Geschäftsführer in der Lage sein, auf die Ausrichtung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens umfassend Einfluss zu nehmen und damit das unternehmerische Geschick der GmbH insgesamt wie ein Unternehmensinhaber zu lenken (vgl BSG Urteil vom 28.6.2022 B 12 R 4/20 R SozR 42400 § 7 Nr 66 RdNr 32; BSG Urteil vom 1.2.2022 B 12 KR 37/19 R BSGE 133, 245 = SozR 42400 § 7 Nr 61, RdNr 13). Dafür braucht es grundsätzlich eine sich auf die gesamte Unternehmenstätigkeit erstreckende Gestaltungsmacht (vgl BSG Urteil vom 28.6.2022 aaO, RdNr 33). Andernfalls ist der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht im ‚eigenen‘ Unternehmen tätig, sondern in funktionsgerecht dienender Weise in die GmbH als seine Arbeitgeberin eingegliedert (vgl BSG Urteil vom 1.2.2022 B 12 KR 37/19 R BSGE 133, 245 = SozR 42400 § 7 Nr 61, RdNr 13). Dies gilt grundsätzlich auch für im Leitungsbereich einer GmbH mitarbeitende, nicht zum Geschäftsführer bestellte Gesellschafter.“

Trockenbauer/Bauarbeiter GbR

LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.10.2021 - L 8 BA 3118/20

Musterverfahren zum Vorliegen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung bei einer zur Umgehung der Sozialversicherungspflicht gegründeten GbR der beschäftigten Arbeitnehmer

Eine GmbH beschäftigt seit Jahren zumeist rumänische Staatsangehörige, die als selbstständige Unternehmer angesehen wurden, da sie zahlreiche Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR) gründeten (Rn. 51 zitiert nach openjur):

„Allein die Zuweisung von Risiken macht einen abhängig Beschäftigten noch nicht zum Selbständigen. Stellt sich die Risikozuweisung, wie z. B. fehlende Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, fehlender Urlaubsanspruch, Mängelgewährleistung oder umfassende Haftung lediglich als Zweck einer vorgeschobenen Selbständigkeit dar, so sind diese Merkmale ungeeignet, die Annahme von Selbständigkeit zu begründen (LSG Hamburg, Urteil vom 14.12.2011 - L 2 R 139/10 -, juris, Rdnr. 41).“

Hessisches LSG, Urt. v. 26.1.2023 - L 8 BA 51/20

Abhängige Beschäftigung, kein unternehmerisches Risiko, GbR nicht am Markt tätig.

Ärzt hotline: Sozialversicherungspflicht im Homeoffice

LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 20.2.2023 - L 2/12 BA 17/20

Feststellung abhängiger Beschäftigung nach Statusfeststellungsverfahren, Keine Inrechnungstellung ärztlicher Leistungen, Kein unternehmerisches Risiko.

Ordner in Stadien und bei Festivals

LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 26.1.2023 - L 3 BA 6/19

Für ein Sicherheitsunternehmen im Fußballstadion oder bei einem Musikfestival arbeitende Ordner sind in der Regel keine selbstständigen Unternehmer, geringfügige Beschäftigung.

Pilot ohne eigenes Flugzeug

Hessisches LSG, Urt. v. 3.11.2022 - L 8 BA 65/21

Abhängige Beschäftigung, kein unternehmerisches Risiko.

Rettungseinsätze als Notärztin oder Notarzt

BSG, Urt. v. 19.10.2021 - B 12 KR 29/19 R, B 12 R 9/20 R, B 12 R 10/20 R

Versicherungspflichtige Beschäftigung: Notarzt war in (Rn. 36 zitiert nach openjur):

„einer seine Tätigkeit prägenden Art und Weise fremdbestimmt in den Rettungsdienstbetrieb eingliedert und hat seine Arbeitskraft eingesetzt.“

Physiotherapeuten

LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 16.7.2021 - L 4 BA 75/20

Physiotherapeuten sind abhängig beschäftigt, wenn sie in die Organisation der Praxis eingegliedert sind und kein Unternehmerrisiko tragen.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelle Rechtsprechung zum Wirtschafts- und Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Wiedereinsetzung bei als Verteidiger ignoriertem Steuerberater – § 44 StPO

Verteidigt ein Steuerberater den Beschuldigten eines Strafverfahrens, hat ein Wiedereinsetzungsantrag Aussicht auf Erfolg, wenn der Berufsangehörige von dem Erlass eines Strafbefehls nichtunterrichtet wird und deswegen ein fristgerechter Einspruch unterbleibt.

LG Köln, Beschluss vom 17.04.2023, 116 Qs 2/23, n.v.

Führt die Finanzbehörde Steuerstrafverfahren in eigener Zuständigkeit, können Steuerberater uneingeschränkt zu alleinigen Verteidigern gewählt werden (§ 392 Abs. 1 AO i. V. m. § 138 StPO). Diese Befugnis betrifft das gesamte finanzbehördliche Verfahren. Sie endet erst, wenn Staatsanwaltschaft und Gericht mit der Sache befasst sind. Es ist zwar umstritten, ob Steuerberater in diesen Fällen noch wirksam Einspruch gegen einen von der Finanzbehörde beantragten Strafbefehl einlegen können (umfassend zum Streitstand s. Jäger, in: Klein, AO, 17. Aufl. 2024, § 392 Rn. 2). Selbst wenn man die Berechtigung verneint, hat das Gericht den verteidigenden Berufsangehörigen aber über den Strafbefehl zu unterrichten. Der Beschuldigte muss sich darauf verlassen können, dass sein Verteidiger vom Erlass eines Strafbefehls erfährt, die Frist für einen möglichen Einspruch selbstständig überwacht und sich mit dem Mandanten zwischenzeitlich berät bzw. entscheidet, ob Rechtsbehelfe eingelegt werden sollen.

Zu der Entscheidung vgl. Schützeberg, jurisPR-SteuerR 38/2023 Anm. 1, sowie Weyand, KP 2024, 18.

2. (Kein) Teilverzicht auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts – § 52 StPO

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

BGH, Beschluss vom 18.10.2023 – 1 StR 222/23, StraFo 2024, 50.

Der BGH hat diese Rechtsfrage jetzt erstmals entschieden; sie wurde zuvor explizit offengelassen durch BGH, Urteil vom 30.06.2020 – 3 StR 377/18, NStZ 2020, 741.

3. Anforderungen an die Begründung eines Durchsuchungsbeschlusses – § 102 StPO

Ein Durchsuchungsbeschluss wegen Steuerhinterziehung ist rechtswidrig, wenn er keine Angaben zur tatbestandsmäßigen Erklärungshandlung enthält, also dazu, durch welches Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen die Hinterziehung begangen worden sein soll.

LG Nürnberg, Beschluss vom 07.06.2023 – 12 Qs 24/23 – StraFo 2023, 315.

Der Entscheidung zustimmend Rixe/Hölters, jurisPR-StrafR 19/2023 Anm. 3. Ist die Durchsuchungsanordnung mangels ausreichender Begründung rechtswidrig, hindert dies nach Auffassung derselben Kammer die spätere Beschlagnahme der bei der Durchsuchung sichergestellten Unterlagen indes nicht, wenn die Ermittlungsakte bei Erlass der Durchsuchungsanordnung einen hinreichenden Tatverdacht belegt. Insoweit besteht dann auch kein Beweisverwertungsverbot; vgl. LG Nürnberg, Beschluss vom 13.11.2023 – 12 Qs 72/23, StraFo 2024, 19.

Die Mindeststandards, die beim Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses zu beachten sind, hat das BVerfG im Übrigen unlängst erneut deutlich gemacht; s. BVerfG, Beschluss vom 19.04.2023 – 2 BvR 2180/20, NStZ-RR 2023, 216, sowie Travers/Gallus, jurisPR-Compl 5/2023 Anm. 2.

4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Durchsuchungen – § 102 StPO

Eine Durchsuchung beim Beschuldigten ist nicht bereits deshalb unzulässig, weil lediglich die Einkommensverhältnisse des Beschuldigten ermittelt werden sollten. Nach § 160 Abs. 3 S. 1 StPO haben sich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft nämlich auch auf Umstände zu erstrecken, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind. Dazu zählen die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eines Beschuldigten zwecks Bestimmung der Tagessatzhöhe. Stehen grundrechtsschonende alternative Ermittlungshandlungen, wie etwa bislang unterbliebene Nachfragen beim Verteidiger des Beschuldigten oder Auskünfte einer Besoldungsstelle bzw. eine Schätzung auf der Grundlage des § 40 Abs. 3 StGB zur Verfügung, ist eine Durchsuchung beim Beschuldigten jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn lediglich Ehrverletzungsdelikte Gegenstand der Ermittlungen sind.

BVerfG, Beschluss vom 15.10.2023 – 1 BvR 52/23, StraFo 2024, 16.

Dem Tatrichter steht eine Schätzungsbefugnis (§ 40 Abs. 3 StGB) zu, sofern entweder der Angeklagte keine oder unrichtige Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen macht oder deren Ermittlung zu einer unangemessenen Verzögerung des Verfahrens führen würde bzw. der erforderliche Aufwand nicht im Verhältnis zur Höhe der Geldstrafe stehen würde; vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2017 – 1 StR 147/17, StraFo 2017, 338.

5. Antragsberechtigung im Adhäsionsverfahren – § 403 StPO

Antragsberechtigt im Adhäsionsverfahren ist auch, wer einen fremden Anspruch im eigenen Namen im Wege gewillkürter Prozessstandschaft geltend macht.

BGH, Beschluss vom 14.11.2023 – 6 StR 495/23, ZInsO 2024, 143.

Im Adhäsionsverfahren ist antragsbefugt, wer einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch geltend macht. Dies begründet eine Antragsbefugnis auch für Personen, die nicht unmittelbare oder mittelbare Verletzte der Tat oder deren Erben sind. Der Antragssteller kann deshalb als Rechtsnachfolger des Verletzten, namentlich im Wege des vertraglichen (vgl. § 398 BGB) oder gesetzlichen Forderungsübergangs (vgl. § 116 Abs. 1 SGB X), einen eigenen Anspruch oder – nach Ermächtigung durch den Verletzten – einen fremden Anspruch im eigenen Namen geltend machen. Eine gewillkürte Prozessstandschaft ist zulässig, wenn der Prozessführende vom Rechtsinhaber zu dieser Art der Prozessführung ermächtigt worden ist und er ein eigenes schutzwürdiges – auch wirtschaftliches – Interesse an ihr hat. Dies ist der Fall, wenn eine Muttergesellschaft Ansprüche einer Tochtergesellschaft verfolgt.

Zum Adhäsionsverfahren als Mittel der Massemehrung vgl. grundlegend Weyand, ZInsO 2013, 865. Der BGH hat mittlerweile das Recht des Insolvenzverwalters, Ansprüche des Schuldners dergestalt geltend zu machen, zumindest für die Forderungen bejaht, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind; vgl. BGH, Beschluss vom 26.10.2021 – 4 StR 145/21, ZInsO 2021, 2740. Ein Adhäsionsantrag im Sicherungsverfahren ist indes nicht statthaft, BGH, Beschluss vom 12.04.2023 – 4 StR 468/22, NStZ-RR 2023, 383.

6. (Nicht-)Bescheidung von Querulanten und Rechtsschutzgarantie – Art. 20 GG

Aus der Rechtsschutzgarantie (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) folgt zwar im Grundsatz die Pflicht, über Anträge oder Eingaben auch dann förmlich zu entscheiden, wenn das Gericht mehrfach und in ähnlichen Fällen angerufen wird. Allerdings findet dieser Grundsatz eine Grenze, wenn Anträge offensichtlich aussichtslos und immer nach demselben Muster gestellt werden. Die Rechtsschutzgarantie fordert nämlich nicht, dass eindeutig missbräuchliche Anträge, die einen Streit in derselben Sache lediglich verlängern, fortwährend verbeschieden werden.

BGH, Beschluss vom 10.10.2023 – 2 ARs 166/21, NStZ-RR 2024, 23.

S. zu der Problematik bereits BGH, Beschluss vom 28.02.2023 – 2 ARs 65/22, NStZ-RR 2023, 287.

II. Materielles Strafrecht

1. Selbständige Einziehung bei verjährter Straftat – § 76a StGB

Das Gericht kann die selbständige Einziehung des durch oder für eine verjährte Straftat erlangten Ertrages oder des-

sen Wertes nach § 76a Abs. 2 S. 1 StGB im subjektiven Verfahren mit dem Urteil anordnen, durch das es das Verfahren hinsichtlich dieser Tat einstellt; in einem solchen Fall bedarf es mithin nicht des Übergangs in das objektive Verfahren gemäß §§ 435 ff. StPO.

BGH, Beschluss vom 23.05.2023 – GSSt 1/23, StraFo 2024, 53.

Die Rechtsfrage wurde bislang von den Strafsenaten des BGH unterschiedlich beantwortet; s. zusammenfassend BGH-Beschlüsse vom 04.05.2022 – 1 ARs 13/21, NStZ-RR 2022, 255, und vom 23.06.2022 – 2 ARs 405/21, NStZ-RR 2023, 121, sowie BGH-Beschlüsse vom 30.03.2022 – 4 ARs 15/21, n.v., und vom 20.01.2022 – 5 ARs 28/21, wistra 2022, 165.

2. Einziehung bei Insiderhandel – §§ 73, 73d StGB

Bei Insidergeschäften (hier: front running) unterliegt der für jede einzelne Erwerbstat erzielte Vermögenszufluss der Einziehung; Aufwendungen für den Erwerb der durch verbotenen Insiderhandel angeschafften Derivate unterfallen dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 S. 2 StGB und sind nicht zu berücksichtigen.

BGH, Beschluss vom 08.02.2023 – 2 StR 204/22, wistra 2023, 466.

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Pananis, ZWH 2023, 159, und von Rönnau/Saathoff, JR 2024, 45.

3. Einziehung von Taterträgen beim Bankrott – § 73 StGB

Nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB beiseite geschaffte oder verheimlichte Gegenstände oder wirtschaftliche Vorteile sind Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 Alternative 1 StGB. Gegenstände, die der Täter oder ein Einziehungsbeteiligter als Wertersatz hinterlegt hat, um die Freigabe eines beschlagnahmten Rechts zu bewirken, unterliegen, ungeachtet dessen, dass insoweit § 111d Abs. 2 S. 2 StPO keine (analoge) Anwendung findet, der Einziehung, sofern das später erkennende Gericht die Voraussetzungen der Einziehung des beschlagnahmten Rechts feststellt.

BGH, Beschluss vom 14.06.2023 – 1 StR 327/22, ZInsO 2023, 2169.

Zu der Entscheidung s. die Anm. Meißner, NZI 2023, 978, sowie erschöpfend Heindorf, ZRI 2024, 137. S. überdies bereits BGH, Beschluss vom 14.03.2016 – 1 StR 337/15, ZInsO 2016, 792, m. Anm. Brand, NJW 2016, 1528.

4. Eingehungsbetrug und unwirksames Immobiliengeschäft – § 263 StGB

Mit dem Abschluss eines schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts kann ein von § 263 Abs. 1 StGB erfasster Vermögensnachteil eintreten, wenn der getäuschte Vertragspartner Verpflichtungen eingeht und diese nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung wertmäßig nicht durch erlangte Gegenansprüche kompensiert werden, also sich bei Gegenüberstel-

lung der wechselseitigen Verpflichtungen der Vertragsparteien ein Negativsaldo zum Nachteil des Getäuschten ergibt. Ist der Vertrag aber wegen eines Formmangels gemäß § 125 BGB nichtig, entstehen keine wechselseitigen Ansprüche, so dass ein Verstoß gegen § 263 StGB nicht vorliegt.

BayObLG, Beschluss vom 26.09.2023 – 202 StRR 68/23, ZInsO 2023, 2455.

Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die irrtumsbedingte Vermögensverfügung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (sogenanntes „Prinzip der Gesamtsaldierung“; st. Rspr., vgl. jüngst BGH, Urteil vom 01.06.2023 – 4 StR 225/22, medstra 2023, 384 m.w.N.). Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Vertrages verleitet, sind bei der für die Schadensfeststellung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen. Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein Negativsaldo zu seinem Nachteil ergibt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung.

5. Leichtfertige Geldwäsche bei Finanzagenten – § 261 StGB

Leichtfertige Geldwäsche ist zu bejahen, wenn sich bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu viele Merkwürdigkeiten ergeben, unter anderem, dass die vereinbarte Tätigkeit für ihre Schwierigkeit (zu) gut entlohnt wird, wirtschaftlich keinen Sinn gibt, Kontakte zu mutmaßlichen Kollegen unterbunden werden und/oder Geldbewegungen über Privatkonten gefordert werden.

LG Hildesheim, Urteil vom 12.10.2023, 25 NBs 5/23, AGS 2023, 523.

6. Rechtsbeugung bei Opportunitätseinstellungen – § 339 StGB

Der objektive Tatbestand der Rechtsbeugung ist nicht verwirklicht, wenn sich der Beschuldigte nicht bewusst und in schwerwiegender Art und Weise von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln nicht an eigenen Maßstäben statt an Recht und Gesetz ausrichtet. Hieran fehlt es auch dann, wenn eine Amtsanwältin Ermittlungsakten bearbeitet, ihre Einstellungsentscheidungen unter Abwägung der daraus ersichtlichen Umstände – mithin unter Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens – letztlich ermessensfehlerhaft trifft.

BGH, Urteil vom 15.03.2023 – 2 StR 217/22, Kriminalistik 2024, 60.

Täter des § 339 StGB kann mithin nur sein, wer einerseits die Unvertretbarkeit seiner Rechtsansicht zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, er sich andererseits der grundlegenden Bedeutung der verletzten

Rechtsregel für die Verwirklichung von Recht und Gesetz auch bewusst ist.

Zu der Entscheidung s. die Anm. v. Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2023, 729.

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

Keine mathematische Berechnung der verwirkten Bußgeldhöhe – § 17 Abs. 4 OWiG

Bei der Bemessung der Geldbuße sind verwaltungsinterne Bußgeldrichtlinien für die Gerichte nicht von maßgeblicher Bedeutung. Eine mathematische Berechnung der Bußgeldhöhe sieht das geltende Recht nicht vor. Vielmehr hat das Tatgericht die Bußgeldhöhe aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte zu bestimmen. Die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG bei der Bemessung der Bußgeldhöhe setzt voraus, dass das Tatgericht konkrete Feststellungen dazu trifft, welche Vorteile der Täter durch die Begehung der Ordnungswidrigkeit tatsächlich gezogen hat.

BayObLG, Beschluss vom 06.11.2023 – 202 ObOWi 1122/23, n.v.

Zu der Entscheidung Rathgeber, FD-StrafR 2023, 820540.

IV. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Einbeziehung Dritter in der Schutzbereich eines Mandatsvertrags – § 675 BGB

Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des zwischen Rechtsberater und Mandant geschlossenen Mandatsvertrags ist nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil dem Berater im Verhältnis zum Mandanten nur eine Schutz- oder Fürsorgepflichtverletzung zur Last fällt. Die Hinweis- und Warnpflicht des Rechtsberaters bei möglichem Insolvenzgrund kann Drittschutz für den Geschäftsleiter der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit entfalten; Voraussetzung ist ein Näheverhältnis zu der nach dem Mandatsvertrag geschuldeten Hauptleistung. In den Schutzbereich des Vertrags bei Verletzung der Hinweis- und Warnpflicht bei möglichem Insolvenzgrund kann auch ein faktischer Geschäftsleiter einbezogen sein.

BGH, Urteil vom 29.06.2023 – IX ZR 56/22, ZInsO 2023, 1833.

Zu der Entscheidung vgl. Schubert, jurisPR-InsR 13/2023 Anm. 2, Schwenker, jurisPR-BGHZivilR 24/2023 Anm. 3, sowie Utsch, NZG 2023, 1641. Allgemein zur Insolvenzverschleppungshaftung von Steuerberatern und Abschlussprüfern Brügge, DStR 2023, 1672. S. überdies Kirstein, ZInsO 2023, 2485.

2. Schadensersatzpflicht des Gesellschaftsorgans – § 43 GmbHG, § 93 AktG

Vorstand bzw. Geschäftsführer einer juristischen Person haften nicht persönlich für Kartell-Geldbußen eines Unternehmens.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.07.2023 – VI-6 U 1/22 (Kart), ZWH 2023, 354.

Das Urteil ist bislang nicht rechtskräftig. Zu der Entscheidung vgl. Dreher, AG 2023, 845, Gaßner/Kreis, jurisPR-Compl 5/2023 Anm. 1, Aufterbeck, jurisPR-HaGesR 11/2023 Anm. 2, sowie Bünnemann, ZIP 2023, 2669.

3. Einsichtsrecht für Insolvenzverwalter in Handakten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft – § 675 BGB

Wirtschaftsprüfer werden nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Interesse der geprüften Gesellschaften tätig. Sie unterliegen damit grundsätzlich im selben Umfang der Auskunfts- und Herausgabepflicht in Bezug auf ihre Handakten wie Rechtsanwälte und Steuerberater.

OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2023 – 12 U 216/22, ZIP 2024, 245.

In der entschiedenen Sache verlangte der Insolvenzverwalter der Wirecard AG und der Wirecard Technologies GmbH von deren früherer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erfolgreich Auskunft über die in deren Handakten befindlichen Unterlagen sowie verschiedene allgemeine Auskünfte zur Frage, warum Jahresabschlüsse testiert worden sind. Das OLG hat die Entscheidung der Vorinstanz weitestgehend bestätigt, s. LG Stuttgart, Urteil vom 15.10.2022 – 31 O 125/21 KfH, DStR 2023, 478 m. Anm. Wacker.

Zu mandatsbezogenen Vorlagepflichten und Zurückbehaltungsrechten vgl. umfassend Wacker, DStR 2022, 1172.

4. Zeugnisverweigerungsrecht im Anfechtungsprozess – § 125 InsO, §§ 383, 384 ZPO

Begründet der Zeuge im Zwischenstreit das Recht zur Zeugnisverweigerung einerseits mit der Verwandt- oder Schwägerschaft zur Partei und andererseits mit der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, handelt es sich um zwei unterschiedliche Verfahrensgegenstände. Erklärt das erstinstanzliche Gericht die Zeugnisverweigerung nur aus einem der beiden Weigerungsgründe für rechtmäßig, fällt der andere Weigerungsgrund in der Beschwerdeinstanz nur an, wenn der Zeuge insoweit Beschwerde oder Anschlussbeschwerde einlegt.

BGH, Beschluss vom 20.07.2023 – IX ZB 7/22, ZInsO 2023, 2515.

5. Kostenentscheidung bei einem Antrag auf einstweilige Verfügung gegen eine Kontensperre im Zusammenhang mit einer Geldwäscheverdachtsmeldung (§ 43 GwG) – § 91a ZPO

Im Rahmen einer nach § 91a Abs. 1 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung ist der Rechtsgedanke des § 21 Abs. 1 S. 3 GKG zu berücksichtigen, wenn der Antragsteller aufgrund des Verbots der Informationsweitergabe (§ 47 GwG) keinerlei Kenntnis davon hatte, warum ihm der Zugriff auf sein Kontoguthaben verwehrt wurde, und er deswegen unverschuldet nicht in der Lage war, die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Verfahrens einzuschätzen. Von der Erhebung der Gerichtskosten ist in einem solchen Fall daher abzusehen.

LG Stuttgart, Beschluss vom 6.07.2023 – 6 O 234/22, JurBüro 2023, 584.

Ausführlich zu der Entscheidung und allgemein zu den bankrechtlichen Implikationen der Geldwäscheverdachtsprüfung sowie dem möglichen Rechtsschutzverfahren Nieding/Lungershausen, jurisPR-BKR 12/2023 Anm. 1.

V. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

1. Zweifel an der Zuverlässigkeit im Sicherheitsüberprüfungsverfahren – § 5 SÜG

Verschweigt die im Sicherheitsüberprüfungsverfahren zu überprüfende Person eine Bewährungsstrafe wegen Steuerhinterziehung, resultieren hieraus Zuverlässigkeitszweifel.

VG Berlin, Beschluss vom 25.07.2023 – 4 L 163/23, n.v.

2. Berücksichtigung länger zurückliegende Straftaten im Gewerbeuntersagungsverfahren – § 35 GewO

Die Frage, ob länger zurückliegende Straftaten einem Gewerbetreibenden im Rahmen eines Gewerbeuntersagungsverfahrens oder eines Widerrufverfahrens bezüglich einer Reisegewerbekarte noch entgegengehalten werden dürfen, ist auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller einschlägigen Umstände zu beantworten, in die namentlich die Art und die Umstände der Delikte sowie die Entwicklung der Persönlichkeit des Betroffenen einzubeziehen sind.

BayVG, Beschluss vom 24.08.2023 – 22 ZB 22.1282, GewArch 2023, 464.

Zu der Entscheidung Gehm, AO-StB 2023, 342.

VI. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

1. Vorläufiger Rechtsschutz gegen Insolvenzantrag des Finanzamts – § 14 InsO, § 114 FGO

Ein Insolvenzantrag steht als (Gesamt-)Vollstreckungsmaßnahme im pflichtgemäßen Ermessen der Finanzbehörde, das sich insbesondere am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientieren hat. Dabei darf der Insolvenzantrag nur nach gründlicher Würdigung aller maßgebender Umstände und möglicher Folgewirkungen gestellt werden. Da die Wirkungen eines erfolgreichen Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder seiner Ablehnung wegen fehlender Masse weitreichend und regelmäßig nicht wieder rückgängig zu machen sind, folgt hieraus regelmäßig zugleich ein Anordnungsgrund, der wegen der Dringlichkeit der Entscheidung dabei regelmäßig auch keiner weiteren Glaubhaftmachung bedarf.

FG Hessen, Beschluss vom 03.08.2022 – 10 V 640/22, ZInsO 2023, 2709.

2. Arglistige Täuschung des Registergerichts – § 123 BGB

Wird die Zuständigkeit des Registergerichts bzw. des inländischen Gerichtsstands durch arglistige Täuschung über vorgeblich vorhandenes Inlandsvermögen einer Ltd. erschlichen, entfaltet dessen Beschluss zur Bestellung eines Nachtragsliquidators im finanzgerichtlichen Verfahren keine Bindungswirkung.

FG Köln, Beschluss vom 24.04.2023 – 14 K 3066/15, ZInsO 2023, 2567.

Zu den steuerlichen Folgen der Löschung einer britischen Limited aus dem britischen Handelsregister nach dem 31. 12. 2020 s. BMF-Schreiben vom 19.07.2023 – IV C 2 – S 2701/19/10001 :004 (2023/0622745), DZWIR 2023, 579.

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau

Tagungsbericht: WisteV-wistra-Neujahrstagung 2024

Unter dem Titel „Ähnliche Fragen, andere Antworten – Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht im Spiegel anderer Rechtsordnungen“ fand am 19. und 20. Januar 2024 in Frankfurt am Main die 15. WisteV-wistra-Neujahrstagung zu aktuellen wirtschafts- und steuerstrafrechtlichen Fragestellungen statt. Im Fokus der in diesem Jahr international ausgerichteten Veranstaltung standen die Themenblöcke „Rechtsvergleichender Blick in die USA“ am Freitag sowie der „Blick nach Europa“ am Samstag. Neben den informativen Vorträgen lebte auch die zurückliegende Veranstaltung wieder von angeregter Diskussion und dem Austausch der Teilnehmer und Teilnehmerinnen sowohl aus der praxisorientierten als auch aus der wissenschaftlichen Perspektive.

Traditionell eröffnet wurde die Veranstaltung durch das Grußwort von RA Dr. Thomas Nuzinger, der von dem in der täglichen Beratungstätigkeit seiner Wahrnehmung nach ständig zunehmenden Einfluss ausländischer Rechtsordnungen und internationaler rechtlicher Rahmenbedingungen auf das Wirtschaftsstrafrecht berichtete.

Die thematische Einführung in die Tagung übernahm sodann Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Universität Frankfurt a.M., mit einer Übersicht über die methodischen Grundlagen der Rechtsvergleichung. Hierbei thematisierte er insbesondere die terminologischen Besonderheiten bei vom Wortlaut her scheinbar identischen rechtlichen Begriffen in verschiedenen Rechtsordnungen und die daraus resultierenden Schwierigkeiten für die Rechtsvergleichung, insbesondere in der justiziellen Praxis. Mit dem Fokus auf das „Comparative Law“ im engeren Sinne („Law in Books“, „Law in Action“, „Legal Regimes“) schwenkte Burchard auf die Bedeutung sog. Comparative Studies ein und wies auf den Einfluss ökonomischer, ökologischer und sozial-gesellschaftlicher Kontexte des Rechts bei der Entstehung einer „Comparative Jurisprudence“ hin, über die eine internationale Perspektive in der Rechtsprechung zunehmend Fuß fassende.

Burchard hob hervor, dass Zahlen und Statistiken allein die eigentliche Relevanz des Unternehmensstrafrechts in den USA nicht verlässlich abbildeten. Als Beispiel für die unterschiedliche Herangehensweise bei der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung nannte Burchard den sog. Dieselabgas-Skandal, der in Europa auf der Grundlage eines vorherrschenden neoliberal-anthropozentrischen Weltbildes diskutiert werde, sich in anderen Rechtsordnungen in einem zunehmend posthumanen, planetaren Weltbild mit der Zuschreibung von Rechten an die Natur aus einer völlig anderen Perspektive darstelle. Weiterhin zur Sprache kamen die sog. kriminalpolitische Rechtsvergleichung (im EU-Kontext) und die auf Joachim Vogel zurückgehende instrumentale Strafrechtsvergleichung am Beispiel der langjährigen Entwicklung von einem Corpus Juris (Project for the Criminalisation of the Legal Protection of the Financial Interests of the European Union [1998]) bis zur Herausbildung einer in der

Strafverfolgung bereits nach kurzer Zeit etablierten Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTA), über die am zweiten Tag der Tagung noch ausführlich gesprochen werden sollte.

Als Beispiel für die praktische Rechtsvergleichung einerseits und die Grenzen einer Fremdrechtskontrolle andererseits fungierte das Urteil des EuGH (GK) vom 31.1.2023 (C-158/21) in der Rechtssache Puig Gordi et. al. Dort ging es um ein von der belgischen Justiz geltend gemachtes Hindernis für die Vollstreckung eines aus Spanien stammenden und gegen katalanische Separatisten ausgestellten Europäischen Haftbefehls (EuHb). Dessen Vollstreckung hatten die belgischen Gerichte aufgrund bestehender Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit der den EuHb ausstellenden Behörde („Justizbehörde“) verweigert. Problematisiert wurde dabei u.a. die Kompetenz der belgischen Gerichte zur Auslegung des spanischen Rechts. Der EuGH entschied, dass der vollstreckenden Justizbehörde keine Prüfkompetenz bezüglich der Frage zukomme, ob ein EuHb im Ausstellungsmitgliedstaat von einer dafür zuständigen Justizbehörde ausgestellt worden sei. Weiterhin bestehe nicht die Möglichkeit der Ablehnung der Vollstreckung, wenn die Rechtsansicht vertreten werde, dass keine Justizbehörde den EuHb ausgestellt habe. Ein solches Überprüfungsrecht der vollstreckenden Justizbehörde würde dieser ein Kontrollrecht über die rechtliche Beurteilung der im Ausstellungsmitgliedstaat erlassenen verfahrensrechtlichen Entscheidungen zuerkennen, was dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zuwiderliefe.¹ Am Schluss seiner Ausführungen porträtierte Burchard noch kurz die judikative Rechtsvergleichung als möglichen Motor der Grundrechtsentwicklung in der Europäischen Union.

Mit ihrem Vortrag „Selbstverständnis, Stoßrichtung und rechtlicher Rahmen für (wirtschafts-) strafrechtliche Beratung und Verteidigung in den USA und Deutschland“ startete RAin Dr. Annette Roskopf, LL.M., Attorney at Law (NY), den rechtsvergleichenden Blick in die USA. Im Mittelpunkt stand dabei die Law Firm als Wirtschaftsunternehmen im Kontrast zur Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege. Roskopf wies darauf hin, dass man Strafverteidigung in den USA von einem ganz anderen Staatsverständnis aus denken müsse – mit weitreichenden Fehlvorstellungen beim wechselseitigen Diskurs. Das US-amerikanische Strafrecht, das nicht dem Legalitätsprinzip unterliege, sei geprägt vom Vertrauen in Liberalismus und in das Individuum. Züge eines „reactive state“ gebe es aber auch in dortigen Strafverfahren, die ihrerseits geprägt seien durch einen adversatorischen Parteiprozess. Der Verteidiger habe in den USA mehr Gestaltungsmöglichkeiten, aber auch mehr prozessuale Pflichten. Zentral sei dabei das Grundrecht des Beschuldigten auf Assistance of Counsel (Sixth Amendment zur US-Constitution von 1791). Das dem Opportunitätsprinzip und der Dispositionsmaxime unterliegende amerikanische Strafverfahren biete den Strafverfolgungsbehörden eine erhebliche „Machtfülle“. Konsensuale Arten und Wege der Verfahrenserledigung gebe es auch jenseits eines formalisierten Verfahrens wie es etwa den §§ 153 ff. StPO zugrunde liege. Der „Deal“ sei in den allermeisten Fällen der anzustrebende Ausgang des Verfahrens. Die Staatsanwaltschaft bestimme die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes, das Gericht sei nicht eingebunden in die Beweisaufnahme. Der Verteidiger selbst habe daher die Pflicht, den Sachverhalt zu ermitteln und auch Zeugen

zu kontaktieren, als Elemente einer „effektiven“ Verteidigung – für das deutsche Strafverfahren eine nahezu undenkbar konzeptionelle Herangehensweise. Am Schluss gab Roskopf einen Ausblick auf die Unternehmensverteidigung und die Figur der Corporate Criminal Liability als Grundlage eines sich in den USA rasant entwickelnden Unternehmensstraf- und -strafverfahrensrechts.

Internal Investigations seien für Amerikaner selbstverständliche Beratungspraxis, resultierend aus einem Denken in Risikosphären: die Kosten notwendiger Sachverhaltsermittlungen zu einem strafrechtlich u.U. relevanten Vorgang blieben beim Unternehmen, nicht beim Steuerzahler. Das Unternehmen erhalte dafür die Möglichkeit der Exkulpation. Sehr weitgehend sei in den USA das Attorney-Client Privilege ausgeprägt, in einem Wettbewerb gleichberechtigter Verfahrenspartner. Daraus resultiere ein weitgehendes Beschlagnahmeverbot, auch für Erkenntnisse aus Internal Investigations, ohne Unterschied zwischen externen und hausinternen Anwälten. Das Unternehmen entscheidet über die Herausgabe der Unterlagen („Waiver“). Im krassen Gegensatz dazu stünden für Amerikaner der „Jones Day“-Beschluss des BVerfG vom 27.6.2018² und die Einbindung des Gerichts in Verständigungsgespräche – für Amerikaner der Inbegriff der Befangenheit eines mit der Sache vorbefassten Richters. Am Ende ihres Vortrags wies Roskopf auf die Gefahr der Implementierung von Teilen eines anderen Rechtssystems in die eigene Gesamtrechtsordnung hin, gerade wenn das ausländische System von einem gegenläufigen Staatsverständnis durchdrungen sei. In der anschließenden Diskussion ging Dr. Matthias Korte, BMJ, auf die besondere Verfahrensstellung sog. Whistleblower im amerikanischen Strafverfahren ein, die dort gezielt auf Seiten der Staatsanwaltschaft eingesetzt würden.

RA Dr. Jürgen Rodegra, LL.M. (Cornell), Berlin – Attorney at Law (NY), beleuchtete anschließend die „Haftungsgefahren für deutsche Unternehmen mit Geschäftstätigkeit in den USA in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht“. Dabei ging es im Kern um die Minimierung von Risiken bzgl. des in den USA geltenden Unternehmensstrafrechts bei der konkreten Vertragsgestaltung und der Etablierung funktionstauglicher Compliance-Systeme. Am Anfang stand ein Porträt der Pre-trial Discovery, die in alleiniger Verantwortung der Parteien (oft in deren Räumlichkeiten oder an gemeinsam abgestimmten Örtlichkeiten wie etwa Hotels, Flughäfen etc.) auf der Grundlage der Federal Rules of Civil Procedure (FCRP) durchgeführt werde, ohne staatliche Beteiligung. Viele Unternehmen unterschätzten diese prozessuale Figur, sie sei sogar weitgehend unbekannt. Wesentlicher Strukturunterschied sei, dass die deutsche ZPO den Ausforschungsbeweis für unzulässig erklärt. Beweiserhebungen im deutschen Zivilverfahren müssen stets dem Nachweis einer konkreten Behauptung dienen, dürfen aber selbst nicht als originäre Erkenntnisquelle

¹ EuGH (GK), Urt. v. 31.1.2023 – C-158/21 Rn. 81 ff. = NJW 2023, 1267 (1270) m. Anm. Gaede.

² BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 (VW-Diesel-Skandal) = NJW 2018, 2385 = NSTZ 2019, 159 m. Anm. Knauer; hierzu: Köllner, NZI 2018, 833.

missbraucht werden. In den USA erfolge die Ermittlung des Streitgegenstandes dagegen durch sog. „Depositions“, „Written Interrogatories“, „Documents and Expert Evidence“. Das Gericht ist in dieser Phase nicht beteiligt, für die Anwälte bestehen dagegen weitreichende Mitwirkungspflichten. Da es kaum verbindliche Regeln für die Pre-trial Discovery gebe, drohe nicht selten ein Missbrauch in Form sog. „Fishing Expeditions“. Neueste Erscheinungsform der Pre-trial Discovery sei die sog. E-Discovery mit der Pflicht zur Offenlegung digitaler Unternehmensdaten. Dazu gehöre die Pflicht der Datenspeicherung in einer Art und Weise, die jederzeit die Durchführung einer solchen E-Discovery ermögliche, verbunden mit einem Verbot der Löschung von Unternehmensdaten und einer parallel dazu bestehenden Pflicht zur Aufbewahrung der unternehmensbezogenen Informationen und Daten. Bei Nichtbeachtung dieser Vorgaben bestehe das Risiko, zur Zahlung von Schadensersatz und einer Geldbuße verurteilt zu werden.

Es folgte ein Überblick über die wesentlichen Voraussetzungen und Strukturprinzipien des Unternehmensstrafrechts einerseits und des Konzepts von Internal Investigations andererseits, mit der bekannten Reduzierung von Verfahrensrechten (Aussagepflicht gegenüber den intern ermittelnden Anwälten; Kündigungsrisiko). Ein kurzer Einblick in den Foreign Corrupt Practices Act (FCPA),³ dessen Ziel die Bekämpfung der Bestechung und sonstiger korrupter Praktiken von US-Unternehmen im Ausland sei, und eine Erläuterung der Pflicht zur Implementierung unternehmensbezogener Kontrollsysteme für das Betriebsvermögen sowie eine Empfehlung zur Formulierung von Arbeitsanweisungen zur Vermeidung unnötigen E-Mail-Verkehrs rundeten den Vortrag ab.

Ko-Referent RA Dr. Björn Boerger, Frankfurt a.M., erläuterte die strafrechtlichen Fernwirkungen von „Auslandssachverhalten“ im US-Recht auf Verfahren in Deutschland. Ausgangspunkt waren die Kriterien für die Begründung einer Strafgerichtsbarkeit in den USA auf Bundesstaats- und Bundesebene. Anknüpfungspunkt für die Begründung einer US-Jurisdiktion seien im Wesentlichen die Auslandsgeltung für „US-Personen“, die Vornahme einer Tathandlung im US-Bundesrecht („TK-Akt“) und der Tatbestand der Verschwörung („conspiracy“). Sodann ging es um den Fallkomplex „Enron“, mit der Darstellung konkreter Parallelen zum Wirecard-Verfahren in Deutschland verbunden mit einer Einschätzung, wie dieses Verfahren in den USA geführt worden wäre.⁴ Der dann in den Fokus geratene Fall „Honeygate“ stehe für das Problem der Sanktionsfestsetzung im Ausland. Im Rahmen der Überlegungen, welche Möglichkeiten der Reaktion die Verteidigung gegen derartige Fernwirkungen in und aus den USA habe, ging es um mehrere in den letzten Jahren in Europa zum Grundsatz ne bis in idem ergangene Judikate, darunter OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.9.2020 – 10 S 48/20 (Auslieferung eines Deutschen durch Slowenien an die USA), OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.5.2020 – 2 AuslA 3/20 (Auslieferungshindernis des Verbots der Doppelbestrafung), EuGH, Ur. v. 12.5.2021 – C 505/19, WS/D (Speicherung in der Fahndungsdatenbank von Interpol) und EuGH, Ur. v. 28.10.2022 – C-435/22 PPU (Doppelverfolungsverbot – Grenzen der Auslieferung von Drittstaatsangehörigen). Da das US-Recht von einem grundlegenden Verständnis getrennter Gerichtsbarkeit ausgehe, sei es US-amerikanischen

Anwälten schwer vermittelbar, dass ein Urteil, das gegen einen anderen Staat ergeht, andere Staaten über den Grundsatz ne bis in idem (EuGH) auch bei einer defizitären rechtlichen Prüfung der fallrelevanten Fragen im Ausgangsverfahren bindet (Strafklageverbrauch).

Die Thematik der „Vermögensabschöpfung mit Bezug zu den USA“ beleuchtete RA Kai Peters, Berlin, speziell die drei Arten von Verfall nach US-Bundesrecht in Form der Administrative Forfeiture, der Criminal Forfeiture und der Civil Forfeiture, in einem anschließenden Vergleich mit der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Deutschland. Mangels einheitlicher Forfeiture-Regelungen in den USA – sie variieren auch zwischen den einzelnen Bundesstaaten und der Bundesgesetzgebung – können meistens mehrere Vorschriften gleichzeitig auf einen Fall zur Anwendung kommen. Die Criminal Forfeiture richtet sich gegen Vermögenswerte, die direkt mit einer bestimmten Straftat oder einem kriminellen Verhalten in Verbindung stehen, wobei hier der Zusammenhang zwischen den eingezogenen Vermögenswerten und der Straftat durch den Staat nachgewiesen werden muss – in einem Verfahren, in dem strafrechtliche Beweismaßstäbe gelten. Die Abschöpfung wird dabei – anders als nach dem deutschen StGB – als Teil der Strafe angesehen. Diese und weitere Funktionen der Criminal Forfeiture hat der Supreme Court in seiner Entscheidung Kaley v. United States (2014) festgelegt.⁵

Die Civil Forfeiture zeichnet sich hingegen durch die sog. non-conviction-based confiscation on a balance of probabilities aus. Durch sie ist es möglich, Vermögenswerte einzuziehen, von denen selbst der Verdacht ausgeht, dass sie aus einer Straftat oder illegalen Handlung stammen. Die Maßnahme richtet sich daher gerade nicht gegen eine Person,⁶ zudem gelten zivilprozessrechtliche Beweismaßstäbe. Von den deutschen Einziehungsregeln ist hier parallel auf § 76 Abs. 4 StGB hinzuweisen, wobei im US-amerikanischen Recht zwischen der Civil und Criminal Forfeiture kein Grundsatz der Subsidiarität existiert.

³ Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) v. 19.12. 1977, Public Law Number 95-213, Statutes at Large 91 (1977): 1494 (<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/08/29/corruptprpt-95-213.pdf>) in aktueller Fassung (<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-german.pdf>).

⁴ Vgl. hierzu auch Strohmayer (11.3.2021), Enron & Wirecard – (k)ein neues Phänomen?, Newsroom der FH St. Pölten, (<https://www.fhstp.ac.at/de/newsroom/news/enron-wirecard-k-ein-neues-phaenomen>); Fehr (02.12.2021), Was die Bilanzskandale Enron und Wirecard verbindet, FAZ (abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/was-die-bilanzskandale-enron-und-wirecard-verbindet-17658617.html>); Damm (23.7.2020), Der Enron-Skandal zeigt, was den Wirtschaftsprüfern von Ernst & Young bei Wirecard noch bevorstehen könnte. Business Insider (<https://www.businessinsider.de/wirtschaft/wirecard-parallelen-zu-enron-ruucken-auch-jetzt-ey-in-den-fokus/>).

⁵ Kaley v. United States, 571 U.S. 320 (2014).

⁶ Vgl. hierzu Vogel, in Schiedeck/Rönnau (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht: Plage oder Gewinn für den Standort Deutschland? 2013 Bd. I/12 m.w.N.

Von den relevanten Vorschriften ist 18 U.S.C. § 981(a)(1)(c) für Proceeds (= Taterträge) die in der Praxis wichtigste, denn sie ist für über 200 Federal, State und Foreign Crimes einschlägig. Besonders weitgehende Möglichkeiten der Abschöpfung gelten bei dem (Verdacht) der Geldwäsche, denn nach § 18 U.S.C. §§ 981(a)(1)(A) (Civil Forfeiture) und 982(a)(1) (Criminal Forfeiture) unterliegt der Abschöpfung „all property involved“. Im Fall der Vermischung von illegalem und legalem Vermögen kann somit alles abgeschöpft werden, sodass möglicherweise bei einer teilweisen Verwendung von aus Straftaten stammendem Geld zur Renovierung eines Hauses als Form der Geldwäsche das ganze Haus der Einziehung unterliege.⁷

Den Schluss bildete eine knappe Abhandlung einer sog. Disgorgement of Profits, der Rückzahlung von unrechtmäßig erlangten Profiten und Gewinnen insbesondere im Zusammenhang mit Fällen des Insiderhandels, Wertpapierbetrugs oder ähnlichen Verstößen (FCPA-Fällen).⁸ In der anschließenden Diskussion stand vor allem die Thematik der (fehlenden) beiderseitigen Strafbarkeit in Auslieferungssachen im Mittelpunkt.

Den letzten Vortrag des Nachmittags hielt RA Dr. Roland M. Stein, LL.M. Eur, Berlin, zusammen mit RAin Dr. Caroline Raspé, München. Beide warfen einen Blick auf „Maßnahmen zur Eindämmung von Umgehungen der Sanktionen gegen Russland durch internationale Lieferketten“.⁹ Ausgehend vom Grundsatz des freien Warenverkehrs im Rahmen des Zollrechts benannten Stein und Raspé konkrete Gründe für Beschränkungen des Warenverkehrs. Zentral ist dabei der Tatbestand der Ausfuhr, neben sonstigen exportkontrollrechtlichen Tatbeständen. Bei der Darstellung restriktiver Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands in der Ukraine unterschieden beide Referenten zwischen Sanktionen gegen natürliche bzw. juristische Personen (VO [EU] Nr. 269/2014¹⁰) einerseits und Sanktionen gegenüber der Russischen Föderation (VO [EU] Nr. 833/2014¹¹) andererseits, jeweils mit konkreten Beispielen für Aus- und Einfuhrverbote. Im Abschnitt zu den Folgen bei etwaigen Sanktionsverstößen wurden die relevanten Straftatbestände nach dem AWG referiert. Im Fokus stand dabei, ob eine effektive Strafbewehrung von Exportbeschränkungen über eine materiell-rechtliche Norm des nationalen Rechts (§ 18 AWG) oder besser über eine „Europäische Strafnorm“ zu bewerkstelligen sei. Beide Referenten sprachen über den EU-Richtlinienentwurf über strafrechtliche Sanktionen für den Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union vom 2.12.2022, COM(2022) 684 final¹² und über die auf nationaler Ebene bestehenden erheblichen Unterschiede bei der Einstufung und Sanktionierung von Verstößen zwischen den Mitgliedstaaten, parallel zu einer Aufnahme von Verstößen gegen Sanktionen in die Liste der „EU-Straftatbestände“ (Art. 83 Abs. 1 AEUV). Prozessuale Bestimmungen sowie die faktischen Auswirkungen für Ermittler, Richter und nicht zuletzt Tatverdächtige kamen ebenfalls zur Sprache. Für die Arbeit der Strafverteidigung sehr relevant waren die behandelten Möglichkeiten und Nachteile im Rahmen der Klärung etwaiger Sanktionsverstöße vor einer Ausfuhr, speziell durch eine konkrete Anfrage beim BAFA (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle). Probleme bestehen hier offenbar durch verspätete bzw. unklare Rückmeldungen sowie darin, dass sich die Sach- und Rechtsla-

ge nach der Anfrage jederzeit und signifikant ändern kann. Kommt es zur Aufdeckung von Sanktionsverstößen nach einer Ausfuhr, müssen die Vor- und Nachteile einer Selbstanzeige gegeneinander abgewogen werden. Im Rahmen der nochmals aufgegriffenen diffizilen strafrechtlichen Fragestellungen wurden die im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip im Allgemeinen und den Bestimmtheitsgrundsatz im Speziellen (Art. 103 Abs. 2 GG) verfassungsrechtlich problematische Blankettnorm-Technik kritisiert und die subjektive Tatbestandsebene näher analysiert. Abschließend ging es um praxisrelevante Umgehungsverbote und die Notwendigkeit von Compliance Maßnahmen für Unternehmen.

Ein anregendes Streitgespräch zwischen Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), Universität Bonn, und VRI-OLG Dr. Christopher Erhard, Frankfurt a.M., und Dr. Matthias Korte, BMJ, Berlin, über die Argumente „Pro und Contra der Aufzeichnung der Hauptverhandlung in Strafsachen“ beschloss nach dem Abendessen den ersten Tag der Tagung. Ein besonderer Blick ruhte dabei auf den Rechtsordnungen und Erfahrungen mit der Dokumentation der gerichtlichen Hauptverhandlung in anderen Ländern.¹³ Nachdem die Bundesregierung einen weitreichenden Vorschlag zur Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung mit der Möglichkeit der Länder, durch Rechtsverordnung Bildaufzeichnungen anzuordnen, gemacht hatte (BT-Drucks. 20/8096),¹⁴ beschloss der Deutsche Bundestag die geplanten Neuregelungen am 17.11.2023 in abgeschwächter Form („Audio verbindlich – Video optional“) mit Gegenstimmen von CDU/CSU und AfD.¹⁵

⁷ Für weitere Informationen siehe Congressional Research Service, CRS Report, Crime and Forfeiture, 10.1.2023, (abrufbar unter <https://sgp.fas.org/crs/misc/97-139.pdf>).

⁸ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resources Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act 2nd Ed, S. 8, 103 (abrufbar unter Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission).

⁹ Vgl. hierzu: Eggers/Pawel: Russlandsanktionen: Straf- und bußgeldrechtliche Risiken, BB 2022, 1484.

¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17. März 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen.

¹¹ Verordnung (EU) Nr. 833/2014 des Rates vom 31. Juli 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren.

¹² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the definition of criminal offences and penalties for the violation of Union restrictive measures (COM(2022) 684 final) of 2 December 2022; siehe BRAK-Stellungnahme, 04/2023, Januar 2023, Register ID: 25412265365-88 (https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/Stellungnahme-der-brak-2023-04-EN.pdf).

¹³ Eisele, Die Dokumentation der Hauptverhandlung im Strafverfahren. Ein rechtsvergleichender Länderbericht, ZStW 135 (2023), 579-597; von Galen, StraFo 2019, 309-318.

¹⁴ BT-Drucks. 20/8096; hib 621/2023

(<https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-964080>).

¹⁵ hib 854/2023

(<https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-977932>).

Der Bundesrat rief am 15.12.2023 den Vermittlungsausschuss an (BR-Drucks. 603/23),¹⁶ wo das Vorhaben weiter beraten wird – unter heftiger Gegenwehr der Justiz im Bund und in den Ländern.¹⁷ Die Einführung in den rechtspolitischen Sachstand übernahm Korte, der darauf hinwies, dass es sich beim Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz (DokHVG) um ein Einspruchs- und nicht um ein Zustimmungsgesetz handle (einen etwaigen Einspruch des Bundesrates könne der Bundestag mit einfacher bzw. qualifizierter Mehrheit zurückweisen; Art. 77 Abs. 4 GG). Nach einem fundierten Überblick von Stuckenberg zu den rechtsvergleichenden Aspekten der Thematik, der in einem rechtshistorischen Kontext die Zurückhaltung der Justiz gegenüber zahlreichen, heute nicht mehr in Frage stehenden Veränderungen im Strafverfahren konstatierte, schilderte Erhard die Bedenken der Justiz gegen eine Aufzeichnung der Hauptverhandlung, namentlich eine Inkompatibilität mit den derzeitigen Restriktionen des Revisionsrechts gegenüber einer Aufarbeitung des Verfahrensganges in der Tatsacheninstanz. Stuckenberg hingegen vertrat die Ansicht, dass eine derartige Entwicklung in Deutschland durchaus, wie bereits in anderen EU-Staaten, in rechtsstaatlich gewinnbringender Form realisierbar sei. Es entwickelte sich ein reges Streitgespräch, in dem insbesondere die bereits vom Rechtsausschuss des Bundesrates aufgeworfenen Aspekte in der Empfehlung zur Anrufung eines Vermittlungsausschusses (BR-Drucks. 603/1/23) zur Sprache kamen. Die konträren Perspektiven kreisten dabei um das „Kosten-Nutzen-Verhältnis“ der anstehenden Neuerungen. Ein Schwerpunkt war die Sorge Erhards um eine Änderung des Aussageverhaltens von Zeugen unter dem Eindruck audiovisueller Technik. Zur Frage, ob das Hauptverhandlungsprotokoll (mit zwingender Beweiskraft) noch eine Berechtigung oder Bedeutung hat, gingen die Meinungen besonders stark auseinander. Die technischen Fragen und Probleme, insbesondere zum geplanten Transkript, bei dem laut den Angaben einer Expertengruppe eine Fehlerquote von 10-20 %, bei Dialektprechern sogar von 20-30 % erwartbar sei,¹⁸ die allgemeine Kostenfrage sowie eine weitere zunehmende Arbeitsbelastung für die Justiz blieben ebenfalls nicht von der Diskussion ausgespart. Aus dem Publikum wies RA Eberhard Kempf auf die positive Wirkung einer von der Person selbst wahrgenommenen Kontrolle der eigenen Tätigkeit hin; das Wissen um die Aufzeichnung des eigenen Handelns sei ein „mäßiges Instrument“ für das Verhalten aller Beteiligten. Die Tonaufzeichnung reduziere zudem den Streitstoff. RA Dr. Stefan Kirsch kritisierte vor allem Art und Inhalt der zwischen den Berufsgruppen geführten Diskussion und die empirische Bodenlosigkeit der teils vorgebrachten Argumente („Wahrheit, Gerechtigkeit und Rechtsfrieden gerieten in Gefahr“).

Den zweiten Tag der Veranstaltung, der einem rechtsvergleichenden „Blick nach Europa“ gewidmet war, eröffnete MR Markus Busch, BMJ, Berlin, mit einem Vortrag unter dem Titel „Neue EU-Richtlinien zu Korruption, Sanktionsdurchsetzung, Umwelt, Einziehung und Co.“. Busch ging dabei im Kern der Frage nach, welche Freiräume die steigende Regelungsdichte dem nationalen Strafrecht noch lasse. Nach einer Einführung in die Systematik und den Regelungsbereich

des Art. 83 Abs. 1 AEUV kam Busch auf die Möglichkeit einer Kompetenzerweiterung per EU-Ratsbeschluss zu sprechen, zuletzt im November 2022 für Verstöße gegen EU-Sanktionen¹⁹. Ebenso thematisierte er die aktuellen Initiativen der Union auf der Basis von Art. 83 Abs. 2 AEUV (sog. Annexkompetenz). Die Unbestimmtheit des Begriffs der „Mindestvorschriften“ (zur Festlegung von Straftaten und Strafen), das Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV – darunter das sog. Trilog-Verfahren zwischen Rat, EP und Kommission, das sich in den konkreten Abläufen nur teilweise in den Verträgen der Union abbilde – sowie das Verfahren der sog. „Notbremse“ (Art. 83 Abs. 3 AEUV) stellte Busch im Einzelnen dar. Die Vorstellung der möglichen Regelungsbestandteile unter dem Label „Straftaten und Strafen“ machte deutlich, welches beachtliches Regelungsterrain die Union mittlerweile auch im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts eingenommen hat. Letzteres kam in den skizzierten strafrechtspolitischen Ansätzen nochmals deutlich zum Ausdruck, insbesondere im Umweltstrafrecht und in den neuen Vorschlägen zur Bekämpfung der Korruption – einem Deliktsfeld, das in seinem sachlichen Anwendungsbereich auf europäischer Ebene inhaltlich weiter verstanden wird als auf nationaler Ebene.

Kritisch betrachtete sodann RiLG Dr. Lennart Fleckenstein, Düsseldorf, den Vorschlag der Europäischen Kommission zur

¹⁶ BR-Drucks. 603/23 (Beschluss) (https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2023/0601-0700/603-23.pdf?jessionid=F2280CF283584EE92B128EA4E0A6E3D1.live541?__blob=publicationFile&v=2).

¹⁷ Vgl. hierzu die Stellungnahmen der Sachverständigen Patrick Liesching, Bundesvorsitzender des Weißen Rings und LOStA sowie StA Oliver Piechaczek in der Anhörung vor dem Deutschen Bundestag am 11.10.2023: hib 744/2023 (<https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-971114>), die vor allem die Gefahr für Persönlichkeitsrechte und den Opferschutz bemängelten. Alle Stellungnahmen unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw41-pa-recht-hauptverhandlungsdokumentation-969024>; siehe auch: <https://generalstaatsanwaltschaft-celle.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/justizministerin-und-staatsanwalte-lehnen-die-geplante-videoaufzeichnung-der-straferichtlichen-hauptverhandlung-entschieden-ab-220538.html>); m.w.N. Erhard, Digitale Dokumentation der Hauptverhandlung, ZRP 1/2013, 12-15; a.A. aber Mosbacher, Stellungnahme zu BT-Drucks. 20/8096, 11.10.2023 (<https://www.bundestag.de/resource/blob/969864/5c84c9703dc0eccef58743cece16c6f8/Stellungnahme-Mosbacher-data.pdf>).

¹⁸ Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, Juni 2021 S. 156 (https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2021_Abschlussbericht_Hauptverhandlung_Anlagenband.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

¹⁹ Beschluss des Rates über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich (10287/1/22 REV 1); Der Beschluss wurde im November 2022 angenommen (<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/11/28/sanctions-council-adds-the-violation-of-restrictive-measures-to-the-list-of-eu-crimes/>).

Angleichung nationaler Straftatbestände zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234)²⁰ und zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der Umwelt (COM [2021] 851)²¹. Ein Schwerpunkt ruhte dabei auf den geplanten Mindestvorschriften zu Sanktionen gegen natürliche Personen, speziell auf dem Trend zu gestaffelten „Mindesthöchststrafen“ und den Auswirkungen auf das gesamte Sanktionsniveau („unteres Drittel“) bei der Bestimmung einer Strafe durch das Gericht im konkreten Einzelfall. Die Vorstellungen der Kommission zur Sanktionierung juristischer Personen enden aber nicht bei den Hauptstrafen – den vielfältigen Katalog an Ausschluss- und Entziehungsverfahren, die Compliance-Anforderungen sowie die Schließung von Einrichtungen, die Veröffentlichung der Entscheidungen und die richterliche Aufsicht als mögliche Reaktionen porträtierte Fleckenstein ebenfalls. Er sprach über die Problematik umsatzbezogener Mindesthöchstmaße der Geldsanktionen gegen juristische Personen. Am Beispiel der Bußgeldbemessung im Kartellrecht erläuterte Fleckenstein, dass das denkbare Höchstmaß auch hier das gesamte Sanktionsniveau determiniere. Er favorisierte die Einführung bereichsspezifischer Bußgeldleitlinien, nach dem Vorbild des Bußgeldkataloges in § 26a StVG. Abschließend berichtete Fleckenstein über die aktuellen Tendenzen in den geplanten EU-Richtlinien zur Einziehung von Vermögenswerten, u.a. zu einer „Confiscation of unexplained wealth“ (vgl. § 76a Abs. 4 StGB). In der anschließenden Diskussion kam das Sanktionsschema für den in Art. 3 Abs. 2a RL-E-Umweltstrafrecht geplanten „Ökozid-Tatbestand“ zur Sprache.²² Erwartet wird, dass das Europäische Parlament im Februar 2024 die Richtlinie formell verabschiedet.

Einen spannenden Einblick in die Praxis der internationalen Strafverfolgung durch die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTA) gewährte Dr. Sonja Heine, DEuStA, Frankfurt a.M., mit ihrem Vortrag über „Erste praktische Erfahrungen und offene Rechtsfragen“ dieser seit Juni 2021 auf Unionsebene tätigen neuen Institution der Strafverfolgung.²³ Ausgehend von den Problemen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung in den EU-Mitgliedstaaten ging es zunächst um die Zuständigkeiten und Kompetenzen der EUSTA, mit ihrer Zentraleinheit in Luxemburg,²⁴ an deren Arbeit sich derzeit 22 EU-Mitgliedstaaten beteiligen. Die neue polnische Regierung hat eine Mitarbeiter bei der EUSTA inzwischen signalisiert. Speziell betrachtete Heine die Erlangung und Vollstreckung von Durchsuchungsbeschlüssen. Sie stellte außerdem die fünf Zentren der EUSTA in Deutschland dar (Hamburg, Köln, Berlin, Frankfurt, München – alle jeweils mit einer bundesweiten Verfolgungszuständigkeit) und erläuterte mit einem inhaltlichen Schwerpunkt auf den sog. PIF-Delikten²⁵ die Funktionsweise der EUSTA. Sie wies darauf hin, dass die EUSTA neben der EUSTA-VO vor allem nationales Recht anwende. Mittlerweile existieren Working Arrangements mit zahlreichen nicht an der EUSTA teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten und Nicht-EU-Staaten (Art. 104 EUSTA-VO), wobei vor allem die Rechtshilfe mit der Schweiz sich zunächst als schwierig erwiesen habe. Pragmatischer sei dagegen der Austausch mit den Behörden der USA. Eine enge Zusammenarbeit besteht außerdem mit EUROJUST, OLAF und EUROPOL. Die EUSTA arbeitet nach dem Legalitätsprinzip, was für Staaten wie die Niederlande, die national nach dem Opportunitätsprinzip vorgehen, mit einer gewissen Umstellung verbunden war.

Erwartungsgemäß thematisierte Heine das vom EuGH (GK) am 21.12.2023 (C-281/22) entschiedene Vorlageverfahren des OLG Wien zu der speziellen Frage, ob bei grenzüberschreitenden Ermittlungen eines Delegierten Europäischen Staatsanwaltes (DEuStA) ein oder zwei gerichtliche Durchsuchungsbeschlüsse erforderlich sind (Art. 31 Abs. 1 u. 2 EUSTA-VO), wenn sowohl das Land des das Verfahren führenden DEuStA als auch das Land des ihn unterstützenden DEuStA eine solche gerichtliche Überprüfung vorsehen, und wie der Umfang einer einfachen oder eben doppelten Prüfung einzuschätzen sei.²⁶ Der EuGH hat hierzu entschieden, dass sich die Kontrolle im unterstützenden Mitgliedstaat in dieser Konstellation lediglich auf Gesichtspunkte der Vollstreckung („execution“) der Ermittlungsmaßnahme beziehen dürfe, zugleich aber betont, dass die Prüfung von Begründung und Anordnung einer Maßnahme der vorherigen gerichtlichen Kontrolle im Mitgliedstaat des betrauten DEuStA unterliegen müsse, wenn es um einen schwerwiegenden Eingriff in die durch die Charta garantierten Rechte der betroffenen Person gehe.²⁷

Für 2028 ist eine Revision der EUSTA-VO vorgesehen, die nach der Vorstellung der deutschen Seite aber zeitlich durchaus vorgezogen werden sollte. Heine wies auch auf die allgemein dünne Personaldecke der fünf Zentren in Deutschland hin; derzeit agieren dort 16 Delegierte Europäische Staatsanwälte (DEuStA), bald 20. Diese vergleichsweise geringe Zahl

²⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates; kritisch hierzu: El-Ghazi/Wegner/Zimmermann, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“? ZRP 2023, 211; siehe ferner Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages v. 13.11.2023: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316>.

²¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG v. 15.12.2021, COM(2021) 851. Endgültiger Kompromisstext: CoE 16069/23, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16069-2023-INIT/en/pdf>.

²² <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16069-2023-INIT/en/pdf>.

²³ Vgl. hierzu auch: Manhart, Europäische Staatsanwaltschaft, in: Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen pp. (Hrsg.), Wenn der Staat Grenzen überschreitet, 11. Dreiländerforum Strafverteidigung, 16./17.9.2022 in Passau (2023), S. 135 ff.; und Pinar, Europäische Staatsanwaltschaft – ein grenzenloses Spiel? *ibid.*, S. 147 ff.

²⁴ Herrfeld/Burchard/Brodowski, European Public Prosecutor's Office (2021); Herrfeld/Esner (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft (2022). vgl. hierzu den Tagungsbericht von Schach, KriPoZ 2022, 314-317.

²⁵ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug RL (EU) 2017/1371.

²⁶ Esser, in: Niedernhuber (Hrsg.), Die neue europäische Staatsanwaltschaft (2023), S. 119-123.

²⁷ EuGH, Urt. v. 21.12.2023 – C-281/22, Rn. 78.

führe mitunter zu Schwierigkeiten bei der Ausübung des Sitzungsdienstes. Es fehle in den Zentren auch der organisatorisch-administrative Unterbau. Die Abstimmung mit der Zentral-Unit in Luxemburg bereite bisweilen Schwierigkeiten (u.a. aufgrund von IT-Problemen). Kurz erwähnte Heine auch die Pläne der Kommission zum Aufbau eines Europäischen Finanzkriminalamtes („Anti-Money Laundering Authority“ – AMLA).²⁸

Den Mehrwert der EUStA für die Strafverfolgungspraxis sieht Heine im Wegfall der komplexen Rechtshilfestrukturen bei grenzüberschreitenden Ermittlungen. Die Korrespondenz zwischen den DEuStA und Verteidigern in Deutschland erfolge durchgehend auf Deutsch, der Gerichtssprache. Ein unmittelbarer Kontakt von Verteidigern zur Zentralstelle in Luxemburg – etwa um dort eine Einstellung des Verfahrens anzuregen – sei nicht möglich.

Dr. Matthias Korte wies in der Diskussion auf das Fehlen eines harmonisierten europäischen Strafverfahrensrechts hin und fragte nach einer etwaigen dadurch bedingten Ineffizienz von Ermittlungen der EUStA. Heine sah keine Vorteile in einem derart harmonisierten Strafverfahrensrecht, jedenfalls sei, wenn man es einführen wolle, eine mehrjährige Übergangsphase auf Arbeitsebene erforderlich. Den aus dem Zuhörerkreis geäußerten Sorgen hinsichtlich der Möglichkeiten eines Forum Shoppings (Auswahl eines für die Strafverfolgung „günstigen“ Mitgliedstaates für die Anklage) hielt Heine die Kriterien in Art. 35, 36 Abs. 1 u. 3 EUStA-VO entgegen.

Abschließend referierte RA Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (Auckland), Köln, über „Internationale Rechtshilfe und Auslieferung in Wirtschaftsstrafverfahren“. Er gab dabei einen Überblick über die Grundlagen des Auslieferungsverfahrens (innerhalb der EU einerseits, mit Drittstaaten andererseits) sowie über die einschlägigen Rechtsquellen, konkrete Verfahrensfragen und Besonderheiten. Gazeas wies auf die RiVAST hin, zugänglich auf der Homepage des BMJ mit aktuellen Länderinformationen.²⁹ Rechtsgrundlage einer Auslieferung sei aber regelmäßig eine Rechtsquelle des Völkerrechts. Wesentlich sei die Unterscheidung zwischen Fällen der Ein- und der Auslieferung. Bedeutsam für die Praxis sei in jedem Fall die Einbindung von Kollegen im Ausland, in der Jurisdiktion, in der die Auslieferung bzw. das zugrundeliegende Strafverfahren spielten. Bei der Suche und Vermittlung könne die ECBA helfen.³⁰

Zunehmend an Bedeutung gewinne die effektive Präventivverteidigung (Risikoanalyse) in Auslieferungsverfahren – vor der Festnahme (etwa im Falle einer vom Mandanten geplanten Reise ins Ausland). Praktisch im Mittelpunkt standen die Auslieferungen in den cum-ex-Verfahren (VAE-DK) und (CH-D). Gazeas wies darauf hin, dass das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit in der Praxis gerade in diesem Ermittlungskontext stark abgeschwächt sei; es komme bei „cum-ex“ nur auf eine „Vergleichbarkeit“ der auf den zugrundeliegenden Tatverdacht anwendbaren Strafbestimmungen an.³¹ Die Vereinigten Arabischen Emirate (VAE), die in den cum-ex-Verfahren eine gewisse Rolle gespielt haben, seien kein rechtshilfefreundliches Land, erhebliche Probleme bestünden daher in der justiziellen Zusammenarbeit. Mit Deutschland bestehe kein bilateraler Auslieferungs- und

Rechtshilfevertrag der VAE, das hindere die Auslieferung zwar prinzipiell nicht, Fälle seien aber faktisch nicht existent. Die VAE zeigten in jüngerer Zeit die Tendenz zu mehr internationaler und bilateraler Kooperation. Aktuell gebe es einen ausverhandelten Vertrag zwischen D-VAE zur sonstigen Rechtshilfe (auf Initiative der VAE); dieser sei aber noch nicht gezeichnet, eine Datenschutzklausel müsse nachverhandelt werden. Nächster Schritt könnte ein Auslieferungsvertrag zwischen D-VAE sein. Problem seien die eklatant schlechten Haftbedingungen in den VAE. Im Ergebnis seien die VAE für Auslieferungen kein safe haven – aber faktisch finde eine Auslieferung in der Praxis eben nicht statt, außer in persönlich sehr exponierten Fällen.

In einem kurzen Ausblick auf die bevorstehende Reform des IRG wies Gazeas auf die geplante Neuregelung zum Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem OLG hin. Eine echte Haftbeschwerde gegen die Entscheidung des OLG (zum BGH) soll es entgegen erster Pläne dagegen nicht geben. Ein Kabinettsbeschluss wird für Sommer 2024 erwartet, eine parlamentarische Beratung soll bis Ende 2024 abgeschlossen sein. Auf die Frage nach der Belastbarkeit von „Red Notice“-Negativ-Auskünften durch Interpol wies Gazeas auf die nicht selten beträchtliche Verfahrensdauer der Auskunft hin, die eine grundsätzlich vorhandene Belastbarkeit der Auskunft deutlich relativiere. Eine Anfrage beim BKA sei bei deutschen Staatsangehörigen erfolgversprechender.

Zum Abschluss der Veranstaltung referierte RA Dr. Thomas Nuzinger die wesentlichen Erkenntnisse der zurückliegenden zwei Tage und verabschiedete die Teilnehmer unter Wertschätzung des belebten Diskurses und unter Hinweis auf die im Januar 2025 geplante Folgeveranstaltung ins Wochenende.

²⁸ Vgl. hierzu auch: Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die von den Mitgliedstaaten einzurichtenden Mechanismen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/849 (COM/2021/423 final); Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung (COM/2021/420 final).

²⁹ https://www.bmj.de/DE/service/rivast/rivast_info/RiVaSt_allg_Info.html.

³⁰ Die European Criminal Bar Association ist ein Zusammenschluss von Strafverteidigern, die sich auf die durch die Entwicklungen der internationalen Strafverfolgung erhöhten Herausforderungen der Stärkung und Wahrung der Beschuldigtenrechte in derartigen Verfahren in den EU-Mitgliedstaaten spezialisiert haben (<https://www.ecba.org/content/index.php>; Suchportal: <https://www.ecba.org/contactslist/contacts-search-country.php>).

³¹ BGH, Beschl. v. 20.9.2023 – 1 StR 187/23 (§ 146 CH-StGB (gemeinrechtlicher Bezug)).

Stud. iur. Damra Sahin/Stud. iur. Lisa Grabowski, Bielefeld

Tagungsbericht „Junges Wirtschaftsstrafrecht – in 80 Tagen um die Welt“ am 06.10.2023

Die Tagung „Junges Wirtschaftsstrafrecht 5.0 – in 80 Tagen um die Welt“ – oder wie die Veranstalter*innen es auch als „8 Stunden um die Welt“ bezeichneten – fand am 06. Oktober 2023 in Frankfurt am Main statt. Der Tagesplan bot ein umfassendes Programm über aktuelle Themen und Rechtsprobleme des nationalen sowie internationalen Wirtschaftsstrafrechts an.

Die Veranstalterin Prof.'in Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy (Universität Bielefeld) eröffnete die Tagung mit einem Grußwort in Vertretung des Schirmherrn Prof. Dr. Matthias Jahn (Goethe-Universität Frankfurt a.M.), der krankheitsbedingt leider nicht anwesend sein konnte, sich aber gleichwohl per Zoom aus dem Krankenhaus zuschaltete. Das Thema der Tagung: Die zunehmende Globalisierung des Wirtschaftsstrafrechts, symbolisiert durch Jules Vernes Buch, in dem es um Phileas Foggs Wette gegen die Zeit um 20.000 Pfund Sterling geht. Nach einem herzlichen Dank an alle Referent*innen und Personen, die die Organisation der Veranstaltung begleiteten, starteten bereits die Vorträge.

I. Panel „Deutschland“

Das erste Panel „Deutschland“, welches durch RAin Dr. Christina Brosthaus moderiert wurde, befasste sich mit den aktuellen Entwicklungen des deutschen Wirtschaftsstrafrechts. Deniz Küçük vom Compliance-Referat des Bundesfinanzministeriums eröffnete mit seinem Vortrag „Whistleblowing in Deutschland – das Hinweisgeberschutzgesetz“. Zunächst thematisierte er die Umsetzung des Gesetzes, da diese mit gewissen Hürden erfolgte. Nachdem die EU-Richtlinie 2019 in Kraft trat, gab es bis Ende 2021 Zeit für die Umsetzung. Als der Regierungsentwurf bereits am 28. April 2021 scheiterte, hat man es im Jahre 2022 wieder aufgegriffen. Doch anders als erwartet, gab der Bundesrat am 10. Februar 2023 nicht seine Zustimmung, was zu einer Klage der Europäischen Kommission gegen Deutschland wegen Vertragsbruch führte. Die Verkündung erfolgte final am 02. Juni 2023. Küçük betonte, dass die Whistleblower-Richtlinie EU weite Mindeststandards festlegt und demnach das Hinweisgeberschutzgesetz in Deutschland Verstöße gegen Unionsrecht wie Geldwäsche, Produktsicherheit und Kartellrecht umfasst. Weiter sind alle Nebenstrafen und qualifizierte Ordnungswidrigkeiten sowie verfassungsfeindliche Äußerungen von Beamt*innen gedeckt. Er wies darauf hin, dass das Gesetz sowohl interne als auch externe Meldekanäle als zwei gleichwertig nebeneinanderstehende Meldewege vorsieht, zwischen denen die hinweisgebende Person frei wählen kann. Küçük konzentrierte sich in seinem Vortrag auf das Verbesserungspotential und die Weiterentwicklung des Gesetzes, insbesondere im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich und die

Untersuchungsbefugnisse der Meldestellen. Problematisch sei, dass bei verfassungsfeindlichen Äußerungen aktuell nur Beamt*innen nach § 2 Abs. 1 Nr.10 HinSchG gemeldet werden können, Tarifbeschäftigte im öffentlichen Dienst bleiben unberührt. Dazu kommt, dass erhebliche Kommunikationshürden für Zeug*innen im öffentlichen Dienst bestehen, da Beamt*innen aufgrund der Verschwiegenheitspflicht nach § 37 BeamtStG nicht mit der internen Meldestelle kommunizieren dürfen. In der anschließenden Diskussion wurde die Effektivität des Gesetzes erörtert. Küçük erläuterte, dass das Gesetz einen besseren Schutz als zuvor bietet, insbesondere durch die Möglichkeit anonymer Meldungen. Der Gesetzgeber sei bemüht, jedoch gäbe es weiterhin Herausforderungen. Nur ein Beispiel sei, dass aus der Natur des Hinweises Rückschlüsse auf die Person gezogen werden könnten, was spätestens im Gerichtsprozess zur Identitätsfeststellung führen würde. Insgesamt sei aber das Hinweisgeberschutzgesetz aktuell „ein mehr als vorher“, so Küçük, denn vorher konnte man nur eine Anzeige gegen Unbekannt aufgeben, heute dagegen gibt es die Zwischenstufe mit der internen Meldestelle. Weiter ging es mit dem zweiten Vortrag „Die Sanktionsdurchsetzungsgesetze und die neue Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung“, vorgetragen von RAin Elena Stelzer. Der Vortrag konzentrierte sich auf den völkerrechtswidrigen Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine seit dem 24. Februar 2022. Sie erläuterte die Bedeutung dieser Gesetze im Kontext des Konflikts und die damit verbundenen EU-Sanktionspakete sowie die Rolle der Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung als Koordinator und Meldestelle für EU-Meldepflichten. Ausgangsregelung für die EU-Sanktionspakete war die EU Verordnung Nr. 269/2014, wonach nur ein Verfügungs- und Bereitstellungsverbot gegeben war. Im Jahr 2023 wurden die Sanktionspakete noch einmal erweitert. Nun können auch Mitglieder*innen des Staatsduma – Föderationsversammlung der Russischen Föderation – also hochrangige Beamt*innen und Oligarch*innen sanktioniert werden. Außerdem wurden weitere Wirtschaftssanktionen wie ein Ölimportverbot und Finanzsanktionen erlassen. Mit dem neuen Sanktionsdurchsetzungsgesetz II gibt es nun eine nationale Meldepflicht von gelisteten Personen gem. § 10 SanktDG bei der Zentralstelle für Sanktionsdurchsetzung. Die Zentralstelle darf gem. § 2 Abs. 1 SanktDG erforderliche Maßnahmen treffen und Auskünfte von natürlichen sowie juristischen Personen verlangen. Stelzer verwies auf die Auskunftsverweigerungsrechte gem. § 2 Abs. 5 Satz 3 SanktDG und betonte dabei, dass es kein Verweis auf das Auskunftsverweigerungsrecht von Berufsheimnisträger*innen nach § 388 Abs. 1 Nr. 6 ZPO oder etwa nach § 53 StPO gibt. Ein Vorschlag für die Umformulierung sei zwar bereits unterbreitet worden, wurde allerdings nicht beachtet.

Zum Schluss des Panels widmete sich RA Peter-Jan Solka einem Thema, welches vor allem in Norddeutschland präsent sei: „Gestrandet – Strafverfolgung des „Beaching“ in Deutschland?“. Er erläuterte zunächst, was unter „Beaching“ zu verstehen ist – nämlich das Anlanden von Tankern an Stränden der südasiatischen Staaten wie Bangladesch, Pakistan und Indien, um dort von Arbeitskräften demontiert zu werden. Bei der Zerlegung werden unter anderem Schadstoffe freigesetzt und weitere Schäden durch Ölverschmutzungen sowie schwermetallverseuchter Schrott an den Küstenregionen verursacht. Dabei ging Solka auf die rechtlichen Herausfor-

derungen und die Notwendigkeit einer effektiven Strafverfolgung ein, insbesondere im Hinblick auf Umweltschutzstandards und Arbeitssicherheit. Die Arbeitskräfte arbeiten unter schlechten Arbeitsbedingungen, da sie hohen Gefahren ausgesetzt seien, welche vielfach zu Todesfällen führe. Das Thema sei bereits lange bekannt und die Straftatbestände existieren schon seit 2011, so Solka. Zugegeben sei die Rechtslage komplex und bislang gäbe es keine bekannten Entscheidungen deutscher Gerichte zu diesem Thema. Für eine verbesserte Zusammenarbeit zwischen nationalen Behörden soll eine neue EU- Richtlinie Abhilfe schaffen, um damit den strafrechtlichen Schutz der Umwelt zu gewährleisten, die Anforderungen zu erhöhen und somit insgesamt die Praktiken des Beachings zu regulieren. Es bleibt also spannend.

II. Vergabe WisteV-Preis

Nach dem Panel erfolgte die Vergabe des WisteV-Promotionspreises 2022 im Namen des Vorstandes der WisteV durch RAin Dr. Ricarda Schelzke. Der Preis ging an die Unternehmensjuristin Dr. Kerstin Waxnegger aus Österreich für ihre herausragende Arbeit „Künstliche Intelligenz und Strafrecht: Grundsätzliche Fragestellungen und rechtliche Lösungsansätze“. Sie beleuchtet in ihrer Arbeit die Konsequenzen und rechtlichen Herausforderungen im Umgang mit KI und thematisiert unter anderem die Risiken bei Nichtaktualisierung von KI-Updates.

III. Panel „Europa“

Nach einer kurzen Mittagspause ging die Reise nun weiter nach Europa, moderiert von RAin Dr. Laura Borgel. Akad. Rätin a.Z. Dr. Theresa Schweiger (Universität München) und Tobias Abersfelder, LL.M. starteten mit ihrem Vortrag zum Thema „Die Einziehung ist keine Strafe – Wirklich? Glaubt das auch der EGMR?“. Um zu ermitteln, ob das EGMR die Einziehung als Strafe sieht, verglich Dr. Schweiger zunächst den Strafbegriff des BVerfG und des EGMR. Laut BVerfG ist Strafe eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Verhalten und dient dem Schuldausgleich. Laut EGMR hingegen sei Strafe eine Maßnahme im Anschluss einer Verurteilung oder aus Anlass einer Straftat, welche eher repressiv-punitiven Charakter hat. Da die Definitionen der Gerichte noch nicht festlegen, ob die Einziehung nun eine Strafe ist, bemühte Dr. Schweiger eine Kurzanalyse der EGMR-Rechtsprechung der letzten Jahren, um durch Rechtsvergleichung eine Antwort zu erlangen. In den Fällen Balsamo (2019) und Ulemek (2021) urteilte der EGMR, dass die Einziehung keine Strafe, sondern eine reine Präventivmaßnahme darstelle. Obwohl diese zwei Entscheidungen des EGMR auf eine eindeutige Stellung des EMGR schließen lasse, entschied der EGMR in den italienischen Fällen Sud Fondi (2009), Varvara (2013) und G.I.E.M. (2018) wieder anders. Der EGMR legte in den italienischen Fällen dar, dass die italienische Beschlagnahme eindeutig eine Strafe darstellt. Laut Dr. Schweiger zeige der Vergleich, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle, bei welcher der repressiv-pönale Charakter einer Einziehung im Vordergrund stehen müsse. Zu berücksichtigen seien unter anderem Faktoren wie die binnenrechtliche Einordnung und der Grad der Ab-

hängigkeit von der individuellen Schuld. Dr. Schweiger und Abersfelder stellten anschließend fest, dass der EGMR geneigt sei die Einziehung nicht als Strafe zu sehen, dies jedoch im konkreten Einzelfall entschieden werden müsse. Eine baldige Entscheidung sei leider nicht in Sicht, da es zurzeit kein Verfahren diesbezüglich gibt.

Im Anschluss ging Dr. Svenja Behrendt (Universität Konstanz) in ihrem Vortrag „Europäisierungstendenzen im Strafrecht – ein Problem der demokratischen Legitimation?“ auf die Entwicklung des Strafrechts in Europa ein. Zunächst verdeutlichte Dr. Behrendt, dass wir Menschen ein Bedürfnis nach einigermaßen stabilen Verhaltenserwartungen haben – ein Bedürfnis nach Ordnung. Dies werde durch die Festlegung gesollter Zustände vom Staat geschaffen. Dabei spiele das Strafrecht – so Dr. Behrendt – eine sehr wichtige Rolle. Das Strafrecht sei ein Mittel der nachdrücklichen Stabilisierung, wobei Strafe selbst nicht nur kommuniziert, dass das Verhalten der Täterin/des Täters gegen die an ihn gerichteten Verhaltenserwartungen läuft, sondern vor allem durch Einbuße an Geld und Freiheit eine bestimmte Form und Qualität annimmt. Da die Verhaltensfreiheit einer Person dadurch beeinträchtigt wird, stelle sich die Frage, ob dies grundrechtlich gerechtfertigt sei. Laut Dr. Behrendt sei eine Instrumentalisierung der Täterin/des Täters nur legitim, wenn das Verhaltensgebot erkennbar und die Sanktion verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei. Festsustellen sei also, dass das Strafrecht durch Grundrechte überformt sei und es als Instrument zur Stabilisierung von Verhaltenserwartungen diene. Es sei festzuhalten, dass der Lissaboner Vertrag wohl eher ein nationales Verständnis von Strafrecht widerspiegelt, es jedoch einige Europäisierungstendenzen gibt. Dr. Behrendt resümiert, dass eine nationale Betrachtung des Strafrechts nicht mehr möglich sei und man einheitlicher denken müsse. Wie genau dies umgesetzt wird sei jedoch sehr komplex.

Zuletzt stellte RAin Dr. Lea Babucke in ihrem Vortrag „eEvidence – grenzenlose Beweiserhebung“ die im Juli 2023 veröffentlichte E-Evidence Verordnung vor. Die Abkürzung E-Evidence steht für electronic evidence und bezeichnet digitale Daten, die bei der Ermittlung und Verfolgung von Straftaten verwendet werden. E-Evidence spielt heutzutage eine große Rolle, da elektronische Beweismittel in 85 % der Fälle herangezogen werden und sie in 65 % im Ausland liegen. Warum der Wunsch nach einer schnelleren Erlangung elektronischer Beweismittel groß ist, erörterte Dr. Babucke anhand des heutigen status quo. Sind die begehrten Daten im Ausland gespeichert besteht kein direkter Zugriff, da die Territorialität und Souveränität ausländischer Staaten im Wege stehe. Daher bestehe die Notwendigkeit eines Rechtshilfeersuchens. Das Rechtshilfeverfahren bringe jedoch erhebliche Nachteile mit sich, da nicht nur ein hoher Zeitaufwand durch Zwischenschaltungen von Behörden erforderlich sei, sondern auch ein umfangreicher Katalog an Versagungsgründen besteht. Der Wunsch der Strafermittlung sei eindeutig: Ein unmittelbarer Zugriff auf Dienstanbieter im Ausland, kein Gebot der Rücksichtnahme auf Behörden und vor allem keine umständlichen Zulässigkeitsprüfungen. Die USA hat dies bereits 2018 in dem sog. „CLOUD Act“ umgesetzt. Die Entstehung der E-Evidence Verordnung in der EU zog sich jedoch etwas länger hinaus. Bereits seit 2016 – erstmals nach den

Terroranschlägen in Brüssel – wird gefordert, einen besseren Zugang zu elektronischen Beweismitteln zu schaffen. Nach mehreren Beratungen und Vorschlägen wurde die E-Evidenz-Verordnung am 28. Juli 2023 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Diese soll ab dem 18. August 2026 gelten und Dienstanbieter in der EU adressieren. Es wurden zwei neue Instrumente für grenzübergreifende Ermittlungen im Strafverfahren eingeführt: Die Europäische Herausgabeanordnung und die Europäische Sicherungsanordnung. Eine von vielen Bestimmungen sei die Fristeinhaltung. Die Frist zur Herausgabe beträgt 10 Tage. Bei Nichteinhaltung ist eine finanzielle Sanktion von bis zu 2 % des im vorhergehenden Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatzes angeordnet. Dr. Babucke erwähnte, dass obgleich die Verordnung erst 2026 in Kraft tritt, sollten Unternehmen bereits jetzt tätig werden, denn sie müssen Regelwerke für das Sichern und Herausgeben von Daten überprüfen und Ansprechpartner*innen im Unternehmen definieren, um die starren Fristen einhalten zu können.

IV. Panel „Welt“

Nach einer kurzen und geselligen Pause mit Kaffee und Kuchen begann schon das letzte Panel der Tagung. Das Panel „Welt“ moderierte Veranstalterin Prof.'in Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy und behandelte globale Themen des Wirtschaftsstrafrechts.

Hierzu startete Dr. Hannah Offerdinger (Universität Hamburg) mit dem Vortrag „Transnationaler Menschenrechtsschutz durch das Strafrecht – insb. anhand des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG)“. Zu Beginn verwies Dr. Offerdinger auf das tragische Unglück in Bangladesch (Einsturz der Rana-Plaza Textilfabrik), bei dem etwa 1.100 Menschen ums Leben kamen und über 2.000 Menschen verletzt wurden. Eins von vielen Beispielen für die Notwendigkeit strengerer Menschenrechtsschutzmaßnahmen in Lieferketten. Sie hob die Bedeutung von Sorgfaltspflichten und Risikomanagement in Unternehmen hervor und diskutierte die rechtlichen Bedingungen und Herausforderungen. Das Ziel sei es, die Beeinträchtigung von Menschenrechten zu verbieten und beim Verstoß eine klare Verletzung festzustellen. Die Einhaltung dieser Pflichten solle durch die Unterzeichnung von Code of Conduct in Unternehmen und Lieferketten gewährleistet werden. Die operative Einhaltung der Sorgfaltspflichten liege im Verantwortungsbereich der Geschäftsführung. Da Unternehmen selbst bei einer Pflichtverletzung Adressat einer Geldbuße seien, betonte Dr. Offerdinger die Wichtigkeit einer Risikoanalyse, insbesondere bei unmittelbaren Lieferanten. Außerdem seien Präventionsmaßnahmen bei Risikofeststellung notwendig. Unternehmen sollten ein Beschwerdeverfahren etablieren und ihre Maßnahmen dokumentieren und berichten. Dabei betonte Dr. Offerdinger, dass die Einhaltung der Pflichten nicht zwangsläufig zum Erfolg führen müsse, vielmehr handele es sich um eine Bemühungspflicht. Auf die Frage, ob das LkSG menschenrechtsschützend sei, wurde eingeräumt, dass dieses Ziel mit diesem Gesetz zumindest verfolgt werden soll, um Risiken vorzubeugen oder zu minimieren und dadurch Menschenrechtsverletzungen insgesamt zu beenden. Nach dem Vortrag folgte die Frage „Wie setzen wir hier Strafrecht ein?“ von Prof.'in Dr. Charlotte

Schmitt-Leonardy. Prof.'in Dr. Schmitt-Leonardy ergänzte, dass im Referentenentwurf die zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen und die Formulierung von Compliance Maßnahmen erforderlich sei. Die Zurechnung solle nicht durch vage Worte wie „angemessen und erforderlich“ ersetzt werden. Ihr Eindruck sei, dass Strafrecht nur symbolisch und als „Drohkulisse“ eingesetzt wird. Dr. Offerdinger betonte, dass das Strafrecht keineswegs nur symbolisch eingesetzt wird, das Gesetz sei aber nicht logisch aufgebaut. Es gab das gesellschaftliche Bedürfnis nach einer Regelung, diese sei nun da und die Weiterentwicklung sei abzuwarten.

Nun ging JunProf. Dr. Aziz Epik, LL.M (Universität Hamburg) in seinem Vortrag „Verantwortlichkeit von Unternehmen für Völkerrechtsverbrechen – Ansätze und Herausforderungen eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts“ auf die alte Bekanntheit von Wirtschaftsunternehmen zu Völkerrechtsverbrechen ein. Einleitend führte JunProf. Dr. Epik in den Begriff „Wirtschaftsvölkerstrafrecht“ ein. Wirtschaftsvölkerstrafrecht meine nicht den Schutz wirtschaftsbezogener Rechtsgüter. Vielmehr schütze das Wirtschaftsvölkerstrafrecht die Schutzgüter des Völkerstrafrechts Frieden, Sicherheit, Wohl der Welt und den Menschenrechtsschutz. Wirtschaftsunternehmen können in vielerlei Hinsicht in Völkerverbrechen verstrickt sein, so JunProf. Dr. Epik. Unternehmen können Geschäftsbeziehungen zu Diktaturen aufbauen, Waffen und kriegswichtige Materialien liefern, private oder staatliche Sicherheitskräfte einsetzen oder natürliche Ressourcen ausbeuten. Frankreich und Schweden zeigten bereits in den Verfahren „Lafarge“ und „Lundin Energy“, dass Wirtschaftsunternehmen Beziehungen zu Völkerrechtsverbrechen haben können. Obwohl derart schwerwiegende Völkerrechtsverbrechen keine Seltenheit sind, sei die Verfolgungspraxis eher zurückhaltend. Die Ursache für die zurückhaltende Verfolgungspraxis sei Art. 25 des IStGH-Statuts, wonach der Internationale Strafgerichtshof nur für natürliche Personen zuständig ist. JunProf. Dr. Epik thematisierte zwei Lösungsansätze, um die Verfolgungspraxis hinsichtlich unternehmerischer Verstrickungen zu Völkerrechtsverbrechen zu erleichtern. Völkerrechtliches Verbandsstrafrecht oder eine individualstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit. Obwohl eine Vorgesetztenverantwortlichkeit einige Herausforderungen bezüglich der Zurechnung mit sich bringe, sei eine Vorgesetztenverantwortlichkeit die bessere Lösung als Verbandsstrafrecht. JunProf. Dr. Epik schlug vor, Art. 28 IStGH zu verschärfen und individualstrafrechtliche Verfolgung der Vorgesetzten zu ermöglichen. JunProf. Dr. Epik erwähnte jedoch, dass sich die abgeschlossenen Verfahren an einer Hand abzählen ließen. Demzufolge müsse man sich, trotz des Änderungsbedarf, noch gedulden bis sich in der Hinsicht etwas ändert.

Das Panel „Welt“ beendete RAin Anna Coenen mit ihrem Vortrag „Endstation Ärmelkanal – Die strafrechtliche Einziehung und ihre Sicherung nach dem Brexit“, indem sie das sog. „Trade and Cooperation Agreement“ (TCA) thematisierte. Das EU-UK Trade and Cooperation Agreement ist seit dem 1. Januar 2021 vorläufig anwendbar und regelt die Zusammenarbeit der Polizei und Justiz in strafrechtlichen Angelegenheiten. Das TCA bestimmt unter anderem den Daten- und Informationsaustausch, die Sicherstellung und

den Austausch und die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung. Worüber Coenen aufklärte, war die Sicherung und Einziehung nach dem TCA. Das TCA zeige, dass eine Verpflichtung zur größtmöglichen Unterstützung und Zusammenarbeit in Ermittlungen bestehe. Maßgeblich sei dabei immer das Recht des ersuchten Staates. Mögliche Maßnahmen des ersuchten Staates können beispielsweise das Auskunftersuchen zu Bankkonten, Spontaninformationen, Sicherstellung und Beschlagnahmen sein. Coenen erklärte, dass jeder Staat eine zentrale Behörde benenne, welche für die Zusammenarbeit zuständig sei. Dabei sei stets die Amtssprache des ersuchten Staates und die Schriftform einzuhalten, wobei dies bei Gefahr im Verzug nicht gelte. Auch wenn dies sehr vielversprechend klingt, bringe es in der

Praxis erhebliche Hürden mit sich, so Coenen. Der Vorschlag sei, EU-Richtlinien über die Abschöpfung und Einziehung von Vermögenswerten zu schaffen. Coenen stellte fest, dass eine Entwicklung zu sehen sei, sich jedoch nicht wirklich viel im Verfahren geändert habe, obwohl die Zusammenarbeit innerhalb der EU und grenzüberschreitenden Ermittlungen zunehme.

Nach Schlussworten der Veranstalter*innen ging es auch schon zum abschließenden Umtrunk, bei dem die Referent*innen und Teilnehmer*innen die diesjährige Tagung „Junges Wirtschaftsstrafrecht 5.0 - In 80 Tagen um die Welt“ ausklingen ließen.