

Übungsfall: Leise pfeift der Whistleblower

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Peter Kasiske, München

Der Fall richtet sich an Examenskandidaten mit dem Schwerpunkt Wirtschaftsstrafrecht. Schwerpunkte sind Fragen der Bestechung im geschäftlichen Verkehr, des Geheimnisverrats sowie strafprozessuale Aspekte von internen Ermittlungen in Unternehmen.

Sachverhalt

Teil I

A ist als leitender Angestellter im Baukonzern B-AG zuständig für die Akquise von Aufträgen und die Erstellung der Angebote. Zu seinen Aufgaben gehört die Erstellung eines Angebots für den Bau einer neuen Abfertigungshalle für den von der F-GmbH betriebenen Regionalflughafen. Die F-GmbH gehört zu 60 % dem Land L und zu 40% privaten Anteilseignern. Laut Gesellschaftsvertrag können bestimmte wirtschaftlich besonders bedeutsamen Entscheidungen nur mit einer Zweidrittelmehrheit der Gesellschafter getroffen werden. Die F-GmbH steht in Konkurrenz zu anderen privat betriebenen Regionalflughäfen. A befürchtet, dass die B-AG nicht in der Lage sein wird, ein günstigeres Angebot abzugeben als die Konkurrentin X-AG, die sich ebenfalls um den Auftrag bewerben will.

A diktiert daraufhin einen Brief an G, einen der Geschäftsführer der F-GmbH, der dort für die Vergabe von Bauaufträgen zuständig ist. In dem als „persönlich/vertraulich“ gekennzeichneten Schreiben weist A darauf hin, dass er stellvertretender Vorsitzender des Landesverbands der C-Partei ist. In dieser Funktion verfolge er aufmerksam die politischen Ambitionen von Gs Ehefrau, die ebenfalls Mitglied der C-Partei ist. Er könne sich gut vorstellen, die Aufstellung dieser begabten Nachwuchspolitikerin für eine Kandidatur als Landtagsabgeordnete nachhaltig zu unterstützen. Im Übrigen hoffe er darauf, dass das Angebot der B-AG für den Bau des neuen Flughafengebäudes von G mit besonderem Wohlwollen geprüft werde. G schreibt darauf zurück, der A solle seine „durchsichtigen Manipulationsversuche“ unterlassen und sein Parteiamt genauso objektiv ausüben wie er, G, seine Tätigkeit als Geschäftsführer.

Daraufhin bittet A die Büroangestellte N, die in der Poststelle der X-AG beschäftigt ist, die Versendung des Angebots der X-AG um drei Tage zu verzögern, so dass das Angebot erst nach Ablauf der von der F-GmbH gesetzten Abgabefrist eintrifft. A verspricht der N, die gerne den Arbeitsplatz wechseln möchte, sich dafür einzusetzen, dass sie eine Stelle bei der B-AG erhält. N geht auf die Offerte des A ein und verzögert die Absendung des Angebots. Da die F-GmbH aber kurzfristig noch die Abgabefrist verlängert, geht das Angebot dann doch noch rechtzeitig ein. Die F-GmbH entscheidet sich letztlich für das Angebot der B-AG, da dieses objektiv deutlich günstiger ist als das der X-AG.

S ist die Sekretärin von A. Als ihr der Brief an G diktiert wird, äußert sie gegenüber A Bedenken, ob eine solche Offerte nicht illegal sei. A weist die S daraufhin zurecht, sie solle nicht denken, sondern tippen. S schreibt daraufhin den Brief zu Ende und schickt ihn an G. Danach wachsen aber ihre

Bedenken gegen das Geschäftsgebaren des A. Weil sie meint, die Öffentlichkeit müsse über die Vorkommnisse informiert werden und weil sie „dem korrupten Saftladen B-AG eine Lektion erteilen“ möchte, offenbart sie sich daraufhin dem Enthüllungsjournalisten J, der über Korruption in der Baubranche recherchiert, und teilt ihm den Inhalt des Schreibens an G sowie dessen Antwort darauf mit. J verwendet die Informationen für seine Story, die als mehrteilige Serie in einer großen Tageszeitung erscheint und in der die betroffenen Unternehmen namentlich genannt werden.

Bearbeitervermerk zu Teil I

In einem umfassenden Gutachten ist die Strafbarkeit von A, S und J zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Teil II

Die Enthüllungen des J führen dazu, dass der Vorstand der B-AG, dem die fragwürdigen Praktiken des A bislang nicht bekannt waren, den externen Rechtsanwalt R mit einer Untersuchung der Vorgänge beauftragt. Der Vorstand befürchtet, dass aus dem Verhalten des A auch der B-AG Konsequenzen in Form eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens drohen könnten. Im Rahmen seiner Ermittlungen interviewt R diverse Mitarbeiter, darunter auch den A. R macht den Betroffenen dabei deutlich, dass das Unternehmen ihre Mitwirkung bei der Aufklärung erwartet und bei einer Weigerung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung zu rechnen sei. A offenbart dem R daraufhin seine Vorgehensweise im Angebotsverfahren der F-GmbH, was von R in einem Aussageprotokoll auch schriftlich festgehalten wird. Durch den Zeitungsartikel des J ist auch die Staatsanwaltschaft auf den Fall aufmerksam geworden und leitet ein Ermittlungsverfahren gegen A ein. A verweigert gegenüber der Staatsanwaltschaft auf Anraten seines Verteidigers Angaben zur Sache und kündigt an, auch in der Hauptverhandlung nicht auszusagen. Der zuständige Staatsanwalt verlangt nun von R, dass er das von ihm angefertigte Protokoll der Aussage des A aushändigt. Nach Rücksprache mit der B-AG verweigert R aber die Herausgabe. Der Staatsanwalt ordnet daraufhin die Beschlagnahme des Protokolls an, das sich in der Kanzlei des R befindet. Weil er keine Anhaltspunkte für eine Aufsichtspflichtverletzung erkennen kann, verzichtet der Staatsanwaltschaft darauf, die Festsetzung einer Geldbuße gegen die B-AG zu beantragen.

Bearbeitervermerk zu Teil II

In einem umfassenden Gutachten ist zu prüfen, welche Gesichtspunkte einer Verwertung des beschlagnahmten Interviewprotokolls als Beweismittel in einem Strafverfahren gegen A entgegenstehen könnten.

Lösung**A. Strafbarkeit des A****I. Strafbarkeit aus §§ 333 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB wegen Bestechung des G**

Indem er dem G in seinem Brief politische Unterstützung für dessen Ehefrau zugesichert hat, könnte A sich gemäß §§ 333 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB wegen Bestechung strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

G müsste zunächst ein Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein. G ist weder Beamter, noch steht er in sonstigem öffentlich-rechtlichem Amtsverhältnis, so dass eine Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und b StGB ausscheidet. In Betracht kommt aber eine Begründung der Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Dann müsste die F-GmbH eine sonstige Stelle im Sinne dieser Vorschrift sein. Sonstige Stellen im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sind solche, bei denen es sich zwar nicht um Behörden handelt, die rechtlich aber befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen oder der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken. Dies können auch Privatrechtssubjekte sein, wenn sie sich bei einer Gesamtbetrachtung als einer Behörde vergleichbarer und staatlicher Steuerung unterliegender „verlängerter Arm des Staates“ darstellen.¹ Die F-GmbH steht zwar mehrheitlich im Landeseigentum, daraus ergibt sich aber allein noch keine staatliche Steuerung, da den privaten Anteilseignern hier noch maßgebliche Einflussmöglichkeiten verbleiben.² Da die F-GmbH zudem mit anderen privat betriebenen Flughäfen im Wettbewerb steht, hat sie auch keine monopolartige Stellung im Bereich der Daseinsfürsorge, wie sie für Behörden typisch ist. Vielmehr handelt sie in erster Linie erwerbswirtschaftlich. Daher ist sie nicht als „verlängerter Arm des Staates“ zu qualifizieren.³

G ist folglich kein Amtsträger.

2. Ergebnis

A ist nicht aus §§ 333 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

II. Strafbarkeit aus § 299 Abs. 2 StGB wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr

Durch den Brief an G könnte A aber den Tatbestand der Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 2 StGB verwirklicht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Erforderlich ist zunächst ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Dies umfasst alle Maßnahmen, die der Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks dienen.⁴ Der Brief von A an G war zwar scheinbar privat, doch diente er der Förderung eines geschäftlichen Zwecks, nämlich der Erlangung des Auftrags. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt daher vor.

b) Als Tathandlung kommt hier das Anbieten eines Vorteils in Betracht.

aa) Ein Vorteil ist alles, was die Lage des Empfängers objektiv messbar in wirtschaftlicher, rechtlicher oder persönlicher Hinsicht verbessert, ohne dass der Empfänger hierauf einen Anspruch hätte.⁵ Der Tatbestand umfasst dabei auch Vorteile, die an einen Dritten gewährt werden. Hier sagte A eine Förderung der Kandidatur der Ehefrau von G zu. Damit wäre jedenfalls deren Besserstellung in persönlicher Hinsicht verbunden. Eine solche politische Unterstützung wäre auch objektiv feststellbar, etwa in Form von Äußerungen des A zugunsten der Kandidatin oder seinem Abstimmungsverhalten. Dieser Vorteil war auch nicht sozialadäquat, da derartige Versprechen im Rahmen der Verkehrssitten nicht üblich sind.⁶

bb) A stellt den Vorteil konkret in Aussicht. Damit ist die Alternative des „Anbietens“ verwirklicht. Dass G das Angebot auch annimmt, ist für die Vollendung des Tatbestandes nicht erforderlich. Bei § 299 StGB handelt es sich nach h.M. um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, für das es ausreicht, dass das Handeln des Täters geeignet ist, die Gefahr sachwidriger Entscheidungen zu begründen.⁷

c) G müsste Beauftragter oder Angestellter eines geschäftlichen Betriebs sein.

aa) Als Geschäftsführer der GmbH ist G nicht Betriebsinhaber, sondern wegen des Weisungsrechts der Gesellschafter nach § 37 Abs. 1 GmbHG Angestellter.⁸

⁴ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 28; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 299 Rn. 9.

⁵ BGHSt 31, 264 (279); 47, 295 (304); BGH NJW 2001, 2558 (2559); BGH NSTZ 2008, 216 (217).

⁶ Obwohl der Vorteilsbegriff bei § 299 StGB und §§ 331 ff. StGB identisch ist, wird die Sozialadäquanz bei der Bestechung im geschäftlichen Verkehr etwas großzügiger gesehen als bei der Amtsträgerkorruption, wo z.T. bereits Geschenke ab einem Wert von 30 Euro als nicht mehr sozialadäquat angesehen werden, vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 331 Rn. 26a. Im Rahmen von § 299 StGB ist darauf abzustellen, ob der Vorteil im konkreten Einzelfall geeignet ist, den Vorteilsnehmer zu einer sachwidrigen Entscheidung zu veranlassen, vgl. Wittig (Fn. 4), § 26 Rn. 46.

⁷ BGH NJW 2006, 3290 (3298).

⁸ Allerdings wird teilweise vertreten, dass ein GmbH-Geschäftsführer, der zugleich Alleingesellschafter ist, einem Betriebsinhaber gleichzustellen sein soll, siehe dazu Brettel/Schneider, Wirtschaftsstrafrecht, 2014, § 3 Rn. 491.

¹ BGHSt 49, 214 (219).

² Vgl. BGHSt 50, 299 (303 ff.) – „Kölner Müllskandal“. Selbst bei Alleininhaberschaft der öffentlichen Hand soll daraus nicht zwangsläufig auf eine staatliche Steuerung geschlossen werden können, BGHSt 43, 370 (378).

³ Vgl. BGHSt 45, 16 zur Flughafen Frankfurt AG; BGHSt 50, 299 (303 ff.).

bb) Die F-GmbH ist ein geschäftlicher Betrieb, da sie auf Dauer am Wirtschaftsverkehr teilnimmt.

d) Dass Angebot müsste auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung zwischen A und G abgezielt haben.

aa) In Betracht kommt hier eine Unrechtsvereinbarung nach § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Der Vorteil müsste also von A als Gegenleistung für eine konkrete Bevorzugung im Wettbewerb in Aussicht gestellt worden sein.⁹ Bevorzugung ist jede Besserstellung, auf die der Wettbewerber keinen Anspruch hat. A erwartete von G ein „besonderes Wohlwollen“ bei der Prüfung des Angebots der B-AG, was nur so zu verstehen sein kann, dass er von G eine Bevorzugung bei der Auftragsvergabe allein aufgrund des in Aussicht gestellten Vorteils erwartete. Diese Bevorzugung wäre auch im Hinblick auf den künftigen Bezug gewerblicher Leistungen, nämlich den Bau des Flughafengebäudes erfolgt. Da sie durch den sachfremden Vorteil für Gs Ehefrau motiviert sein sollte, wäre sie auch unlauter gewesen. Das Angebot zielte folglich auf eine Unrechtsvereinbarung ab, durch die der A im Wettbewerb unlauter bevorzugt werden sollte. Dass das Angebot der B-AG ohnehin günstiger gewesen wäre und sie daher den Zuschlag sowieso erhalten hätte, ändert daran nichts, da allein das Vorstellungsbild des Täters maßgeblich ist¹⁰ und A davon ausging, dass sein Schreiben den G zu einer Bevorzugung der B-AG veranlassen könnte.

bb) Da der G durch eine Bevorzugung der B-AG nach der Vorstellung des A zugleich seine Pflichten gegenüber der F-GmbH verletzt hätte, liegt zugleich eine Unrechtsvereinbarung nach § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Absicht. Es kam ihm gerade darauf an, dem G einen Vorteil im Gegenzug für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb und einen damit verbundenen Verstoß gegen Gs Pflichten gegenüber seinem Geschäftsherrn anzubieten.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Ergebnis

A ist strafbar aus § 299 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB. Die Alternative nach Nr. 2 tritt dabei hinter § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB zurück.¹¹ Der nach § 301 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

⁹ BGHSt 15, 239 (245).

¹⁰ BGH NJW 2003, 2996 (2997).

¹¹ § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB schützt neben dem lauterem Wettbewerb nach h.M. auch die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn, näher Wittig (Fn. 4), § 26 Rn. 4. Wird durch eine unlautere Bevorzugung infolge einer Vorteilszuwendung daher zugleich die Pflicht des Vorteilsnehmers verletzt, das für den Geschäftsherrn objektiv günstigste Angebot auszuwählen, so ist dies bereits durch die Bestrafung aus § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB mit abgegolten; vgl. Walther, DB 2016, 95 (98). Vertretbar ist es allerdings auch, aufgrund der unter-

III. Strafbarkeit aus § 299 Abs. 2 StGB wegen der Bitte an N

Auch durch die Bitte an N, die Absendung des Angebots zu verzögern, könnte A sich wiederum nach § 299 Abs. 2 StGB wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt vor.

b) Auch hier hat A einen Vorteil angeboten. Denn auch eine Bevorzugung bei der Stellenvergabe ist ein Vorteil, der mindestens zu einer persönlichen Besserstellung führt, auf die die N hier auch keinen Anspruch hätte.

c) N ist Angestellte im geschäftlichen Betrieb der X-AG.

d) Weiterhin ist eine Unrechtsvereinbarung erforderlich. Das Angebot des A war nicht im Sinne von § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf eine Bevorzugung im Wettbewerb um Aufträge der X-AG gerichtet. Vielmehr wollte A erreichen, dass N die Einreichung eines Angebots durch die Mitbewerberin X-AG sabotieren sollte.

Es könnte aber eine Unrechtsvereinbarung im Sinne von § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB vorliegen. Dann müsste der Vorteil als Gegenleistung für eine Pflichtverletzung beim Bezug von Waren und Dienstleistungen erfolgt sein. Ob dies der Fall ist, ist fraglich.

aa) Für die Anwendbarkeit von § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB spricht der Grundgedanke des „Geschäftsherrenmodells“, das laut Gesetzesmaterialien der Neuregelung zugrunde liegt. Demnach soll die Vorschrift das Interesse des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Ausübung der Pflichten seiner Arbeitnehmer schützen.¹² Dann wäre es aber nur konsequent, nicht nur potentielle Auftraggeber, sondern auch Mitbewerber vor unlauteren Beeinflussungen ihrer Mitarbeiter zu schützen.

Allerdings wird in der Literatur vielfach vertreten, dass das Geschäftsherrenmodell zu einer Überdehnung der Strafbarkeit führt. Weil nämlich der Umfang der Pflichtenstellung des Arbeitnehmers, an den die Strafbarkeit anknüpft, nicht durch den Gesetzgeber, sondern wesentlich durch den jeweiligen Arbeitsvertrag bestimmt wird, sei die Neuregelung im Hinblick auf Art. 103 GG problematisch, zumal durch das Geschäftsherrenmodell prinzipiell auch die Verletzung wenig bedeutender vertraglicher Nebenpflichten zur Strafbarkeit führen kann. Zudem steht der neue Tatbestand in einem Spannungsverhältnis zu § 266 StGB. Während das Gesetz bei der Untreue Pflichtverletzungen gegenüber dem Geschäftsherrn nur dann für strafbar erachtet, wenn dies mit einem Vermögensnachteil verbunden ist und dabei nicht einmal eine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, führt das Geschäftsherrenmodell bei § 299 StGB dazu, dass bereits Handlungen im Vorfeld einer Pflichtverletzung bestraft werden können, ohne dass es auf einen Vermögensnachteil ankäme.¹³ Daher be-

schiedlichen Schutzrichtung der beiden Tatbestandsalternativen von Idealkonkurrenz auszugehen.

¹² BT-Drs. 16/6558, S. 13.

¹³ Schönemann, ZRP 2015, 68 (69).

fürworten viele Autoren eine restriktive Auslegung der Geschäftsherrenvariante des § 299 StGB.

bb) So wird teilweise eine wettbewerbsbezogene Auslegung des Merkmals der Pflichtverletzung vorgeschlagen. Danach soll lediglich die Verletzung solcher Pflichten tatbestandsmäßig sein, die einen Wettbewerbsbezug aufweisen, also gerade dem Schutz des Leistungswettbewerbes dienen sollen.¹⁴ Folgt man dem, so wäre eine Unrechtsvereinbarung hier anzunehmen, denn die Pflicht der N, das Angebot rechtzeitig loszuschicken, steht im Bezug zum Wettbewerb um den Auftrag der F-GmbH. Gegen eine derartige wettbewerbsbezogene Auslegung spricht allerdings, dass eine solche Umdeutung der neuen zweiten Tatbestandsvariante des § 299 StGB in ein auf den Schutz des Wettbewerbs gerichtetes abstraktes Gefährdungsdelikt nicht mit dem erklärten Willen des Gesetzgebers vereinbar ist, der explizit die Loyalitätsinteressen des Arbeitgebers als geschütztes Rechtsgut benannt hat.¹⁵

cc) Andere wollen die Restriktion des Tatbestands am Merkmal „beim Bezug von Waren und Dienstleistungen“ festmachen. Danach soll § 299 StGB grundsätzlich auf die Gewährung von Vorteilen im Verhältnis zwischen einem Lieferanten und einem Abnehmer beschränkt sein. Dagegen wären Zuwendungen an Mitarbeiter von Mitbewerbern nicht erfasst, da zwischen den Mitbewerbern untereinander kein Leistungsaustauschverhältnis besteht.¹⁶

Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, dass eine solche Beschränkung des Tatbestands von § 299 StGB auf Bezugsvorgänge europarechtswidrig sei. Denn die Norm dient der Umsetzung des Rahmenbeschlusses RB 2003/568/JI der Europäischen Union zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor. Darin ist aber nur von Zuwendungen im Zusammenhang mit „Geschäftsvorgängen“ die Rede, ohne dass eine Beschränkung auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen vorgesehen wäre. Daraus kann indes nicht gefolgert werden, dass § 299 StGB rahmenbeschlusskonform dahingehend ausgelegt werden muss, dass dem Merkmal „beim Bezug von Waren und Dienstleistungen“ keine Bedeutung zukommt. Denn auch eine solche rahmenbeschlusskonforme Auslegung findet ihre Grenze im ausdrücklichen Wortlaut der Norm. Sie kann daher nicht dazu führen, dass einem ausdrücklich aufgeführten – zudem strafbarkeitsbeschränkenden – Tatbestandsmerkmal überhaupt keine Bedeutung mehr zukommt.¹⁷ Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob der Rahmenbeschluss RB 2003/568/JI dem deutschen Gesetzgeber überhaupt die Pflicht auferlegen kann, ein extensives Geschäftsherrenmodell einzuführen, dass die Verletzung jedweder Pflicht gegenüber dem Geschäftsherrn unter Strafe

stellt. Denn der Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2003 entspricht nicht den Vorgaben, die seit dem Vertrag von Lissabon aus dem Jahr 2009 für Rechtsakte der EU gelten, durch die den Mitgliedstaaten Verpflichtungen im Bereich des Strafrechts auferlegt werden.¹⁸ Außerdem könnte eine Verpflichtung, jegliche Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn im Zusammenhang mit Korruption unter Strafe zu stellen, gegen den unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 49 Abs. 3 GrCh verstoßen. Daher spricht vieles dafür, den Rahmenbeschluss seinerseits unionprimärrechtskonform dahingehend auszulegen, dass er den nationalen Gesetzgeber lediglich zur Übernahme eines eingeschränkten Geschäftsherrenmodells verpflichtet, das Raum für Restriktionen wie die einer Beschränkung auf bestimmte Pflichtverletzungen lässt.¹⁹

Da sich das Angebot an N nicht auf eine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren und Dienstleistungen bezog, fehlt es an einer Unrechtsvereinbarung und damit bereits an der Verwirklichung des objektiven Tatbestands.

2. Ergebnis

A ist wegen der Bitte an N nicht aus § 299 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

B. Strafbarkeit der S

I. Beihilfe zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr, §§ 299 Abs. 2 Nr. 1, 27 Abs. 1 StGB

Indem sie den Brief des A an den G schrieb und abschickte, könnte S sich wegen Beihilfe zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach §§ 299 Abs. 2 Nr. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat liegt mit der von A verwirklichten Bestechung im geschäftlichen Verkehr vor.

2. Als Hilfeleisten kommt hier das Schreiben und Abschicken des Briefes an G in Betracht.

Problematisch ist jedoch, dass diese Handlungen zu den gewöhnlichen Tätigkeiten einer Sekretärin gehören, die für sich genommen auch keinen sozialwidrigen Charakter aufweisen. Unter welchen Voraussetzungen eine strafbare Beihilfe auch durch derartiges berufstypisches Verhalten verwirklicht werden kann, ist umstritten.

a) Teilweise wird angenommen, dass es im Rahmen der Beihilfe keine Sonderbehandlung für berufstypisches Verhalten geben darf, weil kein Grund bestehe, Handeln im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit zu privilegieren. Auch von einem in Ausübung seines Berufs Handelnden wird erwartet, dass er seine Unterstützung verweigert, wenn seine Tätigkeit deliktische Zwecke fördert.²⁰

¹⁴ Näher *Gaede*, NZWiSt 2014, 281 (285 f.).

¹⁵ *Hoven*, NSStZ 2015, 553 (559); *Krack*, ZIS 2016, 83 (87 f.); *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (69).

¹⁶ *Hoven*, NSStZ 2015, 553 (557 f.); *Walther*, DB 2016, 95 (97).

¹⁷ *Hecker*, JuS 2014, 385 (388 ff.); *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561 (563 f.); *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 9 Rn. 92.

¹⁸ *Gaede*, NZWiSt 2014, 281 (289 f.); *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 4. Aufl. 2015, 3. Teil 2. Kap. Rn. 91.

¹⁹ *Beckemper*, Jura 2001, 163 (169); *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 (539 ff.).

b) Die Rechtsprechung und die vorherrschende Literaturansicht stellen dagegen in erster Linie auf die subjektive Vorstellung des Gehilfen ab. Danach soll eine strafbare Hilfeleistung dann vorliegen, wenn der Gehilfe den Tatentschluss des Täters kennt oder angesichts eines erkennbar tatgeneigten Täters die deliktische Verwendung seiner Hilfeleistung zumindest für hochgradig wahrscheinlich hält.²¹ Darüber hinaus muss der Tatbeitrag nach dieser Ansicht auch noch einen objektiven deliktischen Sinnbezug aufweisen. Ein derartiger Sinnbezug liegt vor, wenn der Tatbeitrag ohne die Haupttat für den Haupttäter sinnlos wäre, bzw. die konkrete Unterstützungshandlung nur anhand des Bezugs zum Delikt erklärbar ist.²² Nach diesen Kriterien wäre eine Strafbarkeit hier zu bejahen, denn S kennt das Vorhaben des A und der Brief ist für A nur als Bestechungsofferte sinnvoll.

c) Nach einer eher objektive Kriterien betonenden anderen Ansicht soll eine Strafbarkeit ausscheiden, wenn sich das Handeln im Rahmen der sozialen oder jedenfalls professionellen Adäquanz bewegt, d.h. wenn es grundsätzlich den jeweiligen Regeln des Berufsstandes entspricht. Denn derjenige, der sich konform zu seiner sozial allgemein akzeptierten beruflichen Rolle verhält, soll dafür kein Strafbarkeitsrisiko befürchten müssen.²³ In solchen Fällen fehle es zudem an der Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos.²⁴ Nach diesen Kriterien könnte eine Strafbarkeit der S hier mit der Erwägung verneint werden, dass Sekretärinnen im Rahmen ihrer Tätigkeit typischerweise Briefe unterschiedlichsten Inhalts zu schreiben haben, so dass sich ein solches Verhalten als sozial und professionell adäquat darstellt.

Für die Ansicht der Rechtsprechung spricht, dass sich ein Gehilfe, der den Vorsatz des Haupttäters zur Begehung einer rechtswidrigen Tat kennt und ihn gleichwohl unterstützt, mit dem Haupttäter solidarisiert. Eine Handlung verliert ihren neutralen Alltagscharakter, wenn sie bewusst als Unterstützung zur Begehung einer Straftat vorgenommen wird.

Ein Hilfeleisten im Sinne von § 27 Abs. 1 StGB ist daher zu bejahen.²⁵

²¹ Vgl. BGHSt 46, 107 (113); BGH NSTZ 2000, 34.

²² *Bechtel*, Jura 2016, 865 (868 f.); *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 138 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 221 ff.; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 18.

²³ *Hassemer*, wistra 1995, 41 ff. (85 ff.); *Murmann*, JuS 1999, 552.

²⁴ *Wohlers*, NSTZ 2000, 169 (173).

²⁵ Ein Überblick zum Streitstand bei der Beihilfe durch neutrales bzw. berufstypisches Verhalten findet sich u.a. bei *Brettel/Schneider* (Fn. 8), § 2 Rn. 112 ff.; *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 202 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 45 Rn. 101 ff.; *Wittig* (Fn. 4), § 6 Rn. 153 ff.; speziell zur Behandlung in der Klausur *Rotsch*, Jura 2004, 14.

3. Subjektiver Tatbestand

S handelte sowohl mit Vorsatz bezüglich der Haupttat des A als auch bezüglich des Hilfeleistens hierzu, da sie wusste, dass der von ihr geschriebene Brief eine Bestechungsofferte an G enthielt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

5. Ergebnis

S ist aus §§ 299 Abs. 2 Nr. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar. Der nach § 301 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

II. Verrat von Geschäftsgeheimnissen, § 17 Abs. 1 UWG zum Nachteil der B-AG

Indem sie den J über den Bestechungsversuch des A informiert hat, könnte sich S wegen Verrats von Geschäftsgeheimnissen nach § 17 Abs. 1 UWG strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Bei § 17 Abs. 1 UWG handelt es sich um ein Sonderdelikt. Als Täter kommen nur Beschäftigte des betroffenen Unternehmens in Betracht. Die S ist zum Zeitpunkt der Mitteilung an J bei der B-AG beschäftigt.

b) Bei den Informationen über den Bestechungsversuch des A müsste es sich um ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis handeln. Geheimnis sind all jene Tatsachen, die zu einem Unternehmen oder Geschäftsbetrieb in Verbindung stehen, die nicht jedermann bekannt, also nicht offenkundig sind und nach dem bekundeten, auf wirtschaftlichen Interessen beruhenden Willen des Betriebsinhabers geheim gehalten werden sollen.²⁶

aa) Hier steht der Umstand, dass A versucht hat, den G im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe an die B-GmbH zu bestechen, in Verbindung zu deren Geschäftsbetrieb.

bb) Der Bestechungsversuch war auch lediglich A selbst und der S bekannt und somit nicht offenkundig.

cc) Fraglich ist, ob seitens der B-AG ein manifestierter Geheimhaltungswille vorliegt. Denn der B-AG bzw. deren vertretungsberechtigten Organen ist das Verhalten des A bis zur Veröffentlichung in der Presse gar nicht bekannt. Die Rechtsprechung stellt an das Merkmal des Geheimhaltungswillens allerdings nur sehr geringe Anforderungen und lässt es ausreichen, wenn sich dieser Wille aus der Natur der geheim zu haltenden Tatsache ergibt.²⁷ Dabei soll es auch nicht erforderlich sein, dass der Betriebsinhaber überhaupt tatsächliche Kenntnis von dem Geheimnis hat. Vielmehr reiche es aus, wenn sicher feststeht, dass er den Umstand im Falle der Kenntnis als Geheimnis behandeln würde.²⁸ Im Ergebnis genügt daher ein hypothetischer Geheimhaltungswille.²⁹ Nach

²⁶ BGH NJW 2006, 3424 (3425).

²⁷ BGH NJW 1995 (2301).

²⁸ BGH GRUR 1977, 539 (540).

²⁹ In der Literatur wird daher zurecht gefordert, auf dieses Merkmal gänzlich zu verzichten, vgl. *Köhler/Bornkamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar,

diesen Maßstäben läge hier ein Geheimhaltungswille der B-AG vor. Der Bestechungsversuch des A ist für die B-AG rufschädigend und setzt sie der Gefahr eines Bußgeldverfahrens wegen Verstoßes gegen § 130 OWiG aus. Daher ist davon auszugehen, dass die Unternehmensleitung den Vorfall als Betriebsgeheimnis behandelt hätte, wenn er ihr bereits vor der Veröffentlichung durch J bekannt geworden wäre.

dd) Notwendig ist außerdem ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse. Ein solches liegt regelmäßig dann vor, wenn die Tatsache für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung ist.³⁰ Dies ist der Fall, denn das Bekanntwerden unlauterer Unternehmenspraktiken schädigt die Reputation der B-AG und die Vertrauensbeziehung zu Geschäftspartnern, was zu nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der B-AG führen kann.

Es ist jedoch sehr umstritten, ob auch illegale Geheimnisse, die rechtswidrige oder sogar strafbare Praktiken im Unternehmen betreffen, ebenfalls vom Schutzzweck des § 17 Abs. 1 UWG mit umfasst sind.

Dies wird von einigen Stimmen in der Literatur in Abrede gestellt. Es könne nicht Zweck einer Strafnorm sein, die Aufdeckung anderer Straftaten zu verhindern. Anderenfalls verstricke sich die Rechtsordnung in einen Selbstwiderspruch.³¹ Illegales Verhalten im Geschäftsverkehr sei per se wettbewerbswidrig. Daher fordere das durch § 17 UWG i.V.m. § 1 UWG geschützte Allgemeininteresse an einem lauterem Wettbewerb, dass derartige Vorgänge aufgedeckt werden, anderenfalls würde § 17 UWG entgegen seinem Zweck bewirken, dass ein wettbewerbswidriger Zustand aufrecht erhalten wird.³² Andere sehen § 17 UWG als ein Vermögensdelikt, das primär das wirtschaftliche Interesse des Betriebsinhabers an der Geheimhaltung und damit letztlich sein Vermögen schützen soll. Illegale Geheimnisse sollen demnach deswegen aus dem Schutzbereich der Vorschrift ausscheiden, weil ihr wirtschaftlicher Wert rechtlich missbilligt und daher vom juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff nicht umfasst sei.³³ Außerdem wird geltend gemacht, dass eine Strafbarkeit des Verrats illegaler Geheimnisse geeignet sei, als „Whistleblower“ agierende Mitarbeiter, die unternehmensinterne Missstände publik machen wollten, abzuschrecken. Das sei kriminalpolitisch verfehlt, weil das Aufdecken von Straf-

taten im Wege des Whistleblowing regelmäßig im öffentlichen Interesse sei.³⁴

Die h.M. erstreckt den Schutzbereich von § 17 UWG hingegen auch auf illegale Geheimnisse. Die Vorschrift diene dem Schutz des wirtschaftlichen Integritätsinteresses des Unternehmens. Auch die Bekanntgabe von Informationen über rechtswidrige Taten im Unternehmen sei geeignet, dessen Situation im Wettbewerb zu beeinträchtigen und so einen wirtschaftlichen Schaden herbeizuführen. Dieser gehe etwa in Form von Rufschädigung regelmäßig über das hinaus, was zur Wiederherstellung einer lautereren Wettbewerbslage erforderlich sei.³⁵ Illegale Geheimnisse seien zudem auch anderenorts durch das Strafrecht geschützt, etwa durch § 203 StGB.³⁶ Im Hinblick auf Whistleblower sei es bedenklich, durch eine Einschränkung des objektiven Tatbestandes auch diejenigen straflos zu stellen, die ein illegales Geheimnis lediglich aus Eigennutz oder um dem Unternehmen zu schaden weiterzugeben, gegebenenfalls auch an Konkurrenten des Unternehmens.³⁷

Mit der h.M. wäre somit ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse anzunehmen. Dem ist zuzustimmen, denn einem gegebenenfalls bestehenden öffentlichen Interesse an der Preisgabe des Geheimnisses kann besser im Rahmen einer Rechtfertigung gemäß § 34 StGB Rechnung getragen werden.³⁸

c) S hat das Geheimnis auch dem J mitgeteilt.

2. Subjektiver Tatbestand

S handelte mit Vorsatz im Hinblick auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes.

Sie müsste darüber hinaus auch aus einem der in § 17 Abs. 1 UWG genannten Motive gehandelt haben. Für Eigennutz liefert der Sachverhalt hier keine Hinweise. In Betracht kommt aber ein Handeln zugunsten eines Dritten, nämlich des J und seiner Zeitung, denn S kam es gerade darauf an, dass J die Informationen journalistisch verwerten sollte. Allerdings haben die in anderen in § 17 Abs. 1 UWG genannten Motive allesamt egoistischen oder sonst verwerflichen Charakter. Soweit es der S um die journalistische Verwertung ihrer Mitteilung ging, verfolgte sie damit aber einen letztlich altruistischen Zweck, nämlich die Information der Öffentlichkeit über die Vorkommnisse in der B-AG. Daher erfolgte ihr

34. Aufl. 2016, § 17 UWG Rn. 10. Es findet im Wortlaut des § 17 Abs. 1 UWG keine Stütze und für den wirtschaftlichen Wert und die Wettbewerbsrelevanz des Geheimnisses spielt es keine Rolle, ob ein bekundeter Geheimhaltungswille vorliegt oder nicht.

³⁰ Köhler/Bornkamm (Fn. 29), § 17 UWG Rn. 9.

³¹ Erb, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1103 (1107), allerdings nur für den Fall einer Offenbarung an staatliche Stellen. Im Ergebnis ebenso Diemer, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 208. Lfg., Stand: Mai 2016, § 17 UWG Rn. 16.

³² Rützel, GRUR 1995, 557 (560).

³³ Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

³⁴ Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333); Buchert, CCZ 2013, 144 (148); Wittig (Fn. 4), § 33 Rn. 43; ähnlich Ohly, GRUR 2014, 1 (6 f.).

³⁵ Beckemper/Müller, ZJS 2010, 105 (109); Brettel/Schneider (Fn. 8), § 3 Rn. 538; Koch, ZIS 2008, 500 (503).

³⁶ Beckemper/Müller, ZJS 2010, 105 (109).

³⁷ Mayer, GRUR 2011, 884 (887); ähnlich Janssen/Maluga, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 2. Aufl. 2015, § 17 UWG Rn. 35.

³⁸ Vgl. Brammsen, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterbarkeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2014, § 17 UWG Rn. 24; Satzger, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag, 2011, S. 447 (450 f.).

Verrat insoweit nicht aus einem subjektiv verwerflichen und strafwürdigen Motiv heraus.³⁹

Allerdings handelte die S auch aus der Motivation heraus, der B-AG eine „Lektion zu erteilen“. Dies kann nur so verstanden werden, dass sie durch die Weitergabe der Informationen bezweckte, ihrem Arbeitgeber einen materiellen oder immateriellen Schaden zuzufügen. Beides reicht für eine Schädigungsabsicht im Sinne von § 17 Abs. 1 UWG aus.⁴⁰ Es ist auch nicht erforderlich, dass die Absicht zur Schädigung das Hauptmotiv des Geheimnisverrats ist.⁴¹ Die Mitteilung des Geheimnisses an J erfolgte somit mit Schädigungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit

Die Mitteilung müsste unbefugt, d.h. rechtswidrig⁴² erfolgt sein. Eine Befugnis zur Offenbarung von Geheimnissen ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB vorliegen.⁴³ Dies ist jedoch nicht der Fall. Es fehlt bereits an einer gegenwärtigen Gefahr für ein Rechtsgut. Denn die von A vorgenommene Bestechungshandlung liegt in der Vergangenheit und ist bereits abgeschlossen. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass A weitere Straftaten beabsichtigt oder Bestechungen eine gängige Praxis in der B-AG darstellen. Zudem würde es auch am Merkmal der Erforderlichkeit fehlen. Denn grundsätzlich trifft Mitarbeiter eine vorrangige arbeitsrechtliche Pflicht, Rechtsverstöße von Vorgesetzten zunächst der Unternehmensleitung zu melden.⁴⁴ Regelmäßig hat auch die Information der Strafverfolgungsbehörden Vorrang vor einer Weitergabe der Informationen an die Presse.⁴⁵ Auf die strittige Frage, ob das Informationsinteresse der Öffentlichkeit bzw. das Strafverfolgungsinteresse das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Unternehmens überwiegen,⁴⁶ kommt es daher nicht an.

S handelte somit auch rechtswidrig.

³⁹ Vgl. zur Bedeutung der Motivation des Whistleblowers *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (330).

⁴⁰ *Diemer* (Fn. 31), § 17 UWG Rn. 30.

⁴¹ *Beckemper/Müller*, ZJS 2010, 105 (110).

⁴² Die Unbefugtheit ist kein Merkmal des objektiven Tatbestands, sondern lediglich ein an sich überflüssiger Verweis auf die allgemeine Rechtswidrigkeit, vgl. *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 515.

⁴³ Daneben kann sich eine Befugnis auch aus der Offenbarungspflicht nach § 138 StGB ergeben, wenn das Geheimnis eine der dort genannten Straftaten betrifft, gleiches gilt nach h.M. für die Aussagepflicht des Zeugen im Strafverfahren nach § 48 Abs. 1 S. 2 StPO, vgl. *Brammsen* (Fn. 38), § 17 UWG Rn. 58. Die jedermann offenstehende Möglichkeit der Anzeige von Straftaten nach § 158 StPO kann einen Geheimnisverrat hingegen nach h.M. nicht rechtfertigen, vgl. *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (330).

⁴⁴ *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Wittig* (Fn. 4), § 33 Rn. 52a.

⁴⁵ *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331).

⁴⁶ Dazu *Beckemper/Müller*, ZJS 2010, 105 (109); *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (330 f.); *Erb* (Fn. 31), S. 1113.

4. Schuld

S handelte auch schuldhaft.

5. Ergebnis

S ist aus § 17 Abs. 1 UWG strafbar. Der nach § 17 Abs. 5 UWG erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

C. Strafbarkeit des J

I. Unbefugte Verwertung von Geschäftsgeheimnissen, § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Durch die Veröffentlichung der von S erlangten Informationen könnte J ein Geschäftsgeheimnis unbefugt verwertet haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Der Bestechungsversuch des A war ein Geschäftsgeheimnis der B-AG.

b) J hat es durch eine in § 17 Abs. 1 UWG genannte Mitteilung erlangt.

c) Durch die Veröffentlichung in der Zeitung hat J dieses Geheimnis sowohl verwertet, d.h. wirtschaftlich genutzt, als es auch anderen Personen mitgeteilt.

2. Subjektiver Tatbestand

J handelte vorsätzlich und aus Eigennutz bzw. zugunsten seines Verlags.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Verwertung hier unbefugt erfolgte. Zwar war die B-AG mit der Veröffentlichung nicht einverstanden. Doch muss in Fällen wie dem vorliegenden bei der Auslegung des Merkmals „unbefugt“ auch die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Berücksichtigung finden. Die Veröffentlichung rechtswidriger Unternehmenspraktiken ist grundsätzlich durch die Pressefreiheit gedeckt, da ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an der Aufklärung über solche Vorgänge besteht.⁴⁷ Das öffentliche Interesse war im vorliegenden Fall besonders ausgeprägt, weil es sich bei der F-GmbH um ein Unternehmen handelte, das teilweise in öffentlichem Eigentum steht. Bei dem Vorwurf der Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB handelt es sich auch nicht um ein bloßes Bagatelldelikt. Das Geheimhaltungsinteresse der B-AG tritt daher hinter Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zurück. J handelte somit nicht rechtswidrig.

4. Ergebnis

J ist nicht aus § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu bestrafen.

⁴⁷ OLG München GRUR 2004, 145 (147); *Kasiske*, Strafrecht II: Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Rn. 240 f.; *Janssen/Maluga* (Fn. 37), § 17 UWG Rn. 110; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331).

Gesamtergebnis Teil I

A ist strafbar aus § 299 Abs. 2 Nr. 1.

S ist strafbar aus §§ 299 Abs. 2 Nr. 1, 27 StGB und § 17 Abs. 1 UWG. Die Delikte stehen zueinander in Tatmehrheit, § 56 StGB.

J hat sich nicht strafbar gemacht.

Teil II

Eine Verwertung des Interviewprotokolls im Urteil des Gerichts setzt zunächst voraus, dass sein Inhalt in die mündliche Hauptverhandlung eingeführt wird, vgl. § 261 StPO, wonach das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ geschöpften Überzeugung entscheidet. Die Einführung könnte durch Urkundenbeweis im Wege der Verlesung des Protokolls gemäß § 249 StPO erfolgen.

I. Verlesungsverbot aus § 254 StPO

Einer Verlesung könnte jedoch § 254 StPO entgegenstehen, wonach nur Protokolle richterlicher Vernehmungen zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis des Angeklagten in der Hauptverhandlung verlesen werden dürfen.

Allerdings ist fraglich, ob § 254 StPO auf Protokolle von durch nichtstaatlichen Stellen durchgeführten Mitarbeiterbefragungen überhaupt anzuwenden ist. Nach vorherrschender Ansicht gilt § 254 StPO nur für solche Protokolle, die anlässlich von Vernehmungen im formellen Sinne angefertigt wurden, d.h. bei Befragungen durch staatliche Strafverfolgungsorgane. Erklärungen des Angeklagten, die gegenüber Privatpersonen abgegeben wurden, sind demnach uneingeschränkt nach § 249 StPO verlesbar, auch wenn sie ein Geständnis enthalten.⁴⁸

Nach anderer Ansicht sind Mitarbeiterbefragungen im Rahmen von internen Untersuchungen strukturell vernehmungähnlich ausgestaltet, weil der Fragesteller dem Befragten in einer überlegenen Position gegenübertritt, die etwa aus Sanktionsmöglichkeiten und überlegenem Wissen resultiert.⁴⁹ Insbesondere bei Bestehen einer arbeitsrechtlichen Aussagepflicht sind Mitarbeiterbefragungen auf die Herbeiführung von Selbstbelastungen gerichtet. Sieht man den Sinn von § 254 StPO in der Flankierung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit, indem sichergestellt wird, dass der Angeklagte die endgültige Entscheidung über die Ausübung seines Schweigerechts nur im Rahmen einer förmlichen richterlichen Vernehmung treffen darf, bei der die Einhaltung aller Förmlichkeiten und die Beachtung der Beschuldigtenrechte gesichert ist,⁵⁰ so ist es geboten, die Verlesung von Protokol-

len solcher Befragungen ebenso zu untersagen, wie diejenige von Protokollen staatsanwaltschaftlicher oder polizeilicher Beschuldigtenvernehmungen. Dies umso mehr, als die für letztere geltenden Vorkehrungen zum Schutz des Beschuldigten, insb. § 136a StPO, bei internen Untersuchungen durch Privatpersonen nicht anwendbar sind, weil sich die Vorschriften der StPO nur an staatliche Strafverfolgungsorgane richten.⁵¹

Der Verlesung des Interviewprotokolls steht daher bereits § 254 StPO entgegen.

II. Verwertungsverbot wegen Verstoß gegen ein Beschlagnahmeverbot

Außerdem könnte das Interviewprotokoll einem unselbständigen Verwertungsverbot unterliegen, wenn seine Beschlagnahme in der Kanzlei des R unzulässig war.

Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die formellen Voraussetzungen einer Beschlagnahme nach §§ 94, 98 StPO vorliegen.

Bei dem Interviewprotokoll handelt es sich auch um einen Gegenstand, der im Sinne von § 94 Abs. 1 StPO als Beweismittel von Bedeutung sein kann.

Allerdings könnte hier ein Beschlagnahmeverbot eingreifen.

1. Beschlagnahmeverbot aus § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO

In Betracht kommt zunächst ein Verbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Bei dem Protokoll handelt es sich um Aufzeichnungen von Mitteilungen, die der Angeklagte A gegenüber R gemacht hat. R ist als Rechtsanwalt gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses über alle Umstände berechtigt, die ihm während seiner Tätigkeit bekannt geworden sind. Dies umfasst auch Umstände, die durch den Mandanten mitgeteilt werden, sondern auch die Äußerungen Dritter⁵², wie hier diejenigen des A. Gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 StPO müsste sich das Protokoll bei der Beschlagnahme im Gewahrsam von R befinden haben. Dies ist der Fall, denn die Beschlagnahme erfolgte in den Kanzleiräumen von R.

Allerdings setzt § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO seinem Wortlaut nach, der auf „anvertraute“ Mitteilungen abstellt, voraus, dass das durch § 53 StPO geschützte Vertrauensverhältnis gerade zwischen dem Beschuldigten und dem Berufsgeheimnisträger besteht. Das ist hier aber nicht der Fall. Denn R wurde seitens der B-AG beauftragt. Zu A besteht hingegen gerade kein Mandatsverhältnis. Auch wenn R dem A zugesichert hätte, dass seine Mitteilungen vertraulich behandelt würden, würde dies kein vom Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO umfasstes Mandatsverhältnis begründen.⁵³ Das Interviewprotokoll un-

⁴⁸ BGHSt 20, 160; 39, 305 (307); *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 249 Rn. 13; *Mosbacher*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2010, § 254 Rn. 8.

⁴⁹ Näher *Kasiske*, NZWiSt 2014, 262 (267).

⁵⁰ *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 254 Rn. 11;

Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 254 Rn. 2.

⁵¹ *Kasiske*, NZWiSt 2014, 262 (268); *Kruse*, Compliance und Rechtsstaat, 2014, S. 96 f., der außerdem einen Verstoß gegen § 250 StPO annehmen will.

⁵² BGHSt 33, 148 (154).

⁵³ *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 48), § 97 Rn. 10b.

terlag daher keinem Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO.

2. Beschlagnahmeverbot aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Ein Beschlagnahmeverbot könnte sich aber aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ergeben. Denn das Interviewprotokoll ist ein Gegenstand, der im Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit des R steht und auf den sich daher auch sein Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt.

Auch insoweit stellt sich aber das Problem, wie es sich auswirkt, dass kein Mandatsverhältnis zwischen A und R besteht. Diese Frage ist umstritten.

Nach einer Ansicht kommt auch das Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur zur Anwendung, wenn das durch § 53 StPO geschützte Vertrauensverhältnis gerade zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten besteht. Zwar erwähne § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO anders als die Nrn. 1 und 2 nicht explizit den Beschuldigten. Als Ergänzungstatbestand solle § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO aber den Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbotes nur auf andere Gegenstände als die in Nr. 1 und 2 genannten erweitern und nicht dazu dienen, den Schutz des Beschlagnahmeverbotes umfassend auch auf nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Dritte zu erweitern.⁵⁴

Die Gegenansicht verweist hingegen auf § 160a Abs. 1 StPO, der Ermittlungsmaßnahmen gegen bestimmte Berufsgeheimnisträger, darunter auch Rechtsanwälte, grundsätzlich untersagt. Nach der Intention dieser Vorschrift solle das Vertrauensverhältnis zwischen Berufsgeheimnisträgern und ihren Mandanten umfassend vor dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden geschützt werden. Dies müsse auch dann gelten, wenn der Mandant in dem konkreten Verfahren kein Beschuldigter ist. Daher bestehe für Unterlagen im Gewahrsam von Rechtsanwälten ein umfassender Beschlagnahmeschutz.⁵⁵ Andere kommen zu demselben Ergebnis im Wege einer verfassungskonformen Auslegung von § 97 Abs. 1 Nr. 3.⁵⁶ Folgt man dem, so wäre hier ein Beschlagnahmeverbot anzunehmen, solange die B-AG den R nicht von seiner Schweigepflicht entbindet und einen Zugriff auf die Protokolle gestattet.

Für die h.M. spricht, dass gemäß § 160a Abs. 5 StPO die Regelung des § 97 StPO gerade unberührt bleiben soll. Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber an dem auf das

Verhältnis zum Beschuldigten beschränkten Schutz des § 97 StPO durch die Neufassung des § 160a StPO nichts ändern wollte. Anderenfalls wäre zudem zu befürchten, dass Zeugen relevante Unterlagen durch Übergabe an einen Rechtsanwalt nach Belieben dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entziehen könnten, was mit dem Erfordernis einer effektiven Sachverhaltsaufklärung kaum zu vereinbaren wäre.⁵⁷

Auch ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO greift daher nicht ein.

3. Beschlagnahmeverbot aus § 148 StPO analog

Ein Beschlagnahmeverbot könnte sich schließlich auch noch aus § 148 StPO analog ergeben. § 148 StPO garantiert einen unüberwachten Verkehr des Verteidigers mit seinem Mandanten und schützt im Interesse einer effektiven Verteidigung umfassend das zwischen beiden bestehende Vertrauensverhältnis. Daraus folgt unter anderem auch, dass Verteidigungsunterlagen vor dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane geschützt sind.⁵⁸ Die Mitarbeiterbefragung wurde hier auch vor dem Hintergrund eines der B-AG drohenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach §§ 130, 30 OWiG durchgeführt. Da das Interviewprotokoll somit auch zur Vorbereitung einer möglichen Verteidigung der B-AG angefertigt wurde, könnte es somit im Interesse der B-AG einem Beschlagnahmeschutz nach § 148 StPO analog unterliegen.

Zum Zeitpunkt der Beschlagnahme war allerdings noch kein Verfahren gegen die B-AG eingeleitet.

Nach einer Ansicht kommt ein Schutz des Verhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant erst ab dem Zeitpunkt der förmlichen Einleitung des Ermittlungsverfahrens in Betracht. Dies wird mit dem Wortlaut des § 137 S. 1 StPO begründet, wonach sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen kann. Voraussetzung für ein Verteidigungsverhältnis sei demnach ein bereits bestehendes Verfahren und eine aus einem behördlichen Inkulpatationsakt erwachsende Beschuldigtenstellung.⁵⁹

Einer anderen Ansicht zufolge soll ein im Rahmen von § 148 StPO analog schützenswertes Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant bereits vor Einleitung eines Verfahrens bestehen können, wenn ein solches nach den Umständen als möglich erscheint. Begründet wird dies damit, dass gerade im Fall eines Unternehmens, das sich gegen Vorwürfe der Aufsichtspflichtverletzung wappnen will, der Tätigkeit eines Verteidigers bereits vor der förmlichen Einleitung des Verfahrens eine entscheidende Rolle zukomme, etwa wenn er den Sachverhalt gerade zu dem Zweck aufarbeite, die Verfahrenseinleitung abzuwenden.⁶⁰

⁵⁴ LG Bochum NStZ 2016, 500 f.; LG Hamburg NJW 2011, 942 (943); Ziegler/Vordermayer, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 50), § 160a Rn. 13; Goeckenjahn, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 641 (654); Schneider, NStZ 2016, 309 (310).

⁵⁵ Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 50), § 97 Rn. 5; Ballo, NZWiSt 2013, 46 (50); Bertheau, StV 2012, 303 (306); Schuster, NZWiSt 2012, 28 (30); v. Galen, NJW 2011, 945; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 154, 248.

⁵⁶ Erb, in: Esser (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, 2013, S. 171 (178 ff.); Jahn, ZIS 2011, 453 (460); Kruse (Fn. 51), S. 102 f.

⁵⁷ LG Mannheim NStZ 2012, 713 (715); Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 48), § 97 Rn. 10b; Kölbl, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 160a Rn. 8.

⁵⁸ BGHSt 44, 46 (49).

⁵⁹ Schneider, NStZ 2016, 309 (312); Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 48), § 148 Rn. 3

⁶⁰ LG Braunschweig NStZ 2016, 308 (309); LG Gießen wistra 2012, 409 (410); Rütters/Schneider, GA 2014, 160 (167 f.).

Die letztgenannte Ansicht verdient Zustimmung. Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Unternehmen und Verteidiger darf nicht von der Beurteilung der Behörden abhängig gemacht werden, ob und wann die förmliche Einleitung des Verfahrens geboten ist.⁶¹

Die Beschlagnahme des Interviewprotokolls verstieß somit gegen den Rechtsgedanken des § 148 StPO und war daher rechtswidrig. Das Beweiserhebungsverbot führt hier auch zu einem Beweisverwertungsverbot. Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant ist eine essentielle Vorbedingung für eine effektive Verteidigung und ein faires und rechtsstaatliches Strafverfahren. Das Gewicht des Verfahrensverstößes ist mit der Konstellation des § 160a Abs. 1 StPO vergleichbar. Dort hat der Gesetzgeber in S. 2 ausdrücklich ein Verwertungsverbot angeordnet. Die unzulässige Beschlagnahme der Verteidigungsunterlagen hat daher ein Verwertungsverbot zur Folge.⁶²

Dieses Verwertungsverbot bestünde aber nur in einem Verfahren gegen die B-AG. Im Strafverfahren gegen A ist die B-AG nicht beteiligt. Sie ist auch keine Nebenbeteiligte nach § 442 Abs. 2 S. 1 StPO, denn sie hat aus der Tat keine Vorteile erlangt, so dass keine Verfallsanordnung in Betracht kommt. Da die Staatsanwaltschaft darauf verzichtet hat, die B-AG wegen einer Aufsichtspflichtverletzung zu verfolgen, scheidet auch eine Stellung der B-AG als Nebenbeteiligte nach § 444 Abs. 1 S. 1 StPO aus.

Die nach § 148 StPO analog unzulässige Beschlagnahme des Interviewprotokolls steht daher einer Verwertung des Interviewprotokolls im Verfahren gegen A nicht entgegen.

III. Verwertungsverbot wegen Verstoß gegen den Nemo-Tenetur-Grundsatz

Das Interviewprotokoll könnte aber deshalb nicht verwertbar sein, weil damit womöglich die Selbstbelastungsfreiheit des A, von der dieser in seinem Strafverfahren durch Wahrnehmung seines Schweigerechts auch Gebrauch machen will, unterlaufen würde.

1. Anwendbarkeit des Nemo-Tenetur-Grundsatzes auf Mitarbeiterbefragungen

Eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit könnte dabei bereits daraus resultieren, dass R den A bei der Befragung unter Druck gesetzt hat und ihm kein Schweigerecht gewährt wurde, wie es ihm bei einer Vernehmung durch staatliche Stellen nach dem Nemo-Tenetur-Grundsatz zugestanden hätte. Es ist jedoch umstritten, ob sich ein Mitarbeiter bei einer Befragung im Rahmen einer unternehmensinternen Untersuchung auf ein Schweigerecht berufen kann.

Dies wird zum Teil bejaht, wobei zur Begründung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters⁶³ oder auf eine Ausstrahlungswirkung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes auf das zivilrechtliche Arbeitsverhältnis⁶⁴ abgestellt wird. Diese Auffassung hat zur Folge, dass Mitarbeiter vor ihrer Befragung gemäß § 136 StPO analog über ihr Schweigerecht belehrt werden müssen. Dies ist bei A nicht geschehen. Da er durch die Kündigungsdrohung zudem rechtswidrigem Zwang ausgesetzt worden wäre, dürfte seine Aussage nach § 136a Abs. 3 StPO analog nicht verwertet werden.

Nach der Gegenansicht besteht hingegen eine arbeitsrechtliche Pflicht des Mitarbeiters zur Mitwirkung an internen Untersuchungen, die auch die wahrheitsgemäße Auskunft über eigene strafrechtlich relevante Verfehlungen umfasst.⁶⁵

Dem ist zuzustimmen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, rechtswidrige Vorgänge im Unternehmen umfassend aufzuklären, auch um einer eigenen Haftung etwa nach § 130 OWiG vorzubeugen. Dahinter tritt das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zurück. Auf den Nemo-Tenetur-Grundsatz kann sich ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber nicht berufen, denn dieser gilt nur in staatlichen Ermittlungsverfahren, nicht aber bei internen Ermittlungen durch Private.⁶⁶

2. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren

Dem berechtigten Interesse des Arbeitnehmers, nicht durch erzwungene Selbstbelastungen zu seiner Überführung im Rahmen eines Strafverfahrens beitragen zu müssen, könnte aber dadurch Rechnung zu tragen sein, dass seine Angaben im Rahmen der internen Untersuchung im anschließenden Strafverfahren einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot unterliegen.

Dies wird im Schrifttum zum Teil unter Berufung auf den Grundsatz des fairen Verfahrens vertreten.⁶⁷ Andere stellen auf den Gemeinschuldnerbeschluss des BVerfG⁶⁸ und die Wertung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ab, wonach Auskünfte, zu deren Erteilung der Schuldner insolvenzrechtlich verpflichtet ist, im Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen. Die Interessenlage des Mitarbeiters im Falle interner Untersuchungen sei dem vergleichbar, weil auch hier durch eine außerstrafrechtliche Auskunftspflicht die Gefahr einer Aushöhlung der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit be-

⁶¹ LG Gießen wistra 2012, 409 (410); *Wessing*, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag, 2009, S. 665 (672 f.); *Schäfer*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 77 (81).

⁶² Vgl. BGHSt 44, 46 (49).

⁶³ *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 48), § 136 Rn. 7a; *Bauer*, StraFO 2012, 488 (489); *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851 (1853); *I. Roxin*, StV 2012, 116 (121); *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (613 f.).

⁶⁴ *Jahn*, StV 2009, 41 (45); *Raum*, StraFo 2012, 395 (397); *Wastl/Litka/Pusch*, NSStZ 2009, 68 (70 f.).

⁶⁵ *Böhm*, WM 2009, 1923 (1924); *Knauer*, ZWH 2012, 81 (85); *Mengel/Ulrich*, NZA 2006, 240 (243); *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447 (1448).

⁶⁶ *Greco/Caracas*, NSStZ 1015, 7 (9); *Kasiske*, NZWiSt 2014, 262 (265).

⁶⁷ *Knauer/Gaul*, NSStZ 2013, 192 (193); *Momsen*, ZIS 2011, 508 (516).

⁶⁸ BVerfGE 56, 37 (42).

gründet wird, wenn die Angaben in einem Strafverfahren verwertet werden dürfen.⁶⁹

Die Gegenansicht lehnt hingegen ein aus dem Nemo-Tenetur-Grundsatz abgeleitetes Beweisverwertungsverbot ab. Die Grundsätze des Gemeinschuldnerbeschlusses und von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO seien auf die Konstellation interner Unternehmensermittlungen nicht übertragbar, da es sich dort nicht um eine gesetzliche, sondern um eine vertraglich begründete Auskunftspflicht handele.⁷⁰ Daher ergäben sich aus dem Nemo-Tenetur-Grundsatz keine Bedenken gegen die Beweisverwertung, die das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung und der Strafverfolgung des angeklagten Mitarbeiters überwiegen könnten.

Diese Einwände überzeugen indes nicht. Denn für die Zwangslage des Mitarbeiters macht es keinen Unterschied, ob sie aus einer gesetzlichen oder einer privatrechtlichen Verpflichtung herrührt. Der Druck, sich selbst zu belasten, ist kaum geringer, wenn ihm bei Aussageverweigerung eine Kündigung in Aussicht gestellt wird, als wenn ihm für diesen Fall die Sanktionsmöglichkeiten nach § 98 InsO drohen. Bei einer solchen Zwangslage kann es dem Mitarbeiter aber nicht zugemutet werden, wenn seine selbstbelastenden Angaben dann anschließend gegen seinen Willen für ein Strafverfahren zweckentfremdet werden.⁷¹

Eine Verwertung des Interviewprotokolls ist daher auch im Hinblick auf den Nemo-Tenetur-Grundsatz nicht zulässig.

IV. Ergebnis

Einer Verwertung des Interviewprotokolls als Beweismittel im Strafverfahren gegen den A stehen sowohl § 254 StPO als auch der Nemo-Tenetur-Grundsatz entgegen.

⁶⁹ *Beulke* (Fn. 55), Rn. 481; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 25 Rn. 14; *Greco/Caracas*, NStZ 2015, 7 (15); *Kruse* (Fn. 51), S. 200 ff.; *Theile*, StV 2011, 381 (384 ff.).

⁷⁰ LG Hamburg NJW 2011, 942 (945); *Raum*, StraFo 2012, 395 (397); *Wimmer*, in: Schulz/Reinhart/Sahan (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 537 (549); *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, vor § 133 StPO Rn. 140.

⁷¹ *Kasiske*, NStZ 2014, 262 (266); *Kruse* (Fn. 51), S. 203 ff.; vgl. auch BVerfGE 56, 37 (50 f.).